



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO**

**ANTONIO LAGO JÚNIOR**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA BOA-FÉ  
OBJETIVA: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DEVERES DE  
PROTEÇÃO**

Salvador  
2013

---

L177 Lago Júnior, Antonio.

A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção [manuscrito] / Antonio Lago Júnior. – 2013.

393 f.

Orientadora: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013.

1. Boa-fé (Direito). 2. Culpa (Direito). 3. Responsabilidade (Direito) I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Borges, Roxana Cardoso Brasileiro. III. Título.

CDD 346.02

**ANTONIO LAGO JUNIOR**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA BOA-FÉ  
OBJETIVA: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DEVERES DE  
PROTEÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

Salvador  
2013

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**ANTONIO LAGO JÚNIOR**

### **A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DEVERES DE PROTEÇÃO**

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2013

À  
Minha saudosa Mãe, exemplo de vida e  
fonte de inspiração.

## AGRADECIMENTOS

A um primeiro olhar, um trabalho dissertativo parece ser solitário. A experiência, contudo, revela justamente o inverso. Conteí com apoio de familiares, amigos, colegas, alunos e muitos outros, às vezes para muito além do que sonhei um dia contar. E, por tudo isso, eu só tenho a agradecer:

A Deus, em primeiro lugar.

À minha orientadora, Professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges, pelas sugestões, reflexões e críticas que foram fundamentais para a concepção e o desenvolvimento da dissertação. Mas, também, pelo seu zelo, dedicação e paciência, que definitivamente contribuíram para o incremento do trabalho.

Aos demais Professores do Programa de Pós-graduação da UFBA, pelas suas valiosas lições e que, também, muito colaboraram para a concretização do presente trabalho, nomeadamente, os Professores Nelson Cerqueira, Paulo Bezerra, Mônica Aguiar, Rodolfo Pamplona Filho e Saulo Casali Bahia.

Em especial, ao Professor Fredie Didier Jr., pelas lições importantíssimas para a concepção da função heurística da boa-fé objetiva, assim como pela atenção e paciência com que leu os meus primeiros escritos a respeito do assunto, alvo de críticas valiosas, disponibilizando-me, ainda, todo o seu acervo bibliográfico.

Aos meus colegas da UNIFACS, em especial aos Professores Adroaldo Leão, Edvaldo Boaventura, Rômulo Moreira, Silva Cohim, Jorge Uzêda, Marcos Sampaio, Pensilvânia Neves e Geovane Peixoto, pelo saudável convívio de mais de uma década.

Em especial, ao colega Miguel Calmon Dantas, pelas excelentes ideias, e ao meu amigo Walber Carneiro, pelas críticas enriquecedoras e o apoio de sempre.

Aos meus colegas da Faculdade Baiana de Direito, com os quais também dividi a labuta do dia a dia da sala de aula.

À Professora Helany Gusmão pelo cuidado e profissionalismo ao corrigir este texto.

À Ana Thereza Meirelles, que, gentilmente, cedeu um espaço na sua agenda para ler e revisar este trabalho.

Aos Drs. Rui Moraes Cruz, Dra. Joselita Cardoso Leão e Silvio Avelino Pires Britto Júnior, Procurador Geral do Estado, Procuradora Geral Adjunta e Procurador-Chefe da PJ, respectivamente, pela compreensão e apoio indispensáveis.

À Fabiana Araújo, Procuradora Assistente do NPMA-PJ, minha talentosa colega e amiga de labuta diária da advocacia pública, a quem dedico um agradecimento especial e cordial pelo apoio irrestrito.

Aos meus colegas da Procuradoria Geral do Estado, em especial os que atuam na PJ, assim como aos demais servidores, deixo também registrada a minha gratidão, em especial pela compreensão das minhas eventuais ausências.

Aos colegas Breno Novelli e Helder Santos, pelo apoio necessário em razão das minhas ausências no escritório.

Aos meus queridos alunos da Faculdade Baiana de Direito e da UNIFACS, por serem eles, em última instância, a própria razão de ser deste trabalho.

Em especial, com carinho e saudade, consigno meu agradecimento à Turma Antonio Lago Júnior, Turma A e B do curso matutino, e à Turma de Formandos de 2012.2, Turma A e B do curso matutino, ambas da UNIFACS, que me honraram com a condição de nome da turma e professor homenageado, respectivamente.

Às minhas monitoras Paula Gordilho, Lara Monyque Santos e Daniel Freire, assim como todos que lhes antecederam, pelo apoio oportuno.

A Gabriela Sady, querida ex-aluna e estagiária, pela sua incondicional disponibilidade em ajudar-me nas pesquisas, leitura e formatação do texto.

Ao Dr. Humberto e a D. Simara, pelas palavras de apoio, que sempre vêm a propósito.

Aos meus sogros, D. Rosa e Sr. Braga (*in memoriam*), pelo valioso aconchego.

À minha amada esposa Paula Sarno Braga, meu início, meu meio e meu fim, pelo carinho, a cor e o brilho de cada um dos meus dias.

Ao meu pai, às minhas irmãs e meu cunhado, Lago (Pai), Beth, Verinha e Ricardo, pelo carinho devotado.

Aos familiares e amigos, pelo carinho e compreensão das minhas eventuais ausências.

Com todo esse apoio, sem dúvida, torna-se bem mais fácil: apenas não nos damos conta disso, senão, olhando para trás, como agora o faço.

*“La aplicación del parágrafo 242, concebida como una exigencia de subsunción del caso discutido en una norma, supone en el juez una acción parecida a la del barón de Münchhausen, que se sacó del patano tirando de su propia cabellera. Presupone como dada, una norma, que, en realidad, debe ser primero elaborada (como hipótesis) para lá situación conflictiva concreta.”*

Franz Wiaecker

*“La garantía de institutos jurídico-privados, la salvaguarda de obligaciones estatales de tutela y también la citada función de guía pueden ampliar y reforzar la libertad jurídico-privada entendida como autodeterminación individual. Pueden también tener trascendencia para los nuevos componentes sociales del Derecho Privado, conduciendo de este modo a vinculaciones en el ejercicio de los derechos y a limitaciones de la autonomía privada. En ambas direcciones impide la Constitución que el péndulo oscile en demasia; produce así una cierta concordancia objetiva entre el orden del Estado social de Derecho y el contenido del ordenamiento jurídico-privado.”*

Konrad Hesse



## RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo principal a investigação da incidência do princípio da boa-fé e dos correlatos deveres de proteção no âmbito das condutas humanas e fatos geradores da obrigação de reparar danos, isto é, no contexto da responsabilidade civil. Para tanto, foi necessária a análise de três ordens de questões. A primeira, a estrutura e a função da culpa enquanto pressuposto clássico de imputação de danos, suas raízes na ideologia liberal e individualista e o porquê da sua concepção psicológica, a sua insuficiência para fazer face aos danos causados pelos novos acidentes surgidos como decorrência da revolução tecnológica, os ataques sofridos pelas teorias baseadas no risco, assim como a necessidade da sua reestruturação a partir de uma concepção normativa de acordo com o standard do *bonus pater familias*. A segunda, a estrutura e a função da boa-fé enquanto parâmetro de aferição de condutas, suas origens, a forma pela qual ingressou nos sistemas codificados, a concepção subjetiva adotada pelo *Code Napoléon*, a concepção objetiva consagrada pelo BGB, a boa-fé objetiva como cláusula geral, a sua aplicação pela referência a valores, regras ou standards de conduta que não se encontram nela descritos, assim como a mobilidade e abertura propiciadas pelo constante reenvio a elementos extrassistêmicos. A terceira, o fundamento constitucional da boa-fé objetiva, a solidariedade como critério de coesão social em uma sociedade plural, a dignidade da pessoa humana, também, como uma manifestação da individualidade e da liberdade, o personalismo ético, a boa-fé como concretização das diretrizes constitucionais, as diferentes medidas de incidência dos direitos fundamentais, a função instituidora de deveres de conduta e sua dimensão de proteção contra intromissões danosas nas relações interprivadas, assim como a teoria dos deveres de proteção estatal dos direitos fundamentais. Só, então, a partir da exata compreensão dos deveres de proteção, sua dupla dimensão, é que se torna possível uma correlação mais precisa entre a boa-fé objetiva e teoria da responsabilidade civil, finalizando-se o trabalho mediante três ordens genéricas de conclusões: a necessidade de criação de parâmetros mais flexíveis para análise do erro de conduta e a importância dos deveres de proteção nesse contexto; o direito, à facilitação da prova do pressuposto subjetivo mediante a denominada prova *prima facie* da culpa e a teoria da distribuição dinâmica do ônus de prova; e a objetivação da responsabilidade civil com base no art. 927, parágrafo único do CC/02, como um dever de proteção imposto ao Poder Judiciário brasileiro.

**Palavras-chave:** culpa; culpa normativa; boa-fé; boa-fé objetiva; deveres de conduta; deveres de proteção; standard; erro de conduta; responsabilidade civil.

## ABSTRACT

This dissertation has as main objective the investigation of the incidence of the principle of good faith and the related protection duties in the context of human conducts and the events that generate the obligation to repair damage, that is, in the context of civil liability. With this purpose, it was necessary to examine three sets of issues. The first one, the structure and function of the culpability as classical assumption of imputation of damage, their roots in liberal and individualistic ideology and the reason of its psychological conception, its insufficiency to deal with the damages caused by the new accidents that have arisen from technological revolution, the attacks suffered by the theories that are based on the risk as well as the need for restructuring from a normative conception according to the standard of the *bonus pater familias*. The second one, the structure and function of objective good faith as a parameter for assessing conducts, its origins, the way in which it entered in coded systems, the subjective conception adopted by the Code Napoléon, the objective conception established in the BGB, the objective good faith as a general clause, its application by reference to values, rules or standards of conduct that are not described therein, as well as the mobility and openness afforded by constant reference to elements that are out of the system. The third one, the constitutional fundament of objective good faith, solidarity as a criterion of social cohesion in a plural society, the human dignity, also, as a manifestation of individuality and freedom, the ethical personalism, objective good faith as a realization of the constitutional guidelines, the different measures of incidence of the fundamental rights, the function of instituting duties of conduct and its protective dimension against harmful interference in relations among individuals, as well as the theory of the duties of state protection of fundamental rights. Just then, from the exact understanding of the duties of protection, it becomes possible a more precise correlation between the objective good faith and the civil liability, finishing up the work by three generic orders of conclusions: the necessity to create more flexible parameters for the analysis of the misconduct and the importance of the duties of protection in this context; the proof facilitation right of the subjective presupposition by the so-called *prima facie* evidence of the culpability and the theory of dynamic distribution of the burden of proof; and objectification of liability based on art. 927, sole paragraph of CC/02, as a duty of protection imposed on the Brazilian Judiciary.

**Key words:** guilt; misconduct; good faith; objective good faith; conduct obligations, duties of protection; standard; liability.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGB	Código Civil Austríaco
abr.	abril
a.C.	Antes de Cristo
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ago.	agosto
art.	Artigo
arts.	Artigos
ap.	Apelação
BGB	Código Civil da Alemanha
BGH	Tribunal de Justiça Federal da Alemanha
BverfG	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
C.	Câmara
CBT	Código Brasileiro de Trânsito
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
cit.	Citação
Civ	Cível
CF/88	Constituição Federal de 1988
conf.	conferir
coord.	coordenador
CPC	Código de Processo Civil brasileiro
Dec.	Decreto
Des.	Desembargador
dez.	dezembro
DF	Distrito Federal
DJ	Diário de Justiça
DPVAT	Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres
ed.	Edição
EPIs	equipamentos de proteção industrial
etc.	<i>et cetera</i>
f.	folha
i.e.	id. est.

inc.	inciso
j.	julgado
jan.	janeiro
jul.	julho
jun.	junho
LF	Lei Fundamental de Bonn
Min.	Ministro
Mar.	março
N°.	Número
Op. cit.	Obra citada
ONU	Organização das Nações Unidas
org.	organizador
p.	página
pp.	páginas
rel.	relator
RESP	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
RT	Revista dos Tribunais
S/A	Sociedade Anônima
STF	Supremo Tribunal Federal
StGB	Código Penal Alemão
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ss.	Seguintes
t.	tomo
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TST	Tribunal Superior do Trabalho
Trad.	Tradução
TRF	Tribunal Regional do Trabalho
vol.	volume
v.g.	<i>verbi gratia</i>
ZGB	Código Civil Suíço

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	15
<b>1 A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	19
1.1 A NOÇÃO DE ILÍCITO INVALIDANTE	19
<b>1.1.1 Noções introdutórias</b>	19
1.1.1.1 Ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva	19
1.1.1.2 Comportamento antissocial e ato ilícito	21
1.1.1.3 Ato ilícito como violação de um dever	22
<b>1.1.2 A concepção tradicional dos ilícitos civis na doutrina brasileira</b>	23
<b>1.1.3 A classificação do ilícito segundo a teoria do fato jurídico</b>	26
1.1.3.1 A classificação segundo o suporte fático abstrato	28
1.1.3.2 A classificação segundo os efeitos produzidos	28
1.1.3.3 A classificação a partir da relação jurídica violada	29
1.2 O CONCEITO E A APRECIÇÃO DA CULPA	30
<b>1.2.1 As concepções psicológica e normativa da culpa</b>	30
<b>1.2.2 A noção de standard e as suas variações subjetivas</b>	37
<b>1.2.3 Culpa civil e culpa penal</b>	44
<b>1.2.4 Classificações da culpa. Análise crítica</b>	51
1.2.4.1 Culpa contratual e culpa extracontratual	51
1.2.4.2 Negligência, imprudência e imperícia	54
1.2.4.3 Culpa contra a legalidade	62
1.2.4.4 Culpa provada e culpa presumida	64
1.3 A CULPA COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	65
<b>1.3.1 A culpa no direito romano</b>	65
<b>1.3.2 A consagração da culpa nos códigos oitocentistas</b>	70
<b>1.3.3 A crítica à culpa como fundamento único e a teoria do risco</b>	74
<b>1.3.4 Distinção entre culpa objetiva e responsabilidade civil objetiva</b>	80
<b>2 O SISTEMA JURÍDICO E A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ</b>	83
2.1 A PRIMEIRA SISTEMÁTICA E A RETOMADA DA BOA-FÉ	83
<b>2.1.1 A tríplice raiz da boa-fé. Uma breve incursão histórica</b>	83
2.1.1.1 A boa-fé no direito romano	83
2.1.1.2 A boa-fé no direito canônico	88
2.1.1.3 A boa-fé no direito alemão	89

<b>2.1.2 O jusracionalismo e a concepção de boa-fé nos códigos oitocentistas</b>	91
2.1.2.1 A codificação como critério de racionalização do direito	91
2.1.2.2 A boa-fé no <i>Code Napoléon</i> e no <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (BGB)	94
<b>2.2 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ: SISTEMA EM CONSTRUÇÃO</b>	97
<b>2.2.1 Do sistema more geométrico à concepção aberta de sistema</b>	98
<b>2.2.2 O sistema e a cláusula geral</b>	107
2.2.2.1 Cláusulas gerais e sua origem	107
2.2.2.2 Conceito: as cláusulas gerais enquanto técnica legislativa	113
2.2.2.3 A estrutura das cláusulas gerais	117
2.2.2.4 A função das cláusulas gerais	119
2.2.2.5 Distinção entre cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios	123
<b>2.2.3 A boa-fé objetiva como cláusula geral: o Código Civil de 2002</b>	127
<b>2.2.4 A aplicação das cláusulas gerais: possibilidades e limites</b>	129
2.2.4.1 A tópica jurídica e o pensamento problemático	129
2.2.4.2 A conjugação entre o pensamento problemático e o sistemático	134
<b>3 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA BOA-FÉ OBJETIVA</b>	138
<b>3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES OBJETIVAS</b>	138
<b>3.1.1 A dupla dimensão dos direitos fundamentais</b>	138
<b>3.1.2 Conceito e características essenciais do direito subjetivo fundamental</b>	140
<b>3.1.3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais</b>	143
3.1.3.1 Garantias institucionais	144
3.1.3.2 Eficácia irradiante, efeito externo e dever estatal de proteção	146
<b>3.2 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	149
<b>3.2.1 Teorias de construção.</b>	152
3.2.1.1 Teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais	152
3.2.1.2 Teoria da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos fundamentais	157
3.2.1.3 Teoria dos deveres de proteção estatal perante terceiros	163
3.2.1.4 Posição adotada: os três níveis de Alexy	170
3.2.1.5 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro	173
<b>3.2.2 Solução de conflitos: a medida da incidência</b>	176
<b>3.3 A BOA-FÉ E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE</b>	182

<b>3.3.1 A solidariedade como critério de coesão social em uma sociedade plural</b>	182
<b>3.3.2 A boa-fé como concretização da solidariedade nas relações privadas</b>	185
3.3.2.1 A concretização por via da atuação legislativa e administrativa	186
3.3.2.2 A concretização judicial por via da atividade de complementação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados	189
3.3.2.3 A concretização judicial por via do preenchimento de lacunas legais e pela via do controle de constitucionalidade	195
<b>3.4 A BOA-FÉ E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b>	197
<b>3.4.1 A dignidade da pessoa humana como valor e princípio constitucional fundamental</b>	197
<b>3.4.2 A liberdade, a autonomia pessoal e a dignidade da pessoa humana</b>	199
<b>3.4.3 A boa-fé como concretização da dignidade da pessoa humana nas relações privadas</b>	210
<b>4 A OPERATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA</b>	215
<b>4.1 A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS</b>	215
<b>4.1.1 O sistema codificado e as concepções de boa-fé</b>	215
<b>4.1.2 A concepção dinâmica da relação obrigacional</b>	219
<b>4.1.3 As funções da cláusula geral de boa-fé objetiva e a sua operatividade</b>	220
4.1.3.1 A função hermenêutico-integrativa da boa-fé	222
4.1.3.2 A função instituidora de deveres anexos de conduta	227
4.1.3.3 A função limitadora do exercício de direito	244
<b>4.2 A BOA-FÉ OBJETIVA E O ABUSO DE DIREITO</b>	246
<b>4.2.1 As principais teorias do abuso do direito</b>	246
4.2.1.1 A concepção original de abuso de direito e as objeção existentes	248
4.2.1.2 A tese do conflito de direitos (ou dano anormal)	249
4.2.1.3 As teses de inexistência de fundamentos jurídico-dogmáticos	251
4.2.1.4 A tese do abuso como violação à função social do direito subjetivo	252
4.2.1.5 A tese dos limites externos e internos de um direito subjetivo	253
4.2.1.6 A tese do abuso de direito como violação ao valor imanente a um direito subjetivo	254
<b>4.2.2 O abuso de direito e Código Civil de 2002</b>	255
<b>4.2.3 Critérios identificadores do abuso de direito: posição adotada</b>	259
<b>4.2.4 Categorias de exercícios abusivos de direito</b>	263

4.2.4.1 Desleal exercício de direitos	264
4.2.4.2 Desleal não-exercício de direitos	266
4.2.4.3 Desleal constituição de direitos	271
<b>5 A RESPONSABILIDADE CIVIL E BOA-FÉ OBJETIVA</b>	<b>272</b>
5.1 O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL	272
<b>5.1.1 A respeito da função da responsabilidade civil</b>	<b>272</b>
<b>5.1.2 A boa-fé objetiva, os deveres de proteção e a responsabilidade civil</b>	<b>282</b>
<b>5.1.3 A tutela da confiança, contato social e a superação da <i>summa divisio</i></b>	<b>293</b>
5.2 O PRESSUPOSTO SUBJETIVO E SUAS RUPTURAS	302
<b>5.2.1 Métodos clássicos de aferição da culpa, suas alterações e a crítica ao <i>bonus pater famílias</i></b>	<b>302</b>
<b>5.2.2 O papel da boa-fé objetiva na aferição da culpa</b>	<b>309</b>
<b>5.2.3 O papel concretizador da jurisprudência e os <i>standards</i> para aferição do erro de conduta à luz da boa-fé objetiva</b>	<b>311</b>
5.2.3.1 A responsabilidade civil dos profissionais liberais	316
5.2.3.2 A responsabilidade civil e a liberdade de imprensa	323
5.3 A FUNÇÃO HEURÍSTICA DA BOA-FÉ OBJETIVA	329
<b>5.3.1 Noções iniciais</b>	<b>329</b>
<b>5.3.2 As máximas de experiência e cláusula geral da boa-fé objetiva</b>	<b>331</b>
<b>5.3.3 A prova <i>prima facie</i> como juízo de verossimilhança da culpa</b>	<b>336</b>
5.4 A BOA-FÉ OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL SEM CULPA	344
<b>5.4.1 A responsabilidade sem culpa: conceito, origem e a cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do CC</b>	<b>344</b>
<b>5.4.2 O fundamento da responsabilidade objetiva, seus critérios de imputação e os deveres de proteção estatal perante terceiros</b>	<b>351</b>
<b>CONCLUSÕES</b>	<b>370</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>372</b>



## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo principal a investigação da correta correlação entre o princípio da boa-fé e as relações jurídicas obrigacionais que surgem das condutas humanas e fatos causadores de danos, isto é, no contexto da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Não se trata de correlação tão simples, embora possa parecer óbvia, considerando-se que tanto a responsabilidade civil quanto a boa-fé objetiva são estudadas no âmbito dos fenômenos obrigacionais.

Torna-se, portanto, imprescindível estabelecer uma série de correlações e fincar premissas em diversos campos de investigação, mas que podem ser agrupadas em pelo menos três grandes ordens de questões.

A primeira delas focará na análise da estrutura e da função da culpa enquanto pressuposto clássico de imputação de danos. Sem ignorar a sua origem remota na *Lex Aquilia de damno* do direito romano, será dado relevo à concepção medieval da culpa e como ela transcendeu à Era Moderna, passando a apreendida pela ideologia liberal.

Uma vez que se compreenda o sentido da culpa arraigado na ideologia moral do pecado, isto é, associado à ideia de sanção moral àquele que utilizou seu livre arbítrio de forma censurável, tornar-se-á possível compreender o porquê dessa concepção psicológica da culpa ter sido tão cara à liberdade individual da sociedade oitocentista. A apreensão da culpa como escudo de proteção ao espaço de liberdade dos particulares, visado pelo Estado liberal, é importante, embora já ultrapassada.

Ainda nessa primeira etapa, buscar-se-á demonstrar a insuficiência da concepção psicológica e individualista da culpa para enfrentar os graves problemas relacionados aos danos decorrentes dos novos acidentes surgidos a partir da Revolução Industrial e da massificação das relações, cuja principal característica é o anonimato, a impessoalidade. Estes danos se constituíam em situações que, sob a análise de culpa psicológica, seriam no máximo simples hipóteses de conduta escusável. Com isto, deixava-se um significativo número de vítimas não ressarcidas, abrindo-se um enorme abismo entre o justo e o legal.

Em seguida, serão passados em revista os expedientes utilizados para transpor essas dificuldades, entre os quais, pelo valor que representam para a presente pesquisa, serão ressaltados: a reestruturação da culpa a partir de uma concepção normativa, pela qual ela

passa a ser associada ao erro de conduta, segundo um standard abstrato do *bonus pater familias*; assim como o reconhecimento da modalidade de imputação independentemente de culpa, pelo fundamento do risco.

Procurar-se-á, ainda, tecer algumas críticas sobre as modalidades de culpa conhecidas, com vistas a apontar as inconsistências de categorias conceituais, tais como o *erro professional* e o *erro grosseiro*, solipsistas, desgarradas de qualquer realidade fenomenológica subjacente e que, portanto, muito pouco ou nada ajudam à solução dos imbricados casos de responsabilidade dos profissionais liberais. Da mesma forma, será apontada a pouca utilidade de algumas classificações que ainda insistem em permear a doutrina, tais como as vetustas ideias de culpa provada, culpa presumida e culpa contra a legalidade, concitando o leitor, também, a uma reflexão a respeito da dicotomia entre culpa contratual e culpa aquiliana.

Na segunda ordem de questões, serão relacionados problemas atinentes à estrutura e à função da boa-fé enquanto parâmetro de aferição de condutas. Com este fim, remontar-se-á às suas origens, buscando apontar como ela sobreviveu ao jusracionalismo e as formas pelas quais ela ingressou nos dois grandes sistemas codificados, seja por uma concepção subjetiva adotada pelo *Code Napoléon*, seja, ainda, por uma noção objetiva, à maneira como foi consagrada pelo BGB. Nesse passo, caberá contextualizar a influência de cada uma destas concepções no sistema codificado brasileiro.

Também, nessa mesma ordem de ideias, tomam-se como metas a compreensão da cláusula geral da boa-fé objetiva, a forma da sua aplicação pela referência a valores, regras ou standards de conduta que não se encontram nela descritos, assim como a abertura e a mobilidade do sistema propiciadas por esse constante reenvio a elementos extrassistêmicos. Nesse sentido, tornar-se-á primordial compreender em que termos houve a superação do modelo de sistema lógico-dedutivo por uma ordem axiológica fundada em princípios jurídicos, em que se permite a utilização de critérios mais abertos e flexíveis de aplicação, apropriados à metodologia de uma cláusula geral.

A terceira ordem de questões envolve a apresentação do fundamento constitucional do princípio da boa-fé, com base nos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Neste particular, a solidariedade será apresentada como critério de coesão social em uma sociedade plural, o que implica deixar para trás qualquer concepção de direito que a reduza – ou intente reduzi-la – à mera referência a valores éticos transcendentais. De outro lado, a dignidade da pessoa humana será ainda apresentada como uma manifestação da individualidade e da liberdade, embora sob uma concepção completamente distinta daquela

que inspirou o ideário do liberalismo.

Será, então, preciso afirmar que a dignidade e autonomia pessoal são incindíveis, razão pela qual se percebe uma maior serventia em saber qual o sentido de liberdade e, conseqüentemente, de dignidade que se pretende proteger, ou seja: a) uma dimensão puramente abstrata e objetiva, vista como parte integrante de uma ordem objetiva de valores; b) uma dimensão concreta e subjetiva, na qual se leva em conta as peculiaridades de cada caso; ou, ainda, c) mediante uma conformação entre as duas dimensões anteriores.

Por esse caminho, apresentar-se-á a via do personalismo ético, que admite uma fusão entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, encerrando-se, assim, uma saída que abarque as duas dimensões de dignidade, de forma complementar. Assim, conquanto não seja incomum ver-se a proposição de soluções que considerem a dignidade num plano puramente abstrato, intenta-se demonstrar que, a fim de que o sentido de dignidade não se dissipe em um apelo puramente ético, dever-se-á impor que o seu conteúdo seja também determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana.

A boa-fé objetiva, então, será apresentada essencialmente como um princípio concretizador e operativo dos princípios constitucionais, que oferece diferentes medidas de incidência aos direitos fundamentais no âmbito das relações sociais, seja mediante a instituição de deveres de conduta nas relações entre particulares, com o que se visa a proteção de certas posições jurídicas contra intromissões danosas, seja pela imposição de deveres de proteção estatal aos direitos fundamentais ameaçados, por intermédio das suas funções típicas de proibição de intervenção/vedação de excesso e imperativos de tutela/vedação de déficit.

Nesse particular, a responsabilidade civil será apresentada como um instrumento de defesa indireta das posições pessoais ou patrimoniais cujos respectivos deveres de proteção visam salvaguardar.

Só, então, é que se tornará possível uma correlação mais precisa entre a boa-fé objetiva e a teoria da responsabilidade civil, viabilizando a obtenção da resposta ao questionamento central da dissertação, isto é: como a boa-fé objetiva atua na análise da conduta do sujeito implicado numa relação de imputação de danos? Os danos, nesse âmbito, serão imputados com base no juízo de culpa, com fundamento no risco ou haveria outro critério de imputação trazido pela boa-fé objetiva? Quais os sujeitos envolvidos nessa relação de imputação de danos?

Esses são, em resumo, os termos do trabalho e essas as perguntas que deram ensejo à pesquisa ora apresentada.

# 1 A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

## 1.1 A NOÇÃO DE ILÍCITO INDENIZANTE

### 1.1.1 Noções introdutórias

#### 1.1.1.1 Ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva

Acerca da ilicitude, pode-se dizer que todos estão de acordo que ela é sempre algo contrário ao direito, que se apresenta em desconformidade aos preceitos normativos. O consenso, contudo, acaba por aí. Em verdade, constata-se que muitos doutrinadores utilizam os termos *antijuridicidade* e *ilicitude* como sinônimos<sup>1</sup>, enquanto outros se esforçam em distingui-los.<sup>2</sup>

A partir da observação das divergências existentes em torno do conceito de ilicitude, é possível constatar-se a convivência de duas orientações distintas: a concepção *objetivista*; e a concepção *subjetivista*. Neste contexto, a questão que se coloca é saber se a ilicitude deve ser compreendida em um plano puramente objetivo, como conduta ou fato em si mesmo contrário ao preceito normativo, ou se, ao contrário, a ilicitude apenas se constitui em relação a condutas voluntárias, ou seja, em um plano subjetivo.

Com efeito, a concepção objetivista da ilicitude mira apenas a conduta em sua materialidade, tal como se exterioriza, verificando a sua desconformidade com os preceitos e valores

---

<sup>1</sup> Segundo Marcos Bernardes de Mello, “(a) há fatos que se concretizam, exatamente, em conformidade com as prescrições jurídicas e se constituem, por esse motivo, na própria realização afirmativa da ordem jurídica: são os fatos conformes ao direito, ditos, também, lícitos; (b) há outros, no entanto, cuja concreção representa violação das normas jurídicas e implica, assim, a negação do direito: são os fatos contrários ao direito, geralmente chamados de ilícitos.” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.117).

<sup>2</sup> Segundo Marcelo Junqueira Calixto, a antijuridicidade se constitui pela contrariedade, pura e simples, ao direito. A ilicitude, entretanto, é mais ampla do que a antijuridicidade, visto que, além desta, também exige para a sua configuração o requisito fático do dolo ou da culpa. (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.162). Ao citar o dever de ressarcir daquele que, em estado de necessidade por fato inteiramente imputável a terceiro (portanto, em situação de licitude), venha a causar danos a outrem, Fernando Noronha se esforça em fazer a distinção entre ilicitude e antijuridicidade: “Nem sempre, porém, a licitude de tais ofensas apaga completamente a antijuridicidade: é o que acontece quando sejam lesados direitos de terceiros, isto é, outras pessoas, que não aquelas geradoras da situação contra a qual se possa falar em atuação justificada. Nesse caso, a circunstância de o ato justificado ser lícito não impede que seja antijurídica a consequência produzida: a lesão do direito da pessoa estranha que tiver sido atingida. Só não serão antijurídicos os danos causados ao próprio agressor ou ao criador do estado de perigo. Se os danos causados a terceiros no âmbito de atos justificados ainda são antijurídicos, compreende-se que eles obriguem o agente à respectiva reparação: esta será uma hipótese de responsabilidade objetiva (ou pelo risco), como teremos oportunidade de ver.” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.396).

protegidos pelo sistema.<sup>3</sup> Nestas hipóteses, fala-se em ilicitude objetiva.

Já a concepção subjetiva defende que a qualificação de um ato como ilícito envolve a necessária tomada de um juízo de valor acerca desta conduta, que apenas seria possível se esta resultar de um ato humano, consciente e livre.<sup>4</sup> Nestas circunstâncias, fala-se em um ilícito subjetivo.

Esta divisão de opiniões, embora possa parecer a adoção pura e simples de uma posição metodológica – cujos reflexos incidiriam apenas na sistematização científica do ato ilícito –, revela, na mais das vezes, o perfilhamento de concepções filosóficas que se projetam, não apenas no âmbito da construção jurídica do instituto, mas também nos campos da interpretação e da política legislativa.

Fernando de Sandy Lopes Pessoa, a esse respeito, explica que é na concepção objetiva de ilícito “que se encontra a justificação profunda das orientações doutrinárias que propugnam, de *jure condendo*, a generalização da responsabilidade objectiva, ou seja, a adopção como regra da possibilidade de se exigir a indemnização de prejuízos causados por factos dos quais o indemnizante não pode considerar-se autor no plano ético-jurídico”<sup>5</sup>. Um dos caminhos para esta generalização é justamente de se considerar ilícito todo ato danoso, entendendo como tal o não cumprimento de um dever mesmo sem culpa, mas desde que origine prejuízos.

Nesse ponto, percebe-se, então, que a questão do conceito do ilícito se encontra estreitamente imbricada com outra, de cunho eminentemente filosófico, consistente em saber qual a verdadeira função da norma jurídica: *função valorativa*, *função imperativa* ou simultaneamente as duas funções (*valorativa e imperativa*).<sup>6</sup>

A luz da função estritamente valorativa, a ilicitude seria sempre de carácter objetivo ou, pelo menos, sê-lo-ia em regra geral. Nesta concepção, a eventual exigência de culpa no ato ilícito poderia, quando muito, constituir pressuposto do juízo de valor legal, ou seja, elemento de previsão da norma.<sup>7</sup>

Adotando-se uma função estritamente imperativa, apenas seria concebível o ato ilícito

---

<sup>3</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Imprensa: Lisboa, Ministério das Finanças, 1972, p.63; CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997, p.499-500.

<sup>4</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Op.cit.*, 1972, p.63; CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Op.cit.*, 1997, p.499-500.

<sup>5</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Op.cit.*, 1972, p.64.

<sup>6</sup> No direito penal, é extenso o estudo a respeito da natureza da norma de conduta (se norma de determinação ou norma de valoração). Na doutrina estrangeira, conferir: MARQUES DA SILVA, Germano. **Direito penal português**. Parte geral. v.1. Lisboa: Verbo, 1997, p.216-218. Na doutrina nacional: PRADO, Luiz Regis. Norma penal como norma de conduta. *In: Ciências Penais*. v.12. Disponível em: <[http://www.google.com.br/search?sourceid=navclient&hl=pt-BR&ie=UTF8&rlz=1T4SUNC\\_ptBRBR387BR396&q=norma+penal+como+norma+de+conduta](http://www.google.com.br/search?sourceid=navclient&hl=pt-BR&ie=UTF8&rlz=1T4SUNC_ptBRBR387BR396&q=norma+penal+como+norma+de+conduta)>. Acesso em: 20 fev. 2013, p.231.

<sup>7</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Op.cit.*, 1972, p.64-65.

enquanto ato voluntário e livre, violador de um dever.<sup>8-9</sup>

Compreendendo-se a norma com uma dupla função, é possível tomar-se o ato ilícito tanto no sentido objetivo, quanto no sentido subjetivo. Isto é, “a conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita, ainda que não seja originada numa vontade consciente e livre.” E, claro, também haverá ilicitude “quando essa conduta, contrária ao valor que a norma persegue, decorre da vontade do agente, quando, por outras palavras, o comportamento objetivamente ilícito é simultaneamente culposos.”<sup>10-11</sup>

#### 1.1.1.2 Comportamento antissocial e ato ilícito

Note-se que, o direito, ao impor aos homens determinado comportamento, o faz porque valorou positivamente o fim a que a respectiva norma de conduta visa.

Com efeito, compreendendo-se que a norma jurídica visa à resolução de conflito de interesses, tem-se por certo que esta resolução implica uma tomada de posição, um juízo de valor, que precede logicamente às situações jurídicas ativas e passivas envolvidas em dada relação jurídica, resultantes da incidência daquela norma.

Esse juízo de valor, diz-se, dá-se no plano do interesse ou utilidade social, ou seja, o que se pretende é “apreciar ou julgar se certa conduta, ou resultado dela, é socialmente vantajosa ou socialmente nociva”.<sup>12</sup>

Portanto, sempre que houver um fato contrário à norma jurídica, restará ferido o valor que lhe serve de fundamento, ainda que tal fato não se constitua em um ato humano voluntário. Este juízo – eminentemente objetivo – difere daquel’outro que implica um juízo de valor acerca da natureza ético-jurídica do comportamento do sujeito.

Com efeito, deve estabelecer-se uma distinção entre o comportamento antissocial (ou socialmente nocivo) e o comportamento que, além de ser alvo desse juízo de valor, é também objeto de um juízo de caráter ético-jurídico, “na medida que representa a rebelião voluntária

---

<sup>8</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Imprensa: Lisboa, Ministério das Finanças, 1972, p.65.

<sup>9</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 3.ed. Lisboa: Coimbra, 1965, p.225.

<sup>10</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Op.cit.*, 1972, p.65.

<sup>11</sup> Na doutrina brasileira, adota esta dupla concepção da ilicitude Sérgio Cavalieri Filho, para quem “a violação de um dever jurídico possibilita formular, a seu respeito, dois juízos de valor: o juízo de valor sobre o caráter antissocial ou socialmente nocivo do ato ou do seu resultado e o juízo sobre a conduta do agente, na sua dimensão ético-jurídica; um juízo de valor sobre o ato e um juízo de valor sobre seu agente.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.10).

<sup>12</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Op.cit.*, 1972, p.66.

contra a ordem jurídica.”<sup>13</sup> Ambos são desconformes ao direito, embora sob ponto de vistas distintos.

Nada obstante esta constatação, ao que parece muito clara, nesse ponto observa-se uma verdadeira cizânia entre os autores, com reflexos, nem sempre positivos, nos ordenamentos jurídicos.

### 1.1.1.3 Ato ilícito como violação de um dever

Enquanto, para alguns<sup>14</sup>, poderia haver tanto ilícito objetivo, quanto subjetivo, para outros, o conceito de ato ilícito deve ter seu uso reservado, somente, quando se verifique uma rebelião voluntária contra o direito, isto é, quando a atuação ilícita resulte de vontade consciente e livre. Quer se dizer, é preciso que haja um dever que resulte de um comando destinado a seres inteligentes e livres, que podem conhecê-lo e obedecer-lhe, de sorte que, a prática de uma conduta distinta da que lhe é devida resulta de um ato voluntário.<sup>15-16</sup>

A atitude de restringir a concepção de ato ilícito a um ato voluntário – postura metodológica com a qual não se concorda, é bom de logo registrar – ignora a circunstância, aparentemente

---

<sup>13</sup> “Por outras palavras, a violação voluntária de uma norma jurídica determina a possibilidade de formular, a seu respeito, dois juízos de valor e não apenas um: o juízo de valor sobre o carácter anti-social (ou socialmente nocivo) do acto ou do seu resultado, e o juízo sobre a conduta do agente, na sua dimensão ético-jurídica”. (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Imprensa: Lisboa, Ministério das Finanças, 1972, p.67).

<sup>14</sup> Felipe Peixoto Braga Netto reconhece a existência, na ordem jurídica brasileira, quer do ilícito culposo, quer do ilícito sem culpa. (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.90).

<sup>15</sup> Para Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, “a omissão do comportamento devido, objectivamente considerada, não chega para definir a ilicitude. É necessário o aspecto subjetivo, que consiste na atribuição ou imputação da falta de cumprimento à vontade do agente, de forma a poder formular-se a respeito da sua conduta o referido juízo de reprovação; numa palavra, exige-se a culpabilidade.” (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Op.cit.*, 1972, p.69).

<sup>16</sup> Mario Júlio de Almeida Costa, a respeito dos conceitos de ilicitude e de culpa, pondera: “refletem aspectos distintos da conduta do agente, posto que intimamente relacionados. Pode dizer-se que a ilicitude encara o comportamento do autor do facto sob um ângulo objectivo, enquanto violação de valores defendidos pela ordem jurídica (juízo de censura sobre o próprio facto); ao passo que a culpa pondera o lado subjectivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que envolveram (juízo de censura sobre o agente em concreto).” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.530). Em sentido idêntico, João de Matos Antunes Varella: “A ilicitude considera esta conduta objectivamente, como negação dos valores tutelados pela ordem jurídica. Todos sabem, porém, que por detrás do mesmo tipo (objectivo) de ilicitude – da violação do direito à vida ou à integridade física, por exemplo – podem encontrar-se as mais variadas situações, capazes de tornar mais ou menos reprovável o comportamento do autor. [...] A culpa, considerando todos os aspectos circunstanciais que interessam à maior ou menor censurabilidade da conduta do agente, olha ao lado individual, subjectivo, do facto ilícito, embora na apreciação da negligência a lei inclua, nos termos expostos, elementos de carácter objectivo.” (ANTUNES VARELLA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. v.I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.586). A visão, embora tenha o mérito de por em relevo o duplo aspecto da ilicitude, pode dar margem a confusão, visto que utiliza expressões para se referir a institutos de naturezas distintas (ilícito e culpa). Melhor, assim, parece-nos a utilização dos termos ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva.



óbvia, de que o direito lida com resultados socialmente desvaliosos e que merecem uma reparação – ainda quando não haja como se fazer qualquer imputação psicológica ao sujeito que tenha sido o causador daquele resultado, ou mesmo se abstraia a presença de qualquer conduta humana.<sup>17</sup> As hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa e os casos de imputação de responsabilidade àqueles que ostentam a simples condição de garantes são emblemáticas neste sentido (v.g., a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos).<sup>18</sup>

### 1.1.2 A concepção tradicional dos ilícitos civis na doutrina brasileira

Segundo a doutrina tradicional, ato ilícito é “a ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta ou indiretamente, um preceito jurídico do Direito Privado, causando-se dano a outrem”.<sup>19</sup> Ou seja, compreende que a espécie *ato ilícito* pressupõe, como elementos constitutivos, não apenas a ação ou omissão que afronte a um preceito jurídico (antijuridicidade), mas também a intenção de afrontá-lo ou, ao menos, que seja praticada a referida afronta ‘com negligência ou imprudência’. Ademais, deve ter como consequência, a produção de um dano, do qual resulte um dever de reparar.<sup>20</sup>

Dois tipos de problemas costumam ser apontados com relação à concepção tradicional de atos ilícitos: a) o primeiro é que vincula a compreensão do ato ilícito ao dano e, por via de consequência, ao estudo da responsabilidade civil, ignorando a existência de espécies outras, que não a geradora do dever de indenizar; b) o segundo é que associa a existência do ato

---

<sup>17</sup> Interessante notar o conceito de ilicitude precisamente traçado por Pontes de Miranda, abstraindo-se dele a noção de culpa e, eventualmente, até mesmo a noção de conduta humana. Segundo o citado autor: “quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por ele, há ilicitude. Se a contrariedade a direito foi sem culpa – ou houve ato humano, ou não no houve, ou se abstraiu dele. Se não houve ato humano, não se pode pensar em ‘ato’ ilícito. [...] Sempre que alguém responde pela força maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito. [...] Pode dar-se que o ato se dê, mas o direito só lhe aprecie o fato: isto é, o ato entra no mundo jurídico como fato, e não como ato. O ato praticado em estado de necessidade é ato-fato; não, porém, o ato-fato ilícito (não é contrário a direito). Os atos dos loucos e outros absolutamente incapazes, quando obrigam a indenizar, são atos-fatos ilícitos. [...] A condenação pelo mau uso da propriedade é ato-fato ilícito”. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p.193).

<sup>18</sup> São também emblemáticas as hipóteses de tutela jurisdicional inibitória ou reintegratória, nas quais o ilícito é objetivamente considerado (i.e., independentemente da investigação acerca de qualquer elemento volitivo). Conferir, a respeito: MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.38-41.

<sup>19</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.438.

<sup>20</sup> Conferir, também, Fernando Noronha: “Atos ilícitos, na acepção rigorosa aqui considerada, são todas as ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa a título de culpa ou dolo (ou seja, em termos de se poder afirmar ter ela procedido com culpa ou dolo). É esta a acepção que está contida no art. 186 do Código Civil, que exige uma ‘ação ou omissão voluntária’ ou um ato praticado ‘com negligência ou imprudência’ e que como consequência produz, se resultarem danos, a obrigação de reparar regulado nos arts. 927 e s.” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.382).

ilícito civil à necessária presença da culpa.

O dano integra, juntamente com a culpa, o binômio formador da concepção tradicional de ato ilícito civil, cristalizado no então vigente art. 159 do Código Civil de 1916.<sup>21</sup>

Assim, a doutrina civilista tradicional acabou por atrelar o conceito de ilícito a apenas um dos seus resultados, qual seja, o dano, do qual sempre resultaria o dever de indenizar.<sup>22</sup>

Essa concepção, entretanto, vem sendo bastante criticada. De fato, mediante essa postura metodológica, o ilícito civil acaba sendo tratado como se fosse apenas um apêndice do estudo da responsabilidade civil, com o que empobrece, sem qualquer razão justificável, o estudo dos ilícitos, “reduzindo o gênero ao estudo dos efeitos de uma das suas espécies.”<sup>23</sup>

A verdade é que a correspondência entre dano e ilícito nem sempre estará presente. A imposição de um dever indenizatório é efeito de uma das espécies de ilícitos, mas não do gênero. De fato, dos ilícitos civis decorrem não apenas eficácia indenizatória, mas também deles pode resultar a perda de direitos, pretensões ou ações (como nos casos de perda do poder familiar), ou a nulificação de algum ato (como nas hipóteses de desrespeito à forma dos negócios jurídicos, quando prescrita).<sup>24</sup>

De outro lado, há casos de indenização que não decorrem de atos ilícitos, como nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento de um dever, em que a contrariedade ao direito é pré-excluída, ou seja, o ilícito não chega sequer a se formar, por ausência do sinete de contrariedade ao direito, ainda que reste o dever de indenizar.<sup>25</sup>

Assim, conclui-se que o dano não dá a nota essencial, tampouco é elemento necessário à composição do suporte fático do ato ilícito. Em algumas situações, pode vir a ser um elemento

---

<sup>21</sup> No Código Civil de 1916, o ato ilícito é definido como um ato essencialmente culposo: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar dano”.

<sup>22</sup> “O ato ilícito provoca, contra quem o praticou, efeitos impostos pela lei, que consistiam na obrigação, exigível do agente, de indenizar o prejuízo que houver causado. Em consequência, o dano torna-se elemento importantíssimo à compreensão da teoria do ato ilícito, a tal ponto que alguns o integram no seu conceito. Sem dano, não há ato ilícito.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.440).

<sup>23</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.15.

<sup>24</sup> Segundo Pontes de Miranda, “há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar. Por outro lado, há obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta. [...] A ilicitude pode ser encarada como juridicizante, isto é, a) determinadora da entrada do suporte fático no mundo jurídico para a irradiação da sua eficácia responsabilizadora (art. 159), ou b) para a perda de algum direito, pretensão ou ação (caducidade com culpa, como se dá com o pátrio poder (art. 395 e Código Penal, art. 69), ou c) como infratora culposa de deveres, obrigações, ações e exceções, tal como acontece com toda responsabilidade culposa contratual, ou d) como nulificante (art. 145, I).” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954, p.201).

<sup>25</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op.cit.*, 2003, p.93.

presente e, portanto, eventual.

A culpa, de outra banda, costuma ser apontada pela quase totalidade da doutrina civilista como elemento necessário à composição da espécie ato ilícito civil, ao ponto de se imaginar ser impossível a existência de um ilícito civil sem a culpa.<sup>26-27</sup>

A culpa, entretanto, não participa necessariamente da ontologia do ilícito. Os ilícitos civis se constituem em espécies de fatos jurídicos cujo elemento nuclear cerne é a contrariedade ao direito. A desconformidade com as normas de direito civil é o que basta para qualificá-lo como ilícito.<sup>28</sup> Nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, por exemplo, é possível ter-se espécie ilícita sem que esteja necessariamente presente a culpa. Da mesma forma, nas hipóteses de violação aos direitos da personalidade, ou seja, quando se depara com condutas violadoras da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, estar-se-á diante de espécie de ilícito civil, cuja configuração independe de culpa.<sup>29</sup> Assim, a culpa não integra o suporte

---

<sup>26</sup> Nesse sentido, Orlando Gomes é preceptivo a respeito do ato ilícito: “O cuidado inicial a se ter, portanto, na caracterização do ato ilícito é verificar se o comportamento ilícito do agente é infração direta e imediata de um preceito jurídico, se, por outras palavras, constitui ato, ou omissão, que infrinjam um dever genérico de conduta. Contudo, não basta. A ação contrária a Direito pode ser praticada sem que o agente saiba que está a proceder ilicitamente. O ato que pratica não é, nesse caso, ato ilícito, apesar de ser antijurídico. Pouco importa que a lei imponha uma sanção ao transgressor, ainda equivalente à que sofriria quem agisse com pleno conhecimento de causa; substancialmente, o ato não será delituoso. Para que assim se qualifique, é preciso que a infração seja cometida tendo o infrator conhecimento da natureza ilícita do ato. Exige-se, numa palavra, que tenha culpa. Desse modo, é a antijuridicidade subjetiva que constitui o ato ilícito.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.438).

<sup>27</sup> Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze sistematizam os pressupostos da responsabilidade civil, relacionando a *conduta humana*, o *dano* ou *prejuízo* e o *nexo de causalidade*, adotando a *culpa* como elemento acidental, tendo em mira, em especial, a crescente objetivação da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. responsabilidade civil. v.III. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.24); em sentido semelhante, Sérgio Cavalieri Filho assevera que atrelar o conceito de ilicitude ao elemento culpa é colocar-se na contramão da história. Para o referido autor, nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva haverá sempre uma desconformidade ao direito que lhe assegura o sinete da ilicitude, ressalvada as hipóteses excepcionais de indenização por ato lícito, nos quais a lei pré-exclua a ilicitude, como nos casos de estado de necessidade do arts. 188, 929 e 930 do Código Civil. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas. 2007, p.08-09).

<sup>28</sup> O ilícito civil não requer um tipo fechado, tal como ocorre no direito penal. Assim, no direito civil, a contrariedade ao direito não precisa ser expressamente prevista. Nesse sentido, Felipe Peixoto Braga Netto: “No direito penal, onde vige o *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, não haverá ilícito sem expressa previsão legal. Não existe, portanto, ilícito advindo da violação ao conjunto de normas penais. Ou seja, não são possíveis violações ao ordenamento penal. [...] No sistema criminal, o tipo fechado representou conquista contra o arbítrio, no sentido de que ninguém será privado de sua liberdade sem lei que, expressa e anteriormente ao ato, o definisse como crime. [...] Com as normas civis é diferente. No direito civil a contrariedade ao direito não precisa ser expressamente prevista. [...] Daí a diversidade natural das técnicas: o direito penal com os tipos fechados (ilícito penal é aquilo que a norma, anteriormente ao ato, expressamente disser). O direito civil trabalha com tipos abertos (ilícito civil é o ato contrário ao direito que viola princípios ou normas pertinentes à sua sistemática).” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.75-76).

<sup>29</sup> Nesse sentido, Pontes de Miranda: “Porém, a culpa não é pressuposto necessário se se trata de direito absoluto: quem entra na propriedade alheia, como se fosse sua, ou fere alguém, ou assassina alguém, ou ofende a honra de alguém, ou usurpa direito autoral de personalidade, comete ato ilícito, ainda que sem culpa. [...] Consequência: o ato de negação ou usurpativo é ato ilícito lato sensu; não ato ilícito stricto sensu” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsóti, 1954, p.204).

fático do ato ilícito civil enquanto gênero.<sup>30</sup>

Conclui-se, enfim, que a culpa é essencial nos ilícitos culposos (i.e., os ilícitos subjetivos), não necessariamente nos demais ilícitos, em que não se constitui numa condição necessária à juridicização. O que acontece é que a doutrina tradicional “confunde a cláusula geral da ilicitude culposa com o gênero ilícito, e aí considera a culpa como um dado essencial ao instituto. Essa cláusula geral, no entanto, não exaure os ilícitos possíveis.”<sup>31</sup>

### 1.1.3 A classificação do ilícito segundo a teoria do fato jurídico

É, então, chegado o momento da tomada de uma posição acerca do conceito de ato ilícito civil, que servirá a todo o trabalho de pesquisa que se pretende encetar.

Pontes de Miranda buscou classificar as espécies de fatos jurídicos por meio de um critério do qual jamais se afastou: categorizava-as a partir da análise do suporte fático abstrato normativo, isto é, tomando em consideração a hipótese abstrata descrita no antecedente – ou hipótese fática – da norma jurídica. Com isto, rechaçou qualquer classificação que tomasse em consideração tão só os fatos do mundo fenomenológico, tal como concretizados, para considerar os fatos, ou conjunto de fatos, “idealmente recortados pela norma, que conferem a tônica ao fato jurídico, interferindo não somente em seu nascimento, mas também no seu modo de ser.”<sup>32</sup>

Fiel ao seu método, buscando claramente fazer um paralelo com a classificação adotada para os atos lícitos (conformes ao direito), Pontes de Miranda classificou os ilícitos civis no geral em: a) *fatos ilícitos stricto sensu*, constituídos pelos fatos da natureza, contrários ao direito, mas sempre relacionados a alguém, como ocorre em algumas hipóteses de caso fortuito e força maior, sempre que surja o dever de indenizar<sup>33</sup>; b) *atos-fatos ilícitos*, compostos por atos, contrários ao direito, que são recebidos pelo direito como fatos, tal como ocorre nos

---

<sup>30</sup> A respeito do conceito de atos ilícitos “lato sensu” (espécie na qual se incluem os atos ilícitos “stricto sensu”, os atos ilícitos caducificantes e os atos ilícitos relativos), Pontes de Miranda assim definiu: “os atos ilícitos lato sensu são atos humanos que entram no mundo jurídico para serem superadas as suas consequências danosas: ou pela indenização do dano extranegocial (reparação), ou pelas caducidades, ou pela prestação (o que também repara) do equivalente, ou outra execução. O que se exige, a todos, além do ato (e às vezes da culpa), é a contrariedade à lei.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p.201).

<sup>31</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.91.

<sup>32</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>33</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Op. cit.*, 1954, p.186 e 193.

casos de danos causados por animais, coisas ou indústria perigosa<sup>34</sup>; e c) *atos ilícitos stricto sensu*, constituídos pelos delitos, ou seja, pelos atos ilícitos culposos.<sup>35-36</sup>

Dessa forma, poder-se-ia seguir com a terminologia proposta por Pontes de Miranda, valendo-se da categoria dos atos ilícitos *stricto sensu* – já que se falará essencialmente da culpa – adotando as demais espécies, sempre que se referisse a espécies ilícitas cujo suporte fático dispense a presença do elemento fático culpa. Reconhece-se, entretanto, que a utilização das expressões *atos* ou *atos-fatos ilícitos* para referir-se àquelas espécies ilícitas que o direito (i.e., o suporte fático normativo) as recebe mediante a abstração de quaisquer referências à conduta humana, ou mesmo à vontade porventura existente no mundo fenomenológico, soaria artificial, em especial para os que não estão familiarizados com a metodologia e terminologia ponteana.<sup>37</sup> Afinal, apenas há interesse em falar-se em ilícito na medida em que se possa imputá-lo a alguém – isto, claro, independentemente de haver a necessidade ou não da prova da culpa.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Segundo Pontes de Miranda, “o dano, no caso de animais, coisas, ou indústrias perigosas, não é delitual, no sentido de culposo, mas é contrário ao direito. A explicação de que se tornaram não-contrários a direito, porque se lhes exclui a contrariedade a direito, assimila-os às espécies de pré-exclusão da contrariedade, quando, em verdade, só se pré-dispensou a culpa. Foi o elemento culpa, elemento do suporte fático, que se fez ablação, e não ao elemento contrariedade ao direito. A contrariedade ao direito não é essencial juntar-se à culpa; há o contrário ao direito sem culpa, como se [...] ocorre algum caso de responsabilidade pelo caso fortuito ou força maior”. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsóti, 1954, p.197).

<sup>35</sup> “Já vimos quais são os elementos comuns aos atos ilícitos lato sensu: ato humano e contrariedade a direito. O ato ilícito stricto sensu tem a particularidade de violar, com culpa, a regra jurídica, sem atinência a que esse regra regula negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Op.cit.*, 1954, p.197).

<sup>36</sup> Apesar de utilizar o termo ato ilícito *stricto sensu* no sentido de delito (com a presença da culpa, pois), Pontes de Miranda admite: “se a regra jurídica dispensa a culpa como elemento do suporte fático do ato ilícito *stricto sensu*, há classe à parte de ato ilícito, a que não serviria o nome de ato ilícito stricto sensu. Seria de dizer-se ato ilícito stricto sensu objetivo, se o adjetivo não criasse ambiguidade. Melhor diremos ato ilícito *stricto sensu* bruto.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Op.cit.*, 1954, p.205). Apesar disto, não deixa muito claro sobre quais as espécies que poderíamos classificar como ato ilícito *stricto sensu* bruto.

<sup>37</sup> Conferir, a propósito, a sistematização do pensamento ponteano, realizada por Marcos Bernardes de Mello: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano de existência. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.111-129.

<sup>38</sup> Pontes de Miranda, de certa forma, reconhece isto, ao falar de responsabilidade objetiva. Para ele, nestes casos, embora o suporte fático normativo não preveja uma imputação psicofísica imediata do agente, haveria uma imputação mediata, ou indireta, pela fixação da presunção da culpa na prática de atos anteriores ao fato danoso: “Não se pode dizer que a responsabilidade dos empregadores, ou a dos donos de indústrias perigosas, seja derivada de suporte fático, entre cujos elementos não há nexos causal com o responsável: o nexos psicofísico não precisa ser entre o ato e o responsável, pode ser entre ato ou atos anteriores do responsável e o fato lesivo; noutros termos, o responsável pode estar em relação com o fato lesivo, como causador mediato. [...] Em verdade, há causa mediata do ato ilícito quando resulta de ato de outrem ou de fato ilícito quando provém, imediatamente, de animais ou de coisas. A imediatidade do ato culposo é que faz a chamada responsabilidade subjetiva; a mediatidade é que permite pensar-se, sem razão, em responsabilidade objetiva. Porque a responsabilidade objetiva, sem essa explicação, que a nega, seria monstruosa, fora da linha histórica do pensamento jurídico. A própria fórmula ‘onde está o interesse, está o perigo’, ou ‘procedem ao próprio risco’, não faz mais que pôr o ‘interesse’ no suporte fático, sem atender a que, na regra jurídica, se lê esse elemento como suficiente para a presunção. [...] Não se pode dizer que os legisladores não tenham admitido a responsabilidade pelo fato; mas a

Em razão disso, prefere-se adotar a sistematização fornecida por Felipe Peixoto Braga Netto, visto que carrega consigo o mérito de desvincular da ideia do suporte fático do *ato ilícito* o elemento culpa – que indiscutivelmente passa a ser acidental –, além, é claro, de manter-se fiel ao pensamento de Pontes de Miranda quando relaciona as diversas espécies de ilícitos considerando não apenas o dever de indenizar, mas outras cargas eficaciais produzidas, assim como as espécies de relações jurídicas violadas.

#### 1.1.3.1 A classificação segundo suporte fático abstrato

Assim, sob o ponto de vista do suporte fático abstrato<sup>39</sup>, dividem-se os ilícitos civis em: a) *ilícito culposo*, como sendo aquele cujo suporte fático apenas se concretiza com a presença da culpa; e b) *ilícito não culposo*, cujo suporte fático se concretiza independentemente da presença da culpa.

Como visto, para a doutrina tradicional brasileira – segundo a qual o ilícito pressupõe a culpa –, apenas a primeira espécie acima citada seria *ato ilícito*, enquanto que a segunda, ainda que desconforme ao direito, não chegaria a constituir em espécie ilícita autônoma, mas apenas hipótese de *antijuridicidade*, concepção da qual discorda-se e descarta-se.

#### 1.1.3.2 A classificação a partir dos efeitos produzidos

Quanto aos efeitos produzidos<sup>40</sup>, os ilícitos podem ser: a) *ilícito indenizante*: é todo ilícito cujo respectivo efeito se constitua na imposição de um dever de indenizar (v.g., arts. 186, 187<sup>41</sup>, e 927 do Código Civil de 2002); b) *ilícito caducificante*: compõe as espécies ilícitas

---

civilização, a que correspondem os sistemas jurídicos que estudamos, repugna que se dispense existir qualquer nexo psicofísico, ainda que mediato da culpa.” E, então, exemplifica: “O legislador tem de formular a regra jurídica de modo que não elimine, no suporte fático, o elemento necessário e suficiente à presunção de culpa. Não se pode dizer que o eliminou quando responsabilizou as companhias de estradas de ferro ou de navegação aérea pelos danos oriundos de fagulhas das locomotivas, ou pela queda de aviões; mas tê-lo-ia eliminado se responsabilizasse a companhia de estradas de ferro e de outros transportes pelo dano causado pela bomba posta nas linhas ou no aeroporto por alguém estranho ao serviço.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsó, 1966, p.49-50).

<sup>39</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.89-99.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.99-107.

<sup>41</sup> Vale citar que o art. 187 do Código Civil de 2002, consagra a cláusula geral do ilícito objetivo, decorrente de abuso do direito. As consequências (i.e., os efeitos jurídicos) passíveis de serem impostos pelo juiz como resultado da sua aplicação e concretização do princípio da boa-fé, por exemplo, não se encontram adstritas às

cujo efeito implique a perda de um direito (v.g., os pais que castiguem imoderadamente o filho, podem perder o poder familiar, na forma do art. 1.638 do Código Civil de 2002); c) *ilícito invalidante*, cujo respectivo efeito se constitui na aplicação da sanção de invalidade, i.e., na privação da eficácia de um determinado ato jurídico, em razão da deficiência na formação do seu suporte fático (v.g., venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos outros descendentes e cônjuge do alienante, tal como previsto no art. 496 do Código civil de 2002); e, por fim, d) *ilícito autorizante*, constituindo-se em todo ilícito cujo efeito implique na autorização dada pelo sistema para que a parte prejudicada pratique algum ato (v.g., o donatário que for ingrato com o doador, pratica ato ilícito, cujo respectivo efeito é facultar ao doador o direito de revogar a doação, na forma do art. 557 do Código Civil de 2002).

#### 1.1.3.3 A classificação a partir da relação jurídica violada

Por fim, classificam-se os atos ilícitos a partir da relação jurídica violada, sendo assim: a) *ilícitos absolutos*, se a relação jurídica violada for absoluta, sendo tal aquela em que não figura um sujeito passivo determinado (v.g., como acontece com as relações jurídicas que veiculam direitos da personalidade e propriedade); e b) *ilícitos relativos*, quando a relação jurídica violada for relativa, quer dizer, aquela que se estrutura entre sujeitos identificados ou ao menos identificáveis (v.g., as relações jurídicas obrigacionais).

O que importa para esta classificação, portanto, é saber qual a relação jurídica que fora violada, visto que pode mesmo existir uma relação jurídica relativa entre dois sujeitos, mas vir a ser praticado um ilícito absoluto. Assim, se, muito embora duas pessoas mantenham uma relação locatícia, o locatário atenta contra a honra do locador, haverá ilícito absoluto, pois que o referido ato é violador do direito da personalidade, sendo irrelevante, neste caso, a existência prévia de relação jurídica entre eles. Cumpre esclarecer, contudo, que se trata de uma classificação adotada pela doutrina civilista tradicional, cuja pertinência, na atualidade, tem sido posta em discussão.<sup>42</sup>

---

perdas e danos. Da conduta eventualmente abusiva podem decorrer, também, a caducidade, a autorização e a invalidade. Portanto, a depender das circunstâncias concretas, o art. 187 pode servir de exemplo para todas as modalidades acima descritas.

<sup>42</sup> Além da tendência, perceptível no direito das obrigações contemporâneo, à unificação das responsabilidades civis contratuais e extracontratuais, critica-se a classificação pela posição de neutralidade assumida com relação aos bens jurídicos em jogo. Segundo Felipe Peixoto Braga Netto, “a bipartição dos direitos em absolutos e

Dito isto, pode-se adentrar-se no estudo da culpa, já que a esta altura sabe-se ser ela um evento que integra o suporte fático do ato ilícito culposo. Este, de sua feita, constitui-se em uma espécie de fato jurídico em cujo suporte fático há a previsão de uma conduta humana desconforme ao direito e essencialmente culposa. Como se está lidando com a responsabilidade civil, claro também está que a referência de maior relevo, aqui, será ao ato ilícito indenizativo, ainda que eventualmente se utilize do conceito e compreensão das demais espécies ao longo do trabalho de pesquisa.

## 1.2 O CONCEITO E A APRECIACÃO DA CULPA

### 1.2.1 As concepções psicológica e normativa da culpa

Entre os que se dedicam ao estudo da responsabilidade civil, é reconhecida a dificuldade da doutrina em estabelecer um conceito de culpa. Trata-se de matéria vasta e confusa.<sup>43</sup>

Assim, antes de se tentar fixar um conceito de culpa necessário para a presente pesquisa, faz-se mister destacar que as inúmeras definições apresentadas pela doutrina<sup>44</sup> podem ser agrupadas em dois grandes blocos: a) as que vislumbram a culpa como a violação de um dever legal ou contratual pré-existente; e b) as que veem na culpa um *erro de conduta*.<sup>45</sup>

---

relativos não traduz a real relevância social que eles eventualmente tenham, fundamentando-se apenas em argumento técnico, pandectístico: os limites subjetivos de eficácia das relações jurídicas. Assim, direitos enormemente diversos, sob a perspectiva axiológica, como o direito da personalidade e o direito da propriedade, caem na mesma vala comum, desprezando valores éticos em homenagem a sutilezas teóricas.” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.111).

<sup>43</sup> Caio Mário da Silva Pereira, após lembrar das inúmeras definições de culpa e seus elementos, conclui que “diante desta floresta de definições, que mais extensa fora, quanto mais longe levasse a pesquisa, pode-se conceituar a culpa como um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo” (PEREIRA, Caio da Silva. **Responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.69). Também, acerca da dificuldade, cite-se Luiz da Cunha Gonçalves, quando afirma que “apesar de a palavra culpa ser usada há milhares de anos, quer na terminologia jurídica, quer na linguagem vulgar, forçoso é reconhecer que a respectiva noção é, ainda hoje, a mais confusa, obscura e imprecisa que se pode encontrar no direito, pelo menos, quanto à responsabilidade extracontratual ou à culpa aquiliana, pois é sob este aspecto que as divergências doutrinárias são numerosas” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. v.II. São Paulo: Max Limonad, 1951, p.576). No mesmo sentido: MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. Tomo II. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p.428-429.

<sup>44</sup> Para uma passada em revista dos principais conceitos doutrinários, consultar: GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa). São Paulo: Max Limonad, 1957, p.576-584.

<sup>45</sup> Entre nós, por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, quando define a culpa como “um erro de conduta, que leva o indivíduo a lesar o direito alheio”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.I. 22.ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.658). Também assim o



A denominada concepção subjetiva ou psicológica (também chamada de concepção clássica), que tem Marcel Planiol como o seu principal precursor, concebe a culpa como a violação intencional ou por negligência de um dever legal ou contratual pré-existente. Esta concepção considera aspecto essencial para a construção do conceito a manifestação da vontade, livre e consciente, do agente, em relação a qual surge um correlato juízo moral de condenação da ação a ela correspondente. Ainda, qualificando a vontade, há um elemento que se faz crucial: a previsibilidade (i.e., a previsão) do resultado, como pressuposto lógico e psicológico para o fim de evitá-lo.<sup>46</sup>

Em suma, por meio dessa concepção, é requerida uma investigação do comportamento psicológico do sujeito, expresso pelo dolo ou pela culpa, sendo estes estados de ânimos compreendidos como um modo de ser da vontade do sujeito. A culpa é, nesse contexto, definida como o descumprimento de um dever que o sujeito podia conhecer e observar.<sup>47</sup>

Costuma-se apontar que a referida visão tem a grande vantagem de fornecer um conceito unitário de culpa, válido tanto para a responsabilidade civil contratual, quanto para a responsabilidade civil aquiliana, ou extracontratual.<sup>48</sup> Mas, como o dever jurídico violado nem sempre é facilmente identificado, em especial no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, é comum a referência a um dever geral de não causar dano ou de não prejudicar.<sup>49</sup>

---

faz em obra específica, como já citado, quando define a culpa como “*um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo*” (PEREIRA, Caio da Silva. **Responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.69).

<sup>46</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.210.

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.7. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.43.

<sup>48</sup> Assim, por exemplo, Gian Pietro CHIRONI, para quem “a la manera que con término ‘culpa contractual’ se quiere significar el hecho jurídico del incumplimiento de una obligación contractual (o quasi contractual), comprendiendo la inejecución de por sí y el elemento subjetivo de la imputabilidad, así la culpa aquiliana designa toda acción u omisión imputable que, violando el derecho ajeno, sin ser por esto incumplimiento de obligación contractual preexistente, excita a la reacción del sistema objetivo creado para la defensa del derecho ofendido, reacción que se revela y manifiesta con la acción de responsabilidad (y por lo mismo de resarcimiento) contra el autor de la injuria.” (CHIRONI, Gian Pietro. **La culpa en el derecho civil moderno**. Trad. espanhola por A. Posada. Tomo I. 2.ed. Madri: Reus, 1928, p.40).

<sup>49</sup> A doutrina brasileira abraça, com maior frequência, o conceito de Marcel Planiol. Entre nós, por exemplo, adota esta concepção Clóvis Beviláqua, quando afirma que: “o dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há sempre a violação de um dever preexistente. Se esse dever se funda em um contrato é contratual; se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual, ou aquiliana” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do brasil comentado**.v.I. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio Estácio de Sá, 1940, p.426). Washington de Barros Monteiro caminha no mesmo sentido, quando enuncia que a responsabilidade subjetiva “pressupõe sempre a existência de culpa (lato sensu), abrangendo o dolo (pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar), e a culpa (stricto sensu), violação de um dever que o agente podia conhecer e acatar, mas que

Entende-se que, quando não haja uma norma específica, legal ou contratual, haverá um dever geral de não lesar ninguém – proveniente do *neminem laedere* – ou, ao contrário senso, o princípio geral do direito que determina que sejam respeitadas as pessoas e os seus bens.<sup>50</sup>

Ao final, então, apesar da fórmula aparentemente simples elaborada por Planiol (*violação de dever pré-existente*), esta concepção de culpa é bastante criticada em doutrina, justamente porque nem sempre conta com a precisão necessária, à exceção de quando se esteja diante de um dever previamente delimitado e determinado (como o que decorre de um contrato). Portanto, apresenta falhas quando o dever jurídico violado venha a se constituir num dever geral de diligência ou de prudência.<sup>51</sup>

Ademais disto, em sua feição moral, a culpa se vincula a impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade de resultados, em razão do que acaba por se constituir em elemento de difícil comprovação.<sup>52</sup>

As críticas à formulação de Planiol possibilitam o agrupamento dos autores que a formulam em um segundo grande bloco, composto por aqueles que veem na culpa um *erro de conduta*.<sup>53</sup> Esta concepção, denominada normativa ou objetiva, foi elaborada no início do século XX, e tem como principal premissa a ideia de que a culpa se constituiria em um desvio de modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média, isto é, “ação ou omissão que não teria sido praticada por pessoa prudente, diligente e cuidadosa, em iguais circunstâncias”.<sup>54</sup>

A concepção normativa da culpa tem como grande trunfo afastar a necessidade de se demonstrar qual o dever jurídico pré-existente que restou violado. Porém, tem como grande desafio estabelecer qual o padrão de conduta que deveria ter sido observado pelo agente, em

---

descumpre por negligência, imprudência ou imperícia”. (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Col.5. Direito das obrigações. 2ª parte. Atualizador por Carlos Alberto Dabus Maluf, Regina Beatriz Tavares da Silva. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.573). No mesmo sentido, conferir: LIRA, Ricardo César Pereira. Responsabilidade civil pelo furto de veículos. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n.52, São Paulo: Revista dos Tribunais. abr./jun. de 1990, p.09.

<sup>50</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.211.

<sup>51</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>52</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.17.

<sup>53</sup> Entre nós, por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, quando define a culpa como “um erro de conduta, que leva o indivíduo a lesar o direito alheio”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.I. 22.ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.658). Também assim o faz em obra específica, como já citado, quando define a culpa como “*um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo*” (PEREIRA, Caio da Silva. **Responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.69)

<sup>54</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Op.cit.*, 2003, p.211.

dado caso específico, a partir do padrão médio de comportamento esperado.<sup>55</sup> Para este fim, resgata-se o padrão de diligência proposto pelo Direito Romano, qual seja, a conduta que teria adotado o bom pai de família (*bonus pater familias*).

Com efeito, para averiguação da eventual culpa por desvio ou *erro de conduta*, há de se tomar como parâmetro o comportamento de uma pessoa ideal, o tipo comparável ao bom pai de família, ou seja, uma pessoa com cuidado, vigilância, pontualidade e prudência ordinárias.<sup>56</sup> Torna-se necessário que cada concidadão dirija a sua própria conduta de acordo com o parâmetro de diligência exigível do denominado “homem médio”, o que equivale dizer que o comportamento de cada um passa a ser referido ao nível dessa ficção.<sup>57</sup>

A culpa objetiva, assim, funda-se num juízo normativo resultante da análise comparativa entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento esperado (*standard*). Para o fim de verificar-se se houve erro de conduta – isto é, se houve culpa – deve-se comparar o comportamento do autor do dano com aquele que seria normal e corrente em um homem médio, estabelecido como padrão. Se de tal comparação “resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado abstratamente pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta.”<sup>58</sup>

Independentemente do nome que se dê, a culpa assim compreendida constitui-se no modelo mais amplamente aceito nos ordenamentos jurídicos, tanto do *civil law*, quanto naquel’ outros que seguem a tradição do *common law*.<sup>59-60</sup>

---

<sup>55</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.11.

<sup>56</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Imprensa: Lisboa, Ministério das Finanças, 1972, p.100.

<sup>57</sup> BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado**. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.9.

<sup>58</sup> RODRIGUES, Silvío. **Direito civil. Responsabilidade civil**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.146.

<sup>59</sup> “Como modelo abstrato de comportamento, emprega-se tradicionalmente, nos ordenamentos do *civil law*, o parâmetro romanista do *bonus pater familias*, entendido como homem médio, o homem padrão, o indivíduo prudente. [...] E não é substancialmente diversa a metodologia adotada nos ordenamentos do *common law*, onde se invoca o chamado *reasonable man* como parâmetro abstrato de comportamento” (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.35-36). No direito português, “consagra-se a apreciação da culpa em abstracto. Na verdade, desde que a lei não estabeleça outro critério, a culpa será valorada, em face das circunstâncias de cada caso, pela diligência de um bom pai de família ou homem médio (‘in abstracto’) e não segundo a diligência habitual do autor do facto ilícito (‘in concreto’).” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.535); no mesmo sentido, a respeito do direito português, João de Matos Antunes Varella: “O Código Civil consagrou expressamente a tese da culpa em abstracto quanto à responsabilidade extracontratual, mantendo-se nesta parte fiel à orientação anterior; mas, afastou-se desta, ao mandar aplicar o mesmo critério (da culpa em abstracto) à apreciação da culpa no domínio da responsabilidade

Contudo, não é difícil perceber que a fixação do mencionado *standard* de comportamento toma em consideração um critério extremamente abstrato, atemporal e que acaba tomando como parâmetro a conduta de um ser irreal: o *bonus pater familias*. Assim, são fortes as críticas da doutrina a este padrão.<sup>61-62-63</sup>

Critica-se, ainda, que o movimento tendente a objetivar a noção de culpa, afastando-a da imputabilidade moral, para apreciar apenas o erro de conduta do homem normal, excluindo-se as circunstâncias internas do agente, acabaria por se proclamar a culpa dos que são destituídos de discernimento.<sup>64</sup>

Para tentar contornar estas críticas, um segmento da doutrina vem propugnando a admissão de critérios mais concretos para a aferição do erro de conduta.<sup>65</sup>

---

civil contratual.” (ANTUNES VARELLA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. v.I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.575).

<sup>60</sup> Esta é a opinião de Marcelo Junqueira Calixto, para quem, “De fato, nas hipóteses em que a conduta albergada pelo ordenamento não vem descrita exaustivamente pela norma, o que, em regra, acontece em âmbito extracontratual, deve a doutrina lançar mão da conduta que teria sido observada por um bom pai de família nas circunstâncias do caso concreto. Tal conceito de culpa parece, em verdade, contar atualmente com o maior número de adeptos e encontra até referência expressa no vigente Código Civil Português.” Nota 12: “É o que se lê do art. 487º.2 deste Código, verbis: ‘Art. 487º (Culpa). 1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa. 2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.’” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.12).

<sup>61</sup> “A culpa in abstrato é a falta de diligência exigível de um homem ideal, o tipo do bom pai de família, porque, desde os tempos dos Romanos até hoje, tomou-se como princípio axiomático que o bom pai de família é uma pessoa ultra cuidadosa, ultra vigilante, ultra prudente, ultra pontual etc., em suma, um pai de família que nunca existiu em país algum, em nenhuma época, salvo na romântica imaginação dos jurisconsultos defensores da responsabilidade baseada na culpa subjetiva. De sorte que, para a fixação da responsabilidade civil, se toma como padrão um tipo humano fantástico, irreal. A culpa in concreto é aquela que praticaria ou é de esperar de um determinado sujeito, conforme a diligência que este costuma usar nos seus próprios negócios – ‘*diligentiam quam in rebus suis adhibere solet*’, como diziam os Romanos. É, pois, uma culpa variável, segundo as pessoas e outras circunstâncias.” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa). São Paulo: Max Limonad, 1957, p.593-594).

<sup>62</sup> Patrick Atiyah critica o critério do “reasonable care”, pois, por meio dele, o sujeito que não seja um motorista muito habilidoso pode acabar sendo considerado responsável, ainda que tenha feito o seu melhor para evitar o dano. (ATIYAH, Patrick. **The damages lottery**. Oxford: Hart, 1997, p.5).

<sup>63</sup> O próprio Mário Júlio de Almeida Costa, apesar de afirmar que a apreciação da culpa deve se dar em abstrato, pondera que o paradigma a ser utilizado para fins de apreciação do erro de conduta não corresponde ao “puro cidadão comum, mas o modelo de homem que resulta do meio social, cultural e profissional daquele indivíduo concreto. Dito de forma mais explícita: o homem médio que interfere como critério de culpa é determinado a partir do círculo de relações em que está inserido o agente.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.535).

<sup>64</sup> Alvíno Lima aponta que a referida teoria incorre em dois erros graves: a) exclui o elemento vontade consciente como fundamento principal para a fixação do erro de conduta; e b) repousa na exclusão, por completo, de certos elementos pessoais que devem ser ponderados para a fixação da responsabilidade do agente. Seria, assim, uma espécie monstruosa de culpa, sem responsabilidade, que Enmein compara a um corpo sem cabeça. (LIMA, Alvíno. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.83-84); Conferir, também, Aguiar Dias: DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.117.

<sup>65</sup> Admitindo-se a necessidade de se procurar parâmetros mais concretos de aferição da culpa normativa: MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.211; também, em sentido semelhante: SCHREIBER, Anderson. **Novos**

Nesse ponto, fala-se também em uma bipartição de opiniões doutrinárias: entre aqueles que defendem apreciação em abstrato (*in abstracto*) e aqueles que propugnam a apreciação em concreto (*in concreto*) da culpa normativa.<sup>66</sup>

Com efeito, a apreciação em abstrato dispensa a referência à própria diligência do agente em seus negócios habituais e toma-se como parâmetro exclusiva e objetivamente o padrão, abstrato, do bom pai de família (*bonus pater familias*).<sup>67</sup> Aponta-se, contudo, que a consideração deste padrão, em especial no âmbito da responsabilidade civil extracontratual<sup>68</sup>, não se dá sem a instalação de uma nova controvérsia acerca de quais elementos devem ser levados em conta nesta mesma apreciação. Isto porque se constata que a tomada em consideração, genericamente, do bom pai de família, pode simplesmente inviabilizar qualquer tipo de apreciação da culpa, bastando para tanto que se adote este como sendo um padrão único, válido para todos os pontos do globo e para todas as épocas.<sup>69</sup>

---

**paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.34-49.

<sup>66</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 116.

<sup>67</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.14.

<sup>68</sup> Quando se diz, em especial na responsabilidade civil extracontratual, é tomando-se em consideração que a definição do conteúdo dos deveres costuma ser mais bem definida no âmbito das denominadas relações contratuais. Contudo, esta indefinição, também, pode estar presente nas relações contratuais, como aponta Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, quando afirma: “a determinação exacta dos actos a que o devedor se acha vinculado não está formulado com a mesma precisão em todas as obrigações: o comportamento devido encontra-se mais definido numas do que noutras”. Assim, por exemplo, no contrato de compra e venda, enquanto a obrigação de o vendedor entregar o bem vendido é de fácil apreciação, certos deveres podem surgir com relação a este mesmo vendedor, tais como referente à embalagem e ao transporte, que não são definíveis abstratamente, senão em consideração às circunstâncias do caso, nas quais se inclui a natureza da coisa vendida etc. (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil.** Imprensa: Lisboa, Ministério das Finanças, 1972, p.73).

<sup>69</sup> Na doutrina estrangeira, cite-se a crítica de Luiz da Cunha Gonçalves, o qual, ao comentar a doutrina dos irmãos Mazeaud, afirma: “o *homem prudente* é um tipo abstrato exatamente como o bom pai de família, que, segundo os mesmos autores, ‘deve ser rejeitado, porque o juiz moderno não deve fantasiar tipos abstratos de comparação; a abstração não se adapta aos casos concretos’; não há uma noção certa do homem prudente, porque a jurisprudência pode variar, não só com o tempo e as circunstâncias, mas até conforme a ideia que acerca dela tem cada pessoa: a prudência do homem valente é bem diversa da do medroso, a do homem hábil e prático da do inexperiente” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil.** Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa). São Paulo: Max Limonad, 1957, p.581). João de Matos Antunes Varela, embora afirme a necessidade da apuração da culpa em abstrato, reconhece a possibilidade de se considerarem algumas características pessoais na configuração do standard. Segundo o citado autor, “Se a cada um fosse lícito escusar-se do mal causado a terceiro com a fraqueza da sua constituição, a sua deficiência intelectual, a sua especial negação para certo tipo de acções ou com o facto de não ser suficientemente instruído, dotado ou experiente, alegando que fez o melhor que pode, o princípio da confiança na actuação dos outros (*der Vertrauensgrundsatz*, a que se referem os autores alemães) sofreria um golpe muito sério. [...] A regra da culpa, baseada no critério das possibilidades individuais, chega, aliás, na grande generalidade dos casos, para cobrir as necessidades de segurança social. Nos casos menos frequentes em que se tenha de apelar para um padrão objectivo, tipicizado, porventura superior a essas possibilidades (sendo embora lícito atender aos conhecimentos e às exigências próprias da idade, da profissão etc. do agente) pode dizer-se com LARENZ que ‘este é, por assim dizer, o preço que o direito civil paga pelo reconhecimento do princípio da culpa.’” (ANTUNES VARELLA, João de Matos. **Das obrigações em geral.** v.I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.579-580). Entre os autores nacionais, Pontes de Miranda, mesmo após afirmar que a regra é que a culpa seja apreciada em abstrato, ou seja, sem se atender ao

Uma apreciação em concreto da culpa normativa, ao contrário, refere-se àquela que é de se esperar de um determinado sujeito, conforme a diligência que ele costuma adotar em seus negócios ou relações anteriores (*diligentiam quam in rebus suis adhibere solet*). Trata-se, pois, de um modelo de culpa variável, segundo as pessoas e as circunstâncias.<sup>70-71</sup>

Em conclusão, o que se observa é que: a) mesmo os defensores do exame em abstrato acabam por relativizar esta averiguação, tomando em conta elementos mais concretos, ou seja, de certa forma relativizando o padrão objetivo representado pelo bom pai de família, o que os aproximaria dos defensores da apreciação em concreto; b) apesar disso, não cessa a controvérsia doutrinária acerca da disputa sobre quais elementos devem ser tomados em conta para formação do juízo acerca do erro de conduta do agente. Assim, enquanto alguns autores apenas admitem elementos *externos* ao sujeito, tais como *tempo* e *lugar*, outros admitem fatores ditos *internos* como passíveis de ser considerados, entre os quais a *idade do agente*, *compleição física* ou *formação intelectual*.<sup>72-73</sup>

A propósito dessa última visão – que implica a apreciação da culpa normativa *in concreto* -, parte da doutrina propugna a necessidade de se relativizar os parâmetros de conduta, adaptando-os ao quadro de interesses e de valores em que se insere o caso concreto, individuando-se, para cada categoria de sujeitos e segundo a atividade por eles exercida, um *standard* específico.<sup>74</sup> É o que se passa a falar a partir do próximo tópico.

---

estado psicológico do agente, sendo, assim, a culpa *in concreto* a exceção, pontua: “Sabemos que subjetivamente, e não objetivamente, o dano é relativo [...]. Também o é no caso de diligência: quando se diz que há de ser a diligência média (termo bem vago), têm-se em mira os casos ordinários, em que as circunstâncias não exigem do agente outros cuidados. O motorista do caminhão deve ser mais prudente que o cocheiro do carro. A culpa *in abstracto* seria impossível, praticamente. Quem já viu o homem médio? Quem conhece o ‘bom pai de família’? Que tem a diligência do ‘bom pai de família’ com a do motorista, esse mesmo motorista em que se encarna, no dizer do conde de KEYSERLING, a nova era: homem primitivo adubado pela técnica, criador de um estado de alma social, que faz, numa parte do mundo, a extrema direita e, noutra a extrema esquerda.” (MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. v.LIII. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1966, p.50-51).

<sup>70</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa). São Paulo: Max Limonad, 1957, p.594.

<sup>71</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.13-14.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>73</sup> BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa**: um estudo de direito comparado. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.13-25.

<sup>74</sup> Segundo Mauro Bussani, “a oportunidade de refletir sobre a articulação dos níveis de conduta exigíveis de cada uma das categorias de sujeitos – distintos do ‘homem médio’ -, coloca, em primeiro plano, a necessidade de individualizar o modelo de referência plausível, e externo ao centro de valoração subjetiva construído pelo juiz ou pelo próprio autor do dano”. Para o citado autor, “não vale a pena promover reflexões de porte geral, ou, de qualquer modo, extensíveis a todas as possíveis consequências dos problemas ligados à operatividade do critério da culpa, mas indicar, no seio de um exclusivo projeto de *sententia ferenda*, quais são os modelos de condutas que é oportuno adotar, nos juízos em que o relevo de algumas peculiaridades dos protagonistas – i.e., a tenra idade, a enfermidade física ou psíquica, ou os conhecimentos ou as atitudes superiores à média – acabem por tornar injustificável a referência ao paradigma do homem médio. Daí a necessidade de encontrar uma noção de

### 1.2.2 A noção de *standard* e as suas variações subjetivas

Como mencionado anteriormente, no campo da responsabilidade civil aquiliana, o ensinamento habitual – disseminado na maior parte dos sistemas jurídicos, tanto do *common law*<sup>75</sup>, quanto do *civil law* – é que cada cidadão conduza a sua própria conduta em conformidade com o parâmetro de diligência exigível do denominado “homem médio”.

Esses padrões de comportamento esperados do sujeito de diligência normal ou ordinária, criados abstratamente pelos juízes, constituem os denominados *standards*, que servem de parâmetros definidores, por meio de um juízo negativo, do denominado *erro de conduta* e, por conseguinte, da culpa do sujeito.<sup>76-77</sup>

Uma forma de mitigação da regra do “homem médio”, ao que parece, surge na medida em que se propõe o confronto entre o estereótipo e a categoria à qual pertence o sujeito concreto, em outras palavras, o grupo social ou profissional em que o indivíduo desenvolve a sua atividade.<sup>78</sup>

---

*standard* adequada ao quadro de interesses e de valores (com relevo normativo) em que se insere a hipótese concreta; e, na mesma perspectiva, a exigência de individualizar, para cada categoria de sujeitos e segundo a atividade por eles exercida, um parâmetro – ou, querendo, uma ‘figura sintomática’ – capaz de inspirar e, em seguida, controlar a valoração da conduta de todo indivíduo pertencente à categoria dada.” (BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa**: um estudo de direito comparado. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.161-162).

<sup>75</sup> A respeito do parâmetro do “reasonable man” do direito dos países de tradição do common law, conferir: “*The standard formula for instructing the jury has been that of ‘a reasonable man of ordinary prudence’. Variations on this have, however, been upheld, if they obviously mean the same thing. Thus the ‘ordinarily prudent man’. Osborne v. Montgomery, 203 Wis. 233, 234 N.W. 372 (1931); the ‘typical prudent man’, Warrington v. New York Power & Light Corp., 252, App.Div. 364, 300, N.Y.S. 154 (1937); the ‘average person of ordinary prudence’, Charbonneau v. MacRury, 84, N.H. 501, 153 A. 457 (1931).*” (PROSSER, Willian; WADE, John; and SCHWARTZ, Victor. **Torts**. 20.ed. New York: Fundation Press, 2010, p.152).

<sup>76</sup> BUSSANI, Mauro. *Op.cit.*, 2000, p.9-10.

<sup>77</sup> Note-se que o conceito de *standard*, a partir do parâmetro ideal do bom pai de família, é idêntico no direito dos países do common law: “*In applying the universally accepted standard of care: that of the ordinary, reasonable and prudent man under the circumstances, the term ‘ordinary’ should be given its true meaning by not requiring the conduct of an extraordinarily careful person. Such an ‘ordinary’ man is not necessarily a supercautious individual devoid of human frailties and constantly preoccupied with the idea that danger may be lurking in every direction about him at any time. We appreciate that to require such constant apprehension of danger from every possible source would indeed be beyond normal conduct and would be too exacting of standard.*” (PROSSER, Willian; WADE, John; and SCHWARTZ, Victor. *Op.cit.*, 2010, p.153)

<sup>78</sup> Tony Honoré, admite expressamente a possibilidade de variação do *standard* em relação a determinados grupos ou classes de indivíduos: “*The objective theory of negligence, which is orthodox in the leading systems of law, requires people to display the same competence as a hypothetical model person. To bring in a model person is to translate a normative standard into a hypothetical descriptive standard. The model is variously depicted in different legal cultures. He or she is seen as a diligent father, a reasonable man/woman, an abstract type, or a careful and conscientious member of the class in question. The class may, according to the case, be that of*

Apesar disso, ainda há críticas no sentido que o paradigma dominante acaba adotando uma unidade de medida de cunho deveras abstrato, visto que o magistrado seguirá sendo chamado a estabelecer uma avaliação de cunho impessoal, “voltada somente à consideração de características ‘externas’ da figura do agente – no máximo, tomando em consideração as circunstâncias de tempo e de lugar em que se desenrolou o fato originário da controvérsia.”<sup>79</sup>

Mauro Bussani coloca-se, assim, entre aqueles que criticam a noção puramente objetiva da culpa, por reconhecer que as suas funções acabam não sendo realizadas quando se intenta aplicá-la aos sujeitos dotados de características marcadamente “superiores” ou “inferiores” à média dos concidadãos (em situações que denomina de “quase maiores”, “menores na faixa etária intermediária”, dos “anciões e portadores de deficiências físicas”).<sup>80-81</sup>

Com efeito, após passar em revista a jurisprudência das cortes de países de tradição do *civil law* (em especial da Itália e da França) e do *common law*, Mario Bussani apresenta uma série de julgados paradigmáticos, como forma de demonstrar que os tribunais, a depender da situação concreta, levam em conta as características “internas” ou pessoais, colocando-as como critérios decisivos para a elaboração do *standard*. Alerta, contudo, que tais circunstâncias costumam ser sopesadas com os valores e interesses em jogo.

Iniciando pelos indivíduos cuja peculiaridade consiste num *handicap*<sup>82</sup> de ordem física, Mauro Bussani<sup>83</sup> constata que são numerosos os casos, especialmente aqueles relacionados a danos causados no curso de atividades de cunho existencial, nos quais a evidência da desvantagem biológica desempenha um fator decisivo na subjetivação do *standard*. Assim, por exemplo, quando os juízes são chamados a decidir casos de culpa concorrente, em hipóteses de acidentes em via pública, acabam por negar totalmente a culpa na conduta da vítima quando esta seja portadora de alguma necessidade especial (cego, surdo, coxos ou convalescentes de intervenções cirúrgicas) e que, por isto mesmo, não podiam se mover com

---

*doctor, driver, company director, air pilot, pedestrian etc.*” (HONORÉ, Tony. *Responsibility and fault*. Oregon: Hart. Publishing, 1999, p.17).

<sup>79</sup> BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa**: um estudo de direito comparado. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.11.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 13-25.

<sup>81</sup> Com preocupações muito parecidas, com relação à conduta dos menores, deficientes mentais e idosos, conferir Tony Honoré: “*Such is the general law. It applies, however, only to persons who have capacity, a notion distinct from competence. The incapable are not held to it. In most systems a child is regarded as wholly or partly incapable, in some the insane, in some the elderly. The incapable may be exempt altogether, or required to meet a standard adjusted to their limitations. Then there are special cases where even a person of full capacity has only to do as much as he can, or as much as he does when occupied with his own affairs. The objective standard gives way to a subjective or mixed standard.*” (HONORÉ, Tony. *Op.cit.*, 1999, p.17-18).

<sup>82</sup> *Handicap* é um termo inglês que significa desvantagem (física ou mental). Pode também significar obstáculo, ou incapacidade (tradução livre).

<sup>83</sup> BUSSANI, Mauro. *Op.cit.*, 2000, p.13.



rapidez.

No que diz respeito à menoridade, não é difícil também verificar o grande peso que vem sendo dado ao perfil subjetivo do jovem autor do dano. Segundo Mário Bussani, esta tendência é especialmente observada quando o comportamento do menor é do tipo culposos, sendo a ele imputada a responsabilidade a título exclusivo, exonerando-se os pais de qualquer obrigação indenizatória. Para ilustrar a sua observação, o citado autor traz à baila um julgado de um menor com 20 anos [quando a maioridade se iniciava aos 21 anos] cuja “experiência de remador” tornava imperdoável o uso desastrado de um remo.<sup>84</sup> Seria, assim, apesar da pouca idade, dotado de “maturidade” e “harmonioso desenvolvimento psicofísico” para se aperceber da própria imprudência. Ou seja, considerou-se o indivíduo apto a responder por possuir capacidades físicas ou intelectuais superiores ao *standard* comum.

Ressalta, contudo, que nem sempre os perfis subjetivos do comportamento do menor adquirem o mesmo grau de importância. Com efeito, terá tanto menor importância a tenra idade do menor quanto maior for a gravidade da lesão infringida a um interesse primário (em especial a integridade física). Nestes casos, para fins de se proteger a vítima, costuma-se imputar ao indivíduo menor responsabilidade mediante uma técnica que prescinde até mesmo de qualquer avaliação subjetiva. Segundo o referido autor:

É fácil entender porque os juízes se mostram avessos a aceitar que a vítima possa ficar sem uma reparação: daí a recuperação dos pais no papel de ‘garantes’ do ressarcimento (com exasperação, no confronto com a regra de responsabilidade do art. 2048 CC italiano), e a adoção de um modelo objetivo para a apreciação do comportamento do menor. Aqui a proteção da vítima assume, em definitivo, uma importância dominante na economia da decisão, e a culpa acaba sendo imputada ao agente com uma técnica que prescinde da modalidade subjetiva de conduta.<sup>85</sup>

O citado autor, assim, sai em defesa da articulação de modelos de referência, em prol da variação subjetiva do mesmo *standard*.<sup>86-87</sup> Apesar disto, recusa-se a oferecer uma visão monolítica de culpa, tampouco se empenha em apresentar “propostas de compromisso” ou “construções em busca de um ponto de equilíbrio formal”, cujos “méritos geométricos” depois correriam o risco de desaparecer, diante da inexorável mutabilidade da realidade dos fatos, aliás, como frequentemente ocorreu nas construções codificadas.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa**: um estudo de direito comparado. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.15.

<sup>85</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p.29.

<sup>87</sup> Em sentido muito semelhante, conferir: HONORÉ, Tony. *Responsibility and fault*. Oregon: Hart. Publishing, 1999, p.17-18.

<sup>88</sup> Para Mauro Bussani, é preciso “liberar-se de uma visão da culpa encerrada numa dimensão monolítica. A contraposição entre um *standard* rígido e um flexível não poderá ser compreendida como contraposição entre

De toda a forma, o apanhado de Mauro Bussani é valioso, pois descreve situações em que os juízes simplesmente abandonaram a regra de avaliação objetiva da culpa, em busca de aspectos pessoais e até internos do comportamento dos sujeitos. E mais: por meio do referido apanhado, não é difícil se aperceber que o critério utilizado para tal mudança paradigmática variou – ora para subjetivar, ora para objetivar – segundo a maior ou menor necessidade de se proteger a vítima, em especial quando estavam em jogo interesses primários desta (como integridade física, por exemplo).

Tomando em conta essa controvérsia, alguns autores, em contraposição à adoção de uma concepção “puramente objetiva” de culpa, prescindindo-se completamente do requisito da imputabilidade psicológica, defendem, em prol da segurança jurídica, a fixação legislativa dos elementos necessários à aferição do discernimento mínimo do sujeito causador do dano, à maneira do que ocorre no direito penal.<sup>89</sup>

Discorda-se dessa última opinião. Em primeiro lugar, porque as funções da responsabilidade penal e civil são distintas: enquanto o primeiro busca essencialmente punir o ofensor, o direito civil direciona o seu foco para a reparação dos danos e para a vítima.<sup>90</sup> Em segundo lugar,

---

partidários de uma sagrada (e imaginária) culpa ‘objetiva’ e defensores de uma terrena (e igualmente irreal) culpa ‘subjetiva’. Do mesmo modo – desta vez do ponto de vista teórico -, aqui não valeria a pena apresentar propostas de compromisso, ou construções em busca de um ponto de equilíbrio formal, cujos méritos geométricos depois correriam o risco, como frequentemente tem acontecido, de desaparecer diante da bem mais inevitável lógica do juízo: ou seja, do momento em que a régua e o compasso do intérprete estão sendo postos à prova diante das exigências a que ele deve responder – a mutável realidade dos fatos, a variedade de posições e dos interesses que possam se tornar objeto de valoração.” (BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa**: um estudo de direito comparado. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.31-32).

<sup>89</sup> Segundo Marcelo Junqueira Calixto: “De fato, pensando a culpa como um desvio de conduta ou como uma conduta reprovável, acredita-se ser inerente a esta a capacidade de entender e de querer por parte do agente. Este deve ter um discernimento mínimo para que reconheça o próprio desvio cometido, sendo que o momento em que se atinge este discernimento pode variar de pessoa a pessoa segundo suas capacidades intelectuais e seu grau de instrução. A segurança jurídica, porém, caminha no sentido da fixação legislativa dos elementos necessários a este discernimento mínimo, o que, no direito nacional, observa-se somente no direito penal.” Para reforçar a sua opinião, Marcelo Junqueira Calixto, cita opinião em sentido semelhante de parte da doutrina estrangeira: “Em favor da unidade conceitual pode ser visto Antoine PIROVANO (*Faute Civile et Faute Penale*, cit. p. 190), o qual afirma: ‘Aliás, sob o plano jurídico, é impossível distinguir dois tipos de imputabilidade. No direito positivo, em verdade, a imputabilidade, último bastião do subjetivismo, é apreciada in concreto, seja na culpa civil seja na culpa penal.’ Também favorável à unidade conceitual é o pensamento de Luigi DEVOTO, que ao tema da imputabilidade civil dedicou obra específica: *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1964. Este último autor salienta que, embora unitários os conceitos, podem ser observadas certas notas características de uma ou outra espécie de imputabilidade, como, por exemplo, o fato de que ‘enquanto na responsabilidade civil é suficiente que a qualidade pessoal subsista no momento da constituição da situação, isto é, no momento da realização do ato ilícito; para a responsabilidade penal, ou melhor, para algumas das sanções previstas, é necessário que ela persista até o momento da extinção da própria situação de forma que não seja considerada tal a impedir a execução da pena.’” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.29-30, nota 34).

<sup>90</sup> Nesse sentido, Anderson Schreiber: “A partir do momento em que a preocupação central da responsabilidade civil vai deixando de ser a repressão ao comportamento indesejado, para concentrar-se sobre a reparação dos danos causados em sociedade, as normas que tutelam interesses passam a contar com uma espécie de

porque o direito civil trabalha com ilícitos abertos, não lhe sendo inerentes as razões que justificam a tipificação no âmbito penal. Em outros termos, o ilícito civil pode eventualmente contar com um critério mais abstrato e objetivo de aferição da culpa e, em certas circunstâncias, até mesmo trabalhar com uma imputação absolutamente desconectada de aspectos psicológicos, o que seria impensável em termos de direito penal.

Por fim, a própria práxis demonstra que nenhum critério de imputação, casuisticamente estabelecido em lei, de maneira rígida e inflexível, teria aptidão para levar em consideração a infinita variedade de temperamentos, intelectos e aptidões que torna o caráter subjetivo de um determinado comportamento tão distinto entre os diferentes homens.<sup>91</sup>

Assim, propõe-se que a apreciação da culpa, no âmbito da responsabilidade civil, seja aferida a partir de um critério de comportamento *standard*, cumprindo ao juiz exigir a conduta que seria adotada por um ser humano razoável diligente, que se encontrasse naquelas mesmas circunstâncias concretas. Porém, o *standard* não pode ser abstrato e inflexível: deve poder variar e adaptar-se dentro de uma determinada categoria de pessoas ou de profissionais, por exemplo, segundo critérios mais ou menos subjetivos, a depender dos valores e interesses a serem tutelados em determinado tráfico social.<sup>92</sup> É o que fazem os juízes do *Common Law*, por exemplo, ao negar a aplicação de um precedente quando concluem ser caso de distinção (*distinguishing*).

---

importância autônoma.” (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.186).

<sup>91</sup> “The standards of the law are standards of general application. The law takes no account of the infinite varieties of temperament, intellect, and education which make the internal character of a given act so different in different men.” (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1938, p.108).

<sup>92</sup> Maria Celina Bodin de Moraes explica que a adoção de uma responsabilidade subjetiva, fundada na culpa objetiva (normativa), “tem sua razão de ser na exigência de balizar o dever de respeito aos outros, nos limites da razoabilidade, a partir da possibilidade idônea de se oferecer modelos de conduta (de diligência), relacionados àqueles limites. Evidentemente, tais modelos serão variáveis, porque devem sempre ser compatíveis com a atividade desempenhada.” Aparentemente, a autora citada se filia à corrente que defende a apreciação da culpa normativa, porém, por um viés *in concreto* (MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.213). Em sentido semelhante, Anderson Schreiber salienta que “Daí verificar-se, por toda parte, um fenômeno que se poderia designar como fragmentação do modelo de conduta, ou seja, a utilização de parâmetros de conduta específicos e diferenciados para as diversas situações. Ao invés de se recorrer a um genérico e irreal *bonus pater familias* na avaliação da conduta quer de um médico acusado de erro profissional, quer de uma companhia acusada de divulgar balanços adulterados, o que se tende a adotar são parâmetros específicos (*standards*) de conduta para cada qual destas situações, levando-se em conta, no primeiro caso, os procedimentos médicos habituais, a especialidade do profissional, o Código de Ética Médica, e as condições do paciente no momento do tratamento, e, no segundo, as normas gerais de contabilidade, as práticas habituais na elaboração de demonstrações financeiras, o grau de controle da auditoria externa, e assim por diante. Com isso, a prova da culpa deixa, cada vez mais, de pertencer ao juízo abstrato do magistrado, contando com parâmetros mais específicos e objetivos de aferição” (SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 22. Rio de Janeiro: PADMA, abr./jun. de 2005, p.52-53). No mesmo sentido, o mesmo autor em obra mais recente: SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*, 2009, p.41-43.

Com efeito, o padrão de comportamento esperado de um clínico geral não será o mesmo de um especialista em determinado ramo da medicina. O do arquiteto de casas, não seria o mesmo de um sujeito que realiza obras em sua casa, por conta própria. Ora, uma vez que não é possível adotar-se um critério seguro do que seria um *standard* de conduta exigível de um desses profissionais – e que fosse válido para todos os demais –, a solução apontada é que este parâmetro deva variar segundo critérios, independentemente das capacidades, destrezas e habilidades da pessoa responsável, mas em consideração às características da categoria ou grupo de pessoas que o agente representa ou integra.

Miguel Martín Casals<sup>93</sup>, após passar em revista a legislação, a doutrina e a jurisprudência da maioria dos países europeus, aponta alguns critérios que, segundo apurou em sua pesquisa, foram observados na relativização do padrão de comportamento esperado, que valem ser citados, entre os quais: a) a *natureza* e o *valor do interesse protegido*, de sorte que, quanto maior seja o valor do interesse posto em perigo – tanto mais quando revestir natureza extrapatrimonial –, maior deve ser o esforço que se deve empregar para evitar o dano; b) a

---

<sup>93</sup> A propósito do tema, vale trazer as conclusões propostas por Miguel Martín Casals, contidas no artigo intitulado “*Una primera aproximación a los ‘Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil’*”: “*Como se ha indicado antes, los Principios adoptan una noción objetiva de culpa, que coincide con la generalmente admitida por la legislación y la doctrina de la mayoría de los países europeos. Esta noción toma como patrón la conducta que debe ser observada por todos con independencia de las capacidades, destrezas y habilidades personales de cada uno. El estándar que debe observarse o “conducta exigible” es, pues, el de “una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias” (Cf. art. 4:102 (1) PETL). No obstante, ese estándar puede variar y adaptarse, mas no a las características individuales de la persona responsable sino a la categoría de personas que ella representa. Así, por ejemplo, el estándar puede ser distinto entre un médico generalista y un cirujano especializado en la rama médica relevante en el caso concreto; también varía entre el que es exigible al arquitecto que realiza obras en una casa y el que es exigible a la persona corriente que lleva a cabo un remiendo en su propio hogar, o al guía alpino profesional, en relación al turista que escala una montaña durante sus vacaciones. Dado que no es posible dar una definición precisa de qué debe entenderse por “estándar de conducta exigible”, el art. 4:102 (1) PETL indica los elementos que deben ser tenidos en cuenta para determinar lo de acuerdo con las circunstancias. En primer lugar, el precepto se refiere a la “naturaleza y valor del interés protegido de qué se trate”. Este factor supone una referencia a la jerarquía de intereses que establece el art. 2:102 PETL. Indica que cuanto mayor sea el valor del interés puesto en peligro, mayor debe ser el esfuerzo que debe emplear, para evitar el daño, la persona cuya conducta puede lesionar ese interés. Un segundo factor, “la peligrosidad de la actividad” indica que quien actúa debe adaptar su diligencia a la naturaleza de la actividad que lleva a cabo, y un tercer factor se refiere a la “pericia exigible a la persona” que lleva a cabo la actividad, lo que supone una clara referencia al nivel de diligencia superior que es exigible al especialista frente al lego, y que se extiende también a quien sin tener los conocimientos especializados se muestra ante los demás como experto y acomete tareas para las que no está capacitado (la llamada *Übernahmenschulden* de la doctrina germánica). Como factores ulteriores se mencionan también “la previsibilidad del daño”, entendida como una previsibilidad ex ante, si bien de carácter objetivo y la “relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas”. El último factor en esa enumeración es “la disponibilidad y coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos”, que comporta una aplicación de los principios de buena fe y de proporcionalidad, al entender que cuando un resultado puede alcanzarse de distintos modos, el agente debe ser consciente de los peligros que su conducta puede comportar para terceros y escoger, en la medida de lo posible y razonable, la vía menos peligrosa para obtenerlo”. (CASALS, Miguel Martín. *Una primera aproximación a los “Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”*. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2005, p. 13-14. Disponível em: <[www.indret.com/es/index.php?str=principios&a=10&fc=443&sn=24](http://www.indret.com/es/index.php?str=principios&a=10&fc=443&sn=24)>. Acesso em: 04 jan. 2013).*

*periculosidade da atividade*, de sorte que aquele que atua deve adaptar a sua diligência à natureza da atividade que conduz; c) a *perícia exigível da pessoa que leva à cabo a atividade*, de sorte a se esperar uma diligência superior do especialista frente a um leigo. Este padrão de comportamento deve também ser exigido daquele que, sem ter os conhecimentos especializados, mostra-se perante aos demais como especialista e pratica condutas para as quais não se encontra devidamente capacitado (a denominada *Übernahmenschulden* da doutrina germânica); d) como fatores ulteriores, menciona-se também a *previsibilidade do dano*, compreendida como uma previsibilidade *ex ante* e, ainda, e) a *disponibilidade e o custo das medidas de precaução e dos métodos alternativos* para evitar o dano, o que implica a aplicação dos princípios da boa fé e proporcionalidade.

Cumprido esclarecer que não se encontra entre os propósitos da presente pesquisa oferecer um catálogo de critérios ou de parâmetros para flexibilização do *standard* de conduta, ou de princípios de imputação, mas apenas demonstrar em que patamar são travadas as discussões a respeito do modo de compreender a culpa – a partir da análise do erro de conduta – e o seu papel no suporte fático da responsabilidade civil subjetiva. A compreensão deste último tópico, sem dúvida, é crucial para a pesquisa da atuação da boa-fé objetiva no campo da responsabilidade civil, tendo em vista a sua função e operatividade, enquanto fonte irruptiva de deveres de conduta, assunto ao qual se retornará nos capítulos seguintes ao presente.

Por fim, tendo em vista as considerações anteriores e os propósitos visados pela presente pesquisa, ainda que se corra o risco natural de um reducionismo, adota-se o conceito de culpa como sendo o erro de conduta, a que se possa imputar eticamente a alguém, consistente na omissão quanto à adoção do cuidado que teria adotado o ser humano avisado e prudente, nas mesmas circunstâncias.<sup>94-95</sup>

Trata-se de elemento fático que compõe, juntamente com a contrariedade ao direito, o suporte fático do ato ilícito culposo. Não se confunde, entretanto, com a própria contrariedade, visto que opera, “no suporte fático, como *plus*”. Na culpa incorre todo aquele que “atua, positivamente, ou negativamente, como causa evitável de algum dano ou infração.”<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.31.

<sup>95</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.83.

<sup>96</sup> A respeito da distinção entre causa e culpa, Pontes de Miranda afirma: “Na mentalidade primitiva, tudo tem o seu criador, o causador, o que fez cair (casus, causa, culpa). Só posteriormente se baixou à psique humana, em seus processos interiores, para se apurar a culpa de cada um, a respeito de cada caso. O trataram-se diferentemente o causador culpado e o causador não culpado já atendeu a sutileza psicológica, a que não chegara o direito primitivo. As sociedades mais desenvolvidas criaram tipos de homens em que a conduta seria padrão;

### 1.2.3 Culpa civil e culpa penal

Ao contrário da responsabilidade civil, cujo aspecto primordial é a reparação do dano ocasionado, a responsabilidade penal, pelo seu caráter punitivo, reserva para si a possibilidade de sanções mais severas, dentre as quais se destaca a pena privativa de liberdade.

Por isso mesmo, o Direito Penal moderno se encontra estaqueado na concepção da tipicidade. A tipicidade constitui em um juízo de “correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”.<sup>97</sup> A tipicidade é uma garantia fundamental do cidadão nas constituições modernas, constituindo-se na expressão mais elementar, no âmbito do direito penal, da segurança decorrente do princípio da reserva legal. Assim, todo cidadão, antes de praticar determinado fato, deve ter a possibilidade de saber se a ação é ou não punível, pois, por meio do tipo legal, descreve-se o âmbito do que seja penalmente relevante.<sup>98</sup> O tipo legal nada mais é que a descrição concreta da conduta proibida<sup>99</sup>.

Por meio do tipo descrevem-se determinadas condutas como sendo puníveis, como regra geral, a título de dolo.<sup>100</sup> Entretanto, excepcionalmente, admite-se a punição da conduta a título de culpa.<sup>101</sup> Assim, os penalistas costumam questionar as razões que justificariam a punição nestes casos.

Argumenta-se que a ordem jurídica não poderia dispor da punibilidade do delinquente culposo, pois é ele um desajustado à disciplina social. Falta-lhe a atenção com a preocupação de que, na vida em sociedade, todo homem deve ser responsável no sentido de evitar a lesão ou a periclitção do interesse dos seus concidadãos. Assim, não apenas a ofensa intencional

---

por esse padrão haviam-se de julgar os homens concretos. A negligência é o desvio em relação ao tipo normal, abstrato, que se procurou definir em termos de referência a homens concretos; o dolo, o desvio maior.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p.245-247).

<sup>97</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. v. I. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.224.

<sup>98</sup> No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 consagra o referido princípio no art. 5º, XXXIX, verbis: “Art. 5º. [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

<sup>99</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.322.

<sup>100</sup> “A tipicidade é uma decorrência natural do princípio da reserva legal”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.224).

<sup>101</sup> Cezar Roberto Bittencourt fala em “princípio da excepcionalidade do crime culposo, isto é, a regra é que as infrações penais sejam imputadas a título de dolo, e só excepcionalmente a título de culpa e, nesse caso, quando expressamente prevista a modalidade culposa da figura delitosa (art. 18, Parágrafo Único).” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op.cit.*, 2006, p.361-362).

ou voluntária da incolumidade ou segurança alheia é antijurídica, mas também aquela outra ofensa que, muito embora seja involuntária, decorre de um comportamento voluntário e desconforme com aquilo que se espera em termos de conduta do comum dos homens, atingindo direitos e interesses de maior consideração, tanto individual, como socialmente falando.<sup>102</sup>

A *culpa penal* é, assim, “a inobservância do dever objetivo de cuidado, manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível,” e – assim como a *culpa civil* – tem as suas raízes no direito romano, mas especificamente na *Lex Aquilia*.<sup>103</sup>

Nos crimes culposos, a ação típica e antijurídica é aquele que viola o cuidado objetivo exigível para a generalidade das pessoas. Já a culpa, em tais crimes, está em razão da reprovabilidade pessoal da falta de observância, pelo agente, nas circunstâncias em que ele se encontrava, do cuidado exigível, ou seja, da diligência ordinária ou especial a que se encontrava sujeito.<sup>104</sup>

Admitida a possibilidade, como de fato se admite, da punição de tais delitos (i.e., a título de culpa), apontam-se algumas divergências doutrinárias a respeito do conceito de *culpa penal* e *culpa civil*, havendo para alguns sentido em distingui-las. Os que assim fazem consideram a diferença de apreciação entre culpa abstrata - sendo esta apropriada à metodologia do direito civil - e culpa concreta - que seria específica do direito penal.<sup>105</sup>

O fundamento para a pretendida distinção não encontra qualquer respaldo científico, pois, como parece ter restado claro do tópico anterior, não existe uma distinção absoluta e estanque entre averiguação *in concreto* e o exame *in abstracto* da culpa. Elas não existiriam em estado

---

<sup>102</sup> Sobre o tema, conferir Nelson Hungria: “A ordem jurídica não pode renunciar à punibilidade do delinquento culposo; é este um desajustado à disciplina social. Falta-lhe constância na preocupação que, no convívio social, deve ter todo homem responsável, no sentido do *neminem laedere* ou de evitar a lesão ou periclitacão do interesse dos seus concidadãos. Não só a ofensa intencional ou voluntária da incolumidade ou segurança alheia é antijurídica, senão também aquela que, embora involuntária, deriva de uma conduta voluntária e desconforme com a circunspeção ou ponderação de comum dos homens, e vai atingir direitos e interesses de maior relevância individual e social.” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Tomo II. v.I. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.161); Também, Raul Machado, citando Carrara: “Os atos culposos, que se ligam a um vício de vontade, são moralmente imputáveis, porque é um fato voluntário o conservar inativas as faculdades intelectuais. O negligente, se bem que tenha querido a lesão do direito, quis, pelo menos, o ato no qual deveria reconhecer a possibilidade ou a probabilidade da lesão.” (MACHADO, Raul Campelo. **A culpa no direito penal**. 2.ed. São Paulo: [s.n.], 1943, p.186).

<sup>103</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva, p.347.

<sup>104</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.225.

<sup>105</sup> MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon e TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual e contractual**. Tomo I. v.1. Tradución de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1961, p.82; CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.29-30, nota 62-63.

puro. Seria apenas por se comparar o modo de estimação da culpa penal, que a culpa civil poderia parecer abstrata. De fato, se imaginar-se que a condenação em simples danos autoriza o juiz civil a contentar-se com um comportamento aparente (*previsibilidade objetiva*), enquanto que a imputação de uma pena, ao contrário, impõe ao juízo criminal ir além das aparências e a deduzir a culpabilidade, tanto quanto possível, das aptidões subjetivas do agente (*previsibilidade subjetiva*), pode-se fácil e equivocadamente imaginar que as culpas (civil e penal), por não serem sempre passíveis de superposição, constituir-se-iam em realidades distintas. Ontologicamente, entretanto, ambas são idênticas.<sup>106-107</sup>

Assim, afirma-se a unidade conceitual entre a *culpa penal* e a *culpa civil*, entendida esta última *em sentido estrito*, pois que, como já mencionado, a referência genérica à culpa civil,

---

<sup>106</sup> Segundo a Exposição de Motivos do CP de 1969 (nº. 10): “a ilicitude nos crimes culposos surge pela discrepância entre a conduta observada e as exigências do ordenamento jurídico com respeito à cautela necessária em todo comportamento social, para evitar danos aos interesses e bens de terceiros. A culpa está em função da reprovabilidade da falta de observância, por parte do agente, nas circunstâncias em que se encontrava, do cuidado exigível, ou seja, da diligência ordinária ou especial a que estava obrigado.” Heleno Cláudio Fragoso, a respeito do referido trecho da Exposição de Motivos do CP de 1969, observa: “Para estabelecer a antijuridicidade é necessária a previsibilidade objetiva do resultado, ou seja, a possibilidade de previsão para uma pessoa razoável e prudente (*homo medius*). Todavia, para estabelecer a culpa, ou seja, a reprovabilidade pessoal, é necessária a previsibilidade para o agente, nas circunstâncias concretas em que atuou e tendo-se em vista suas condições pessoais [...] Será reprovável, e, pois, culpável, a ação, se o agente tiver podido comportar-se diversamente. Se a previsibilidade objetiva do resultado, por parte de uma pessoa medianamente prudente e hábil, condiciona a ilicitude da ação culposa, a previsibilidade pelo agente, segundo as características de sua personalidade, condiciona a reprovabilidade de sua ação e, pois, a culpa. A previsibilidade objetiva ”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.221).

<sup>107</sup> A propósito, San Tiago Dantas afirma que: “no caso da culpa, também podemos dizer que entre a culpa civil e a culpa penal não existe a menor diferença em termos de conceituação. É a mesma conceituação, e em que nós podemos aspirar a uma teoria inteiramente unitária entre os dois ramos do direito. Devem saber que a melhor orientação dos estudos penalistas modernos é aquela que procura, tanto quanto possível, vencer a pretendida barreira que os positivistas tinham erguido entre o direito penal e as outras disciplinas jurídicas, mostrando-se que, pelo contrário, o direito é uno, eu, entre direito civil e direito penal, entre conceitos civis e conceitos penais, não existe senão uma especialização própria do assunto, sem que, entretanto, se possa admitir que o dolo em direito penal é uma coisa e que o dolo em direito civil é outra, que responsabilidade é uma coisa em direito civil e em direito penal é outra coisa. Os conceitos fundamentais fundem as disciplinas jurídicas e eles se especializam em sua aplicação”. (DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 3.ed. Revista e atualizada por Gustavo Tepedino, Antonio Carlos Sá, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho e Renan Miguel Saad. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.302). No mesmo sentido, confira-se: Sérgio Filho expressamente rechaça qualquer fundamento para se distinguir a culpa penal da culpa civil. O Citado autor, a propósito da culpa civil, assevera: “Há dois critérios de aferição de previsibilidade: o objetivo e o subjetivo. O primeiro tem em vista o homem médio, diligente e cauteloso. Previsível é uma resultado quando a previsão do seu advento pode ser exigida do homem comum normal, do indivíduo de atenção e diligência ordinária. Pelo critério subjetivo a previsibilidade deve ser aferida tendo em vista as condições pessoais do sujeito, como idade, sexo, grau de cultura etc. Entendemos que os dois critérios devem ser conjugados em prol de uma solução justa, correspondente à realidade. O juiz deve ter em vista não apenas o fato em si, com suas circunstâncias, a exigir o cuidado ordinário, mas também as condições pessoais do sujeito.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.31 e 35-36); Para Carlos Roberto Gonçalves, a distinção “é apenas de grau ou de critério de aplicação, porque substancialmente a culpa civil e a culpa penal são iguais.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**. Coordenado por Antonio Junqueira Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p.286).



sem qualquer especificação, seria capaz de abranger também o dolo.<sup>108</sup>

Apesar de muitos autores negarem, no âmbito da responsabilidade civil, a importância da distinção entre *dolo* e *culpa em sentido estrito*<sup>109</sup> – já que a consequência da configuração de qualquer dos pressupostos fáticos é hábil para imputar ao agente o dever de reparar – convém ressaltá-la, até porque a lei civil abrange os dois institutos. Assim, o art. 186 do Código Civil brasileiro fala em ação ou omissão voluntária – que definiria os contornos do dolo civil – ao mesmo tempo em que ressalta a possibilidade do evento danoso decorrer de negligência ou imprudência, sendo ambas modalidades de *culpa em sentido estrito*.<sup>110</sup>

Assim, o *ilícito civil* previsto na cláusula geral do art. 186 do Código Civil brasileiro deve ser considerado como incorporando as duas figuras (dolo e culpa civil em sentido estrito), superando à clássica doutrina que contrapõe delito e quase-delito.

Apesar da propalada e defendida identidade das culpas, vale citar que, em alguns pontos, embora não muito relevantes, de fato, colocam-se em posições opostas civilistas e penalistas. Exemplo disto é o que ocorre com a denominada *culpa consciente* e o *dolo eventual*, que, embora seja extremamente cara ao Direito Penal, é irrelevante ao Direito Civil para fins de definição do ato ilícito subjetivo.

Vale ressaltar que, culpa consciente – também denominada *culpa com previsão* – contrapõe-se à denominada culpa inconsciente, consistindo àquela em um estado psíquico segundo o qual o agente está consciente das consequências e prevê, efetivamente, o resultado, embora acredite firmemente que ele não se operará. Não está prescrita no direito positivo brasileiro, embora a doutrina penal a reconheça. Já com relação à denominada culpa inconsciente, o agente se encontra em um estado psíquico de acordo com o qual não prevê qualquer resultado, muito embora possa prevê-lo com ordinário esforço, portanto, previsível. Segundo Nelson Hungria, previsível é aquele fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia ordinária.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> PEREIRA, Caio da Silva. **Responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.30.

<sup>109</sup> Por todos, conferir PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.II. 22.ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.656-658.

<sup>110</sup> Agostinho Arruda Alvim, ao comentar o art. 159 do Código Civil revogado, correspondente ao art. 186 do vigente Código Civil brasileiro, assevera que “todos concordam em que ele cogita dolo, logo no início: ‘ação ou omissão voluntária’; passando, em seguida, a referir-se à culpa: ‘negligência ou imprudência’. A respeito do dolo, afirma que “será ato de vontade, como ensina Carrara, será intenção, termo este de que usa. Mas não intenção de prejudicar. Diz-se que há intenção para exprimir que a violação do dever foi intencional, consciente, ao contrário do que se dá na hipótese de culpa, em que a violação se origina de um descuido ou imprudência. [...] Dolo, portanto, é a violação consciente, intencional, quer o autor tenha o intento direto de prejudicar (o que é muito raro), quer tenha outro intento. [...] O que o agente quer é o evento, embora sabendo que é danoso, e não o dano alheio, pelo mal que deseje causar.” (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p.250).

<sup>111</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Tomo II. v.I. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.147.

Assim, a culpa inconsciente se caracteriza pela absoluta falta de nexu psicológico entre o autor e o resultado de sua ação.

O dolo eventual encontra-se consagrado pelo art. 18, I, do Código Penal, o qual dispõe que o crime é doloso quando o agente “quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Também denominado de dolo indireto, em contraposição ao dolo direto, sempre que se diz que o agente assumiu o risco, quer se dizer que ele previu o resultado como provável ou passível de ocorrer e aceitou ou consentiu com a sua superveniência.<sup>112</sup> Esta divisão entre dolo direto, dolo indireto, culpa consciente e culpa inconsciente é relevante para o Direito Penal, em especial porque serve para a correta tipificação da conduta, naqueles crimes em que se admite o tipo culposos, segundo a vigente teoria finalista, divisando, assim, o dolo eventual da culpa consciente.<sup>113</sup>

O Direito Civil, entretanto, ao estabelecer os requisitos da conduta ilícita culposa, não confere a mesma importância à distinção entre as duas figuras: primeiro porque o sujeito responderá pelos danos tanto quanto tenha agido com dolo, quanto com culpa em sentido estrito, sendo ambas as situações indiferentemente competentes para a caracterização do ilícito civil culposos, como, aliás, já foi mencionado anteriormente; segundo porque o princípio firmado neste campo é que a indenização (i.e., a sanção cível), como regra geral, mede-se pela extensão do dano, sendo, assim, normalmente irrelevante, para fins de quantificação dos danos, o estado anímico do agente.<sup>114</sup> Assim, o Direito Civil optou por tratar da denominada

---

<sup>112</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.173-174 e 225. Conferir, a respeito, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.251-253.

<sup>113</sup> A partir da teoria finalista, adotada pelas codificações penais contemporâneas, extraiu-se da culpabilidade todos os elementos subjetivos (i.e., psicológicos) que a integravam até então, dando assim origem a uma concepção normativa “pura” da culpabilidade. Entre as principais consequências que a teoria finalista da ação trouxe para o Direito Penal está a separação do tipo penal em tipos dolosos e tipos culposos. O dolo e a culpa não são mais considerados como elementos da culpabilidade, mas como formas integrantes da ação e, conseqüentemente, do injusto. Não se pretende, aqui, evidenciar a evolução dogmática da estrutura e função da culpa e do dolo para o Direito Penal. A propósito das concepções de culpabilidade – naturalista, da escola do direito natural (Puffendorf, no século XVII); psicológica da escola do direito positivo (Von Liszt, no século XIX); psicológico-normativa, de base neokantiana (Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e Mezger, da primeira metade do século XX); e normativa pura, para cuja formação contribuiu significativamente a teoria finalista de Welzel – remete-se o leitor à leitura de: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op.cit.*, 1997, p.302-322; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.407-436.

<sup>114</sup> Segundo Caio Mário da Silva Pereira, ao comentar o Código Civil de 1916, o “nosso direito desprezou esta graduação da culpa, que não deve influir na determinação da responsabilidade civil, e que não encontra amparo do BGB ou apoio em boa parte da doutrina” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.71) Tal princípio, atualmente, sofre alguns temperamentos pela superveniência do Parágrafo Único do art. 944 do Código Civil. Não será, entretanto, objeto da nossa pesquisa. Alerta-se, contudo, que vem se defendendo, a nosso visio com razão, que o referido parágrafo único cuida, em verdade, de hipótese de relativização do princípio da *restitutio in integrum* pelo viés do nexu causal e não, propriamente, questão de grau de culpa lato sensu. Conferir, a esse respeito: CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em

*culpa lato sensu*, para nela incluir todas as modalidades (dolo direto, dolo eventual, culpa consciente e culpa inconsciente).<sup>115</sup>

Outra distinção entre os dois grandes ramos do Direito diz respeito ao tema da imputação da responsabilidade. Enquanto o Direito Civil admite hipóteses de culpa presumida e até casos de responsabilidade civil sem culpa (responsabilidade objetiva), o Direito Penal permanece resistente a estas formas de responsabilização excepcionais.<sup>116</sup>

Também há algumas divergências entre o destaque dado ao instituto da *culpabilidade*. Enquanto no Direito Penal dá-se grande destaque ao referido instituto, no Direito Civil, poucos são os autores que fazem referência à *culpabilidade* como instituto que mereça um tratamento específico.

Para os que fazem, o ato ilícito subjetivo envolveria dois juízos de valor: um que versa a respeito do comportamento em si mesmo considerado, como puro fato, e representa o caráter socialmente nocivo dele (i.e., juízo de ilicitude, objetivamente falando); o outro que incide sobre o ilícito como ato humano, em toda a sua dimensão, e expressa a censura ético-jurídica da conduta do agente (i.e., um juízo de culpabilidade). Seria, este último, então, o aspecto subjetivo do ato ilícito culposo.<sup>117</sup>

Segundo Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge<sup>118</sup> a culpabilidade seria a qualidade ou conjunto de qualidades de um determinado ato que permite formular, a respeito dele, um juízo ético-jurídico de reprovação ou censura. O fundamento do juízo de censura em que a culpabilidade se constitui resulta, ademais, da conjugação de dois aspectos do ato ilícito subjetivo: de um lado, o próprio valor social do comportamento imposto como dever; e do outro, a rebelião voluntária contra a ordem jurídica. Portanto, conclui-se que – pelo menos no que diz respeito ao ilícito subjetivo – é a conjugação do valor que o ato devido visava alcançar com o ato de violar voluntariamente esse dever, que se projeta em um juízo de desvalor ético-jurídico a respeito da conduta do agente.

---

torno do art. 944, parágrafo único, do código civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.39. Rio de Janeiro: PADMA, 2000, jul./set. 2009, p.51-76.

<sup>115</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Imprensa: Lisboa, Ministerio das Finanças, 1972, p.321-322.

<sup>116</sup> Com efeito, ensina Damásio de Jesus que “com a introdução do princípio do estado de inocência em nossa Const. Federal, segundo a qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII), essas disposições, na parte em que admitiam a responsabilidade penal objetiva [a referência aqui é aos artigos 28, II, e 137, parágrafo único, do CP] podem ser consideradas derogadas, uma vez que ela é incompatível com a presunção de dolo ou culpa”. Contudo, há quem vislumbre hipóteses de responsabilidade penal objetiva no ordenamento jurídico brasileiro (JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. v.I. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.453).

<sup>117</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Op.cit.*, 1972, p.314.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p.316-317.

A partir do cenário acima exposto, observa-se a forte correlação e interdependência entre a culpabilidade e a omissão do comportamento devido, aspecto de relevo para os propósitos desta dissertação: no ilícito que resulte de atos omissivos, tem-se que a revolta contra o comando da norma é, no fundo, o reconhecimento de que a omissão do comportamento devido tem a sua origem na vontade e, portanto, na liberdade de ação do agente, “que podia não ter transgredido e transgrediu.” Ou, dito de outra forma, “só é possível falar-se de culpabilidade a respeito de actos objetivamente ilícitos, ou seja, em relação à omissão de um comportamento devido, que era possível ter cumprido e em relação ao qual não ocorreu nenhuma causa de justificação.”<sup>119</sup>

Observa-se que a pouca preocupação entre os civilistas em proceder à distinção entre a culpabilidade e a culpa – usando-as no mesmo sentido –, dificulta a compreensão da distinção entre o ilícito objetivo e o ilícito culposo. Ocorre que, para as conclusões que se pretende alcançar com a presente pesquisa, é curial distinguir o juízo a respeito do valor social do comportamento imposto (ilícito objetivo), daquele que é feito sobre a conduta do autor do fato tendo em vista a rebelião voluntária contra a ordem jurídica (ilícito subjetivo ou culposo).

Por essas razões, doravante, passa-se a adotar a seguinte distinção entre culpa e culpabilidade.

A culpa é um nexa de imputação psicológica do ato ao agente, ou seja, é apenas um fato que toma em conta o estado psíquico do autor. Uma vez aceita que a culpa consiste no nexa psicológico do ato do agente, discute-se se ela deve ser compreendida como erro de conduta ou deficiência da vontade, ou seja, se o aspecto psíquico respeita antes à inteligência ou à vontade. Defende-se, aqui, que a culpa – no seu sentido normativo – não consiste numa “falta de vontade”, mas antes num “erro de procedimento”, “com sua sede própria na inteligência.”

<sup>120</sup> Daí porque são precisas as palavras de Nelson Hungria, para quem previsível é aquele fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia ordinária.<sup>121</sup>

De outro lado, a culpabilidade é um juízo ético-jurídico de reprovação ou censura. Nas palavras de Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge,<sup>122</sup> a culpa é apenas um fato, mas saber se houve ou não omissão a respeito do comportamento devido, isto é, saber se o dever

---

<sup>119</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Imprensa: Lisboa, Ministerio das Finanças, 1972, p.317.

<sup>120</sup> Em que pese o Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge defenda que a culpa consiste antes numa deficiência de vontade, parecem claras as lições por ele trazidas a respeito da imputação da culpa consistente num erro de procedimento com sua sede psicológica na inteligência aqui reproduzida. Conferir, a respeito, JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Op.cit.*, 1972, p.326-327.

<sup>121</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Tomo II. v.I. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.147.

<sup>122</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Op.cit.*, 1972, p.316-317.

determinado ou o dever de diligência impunha, nas circunstâncias concretas, uma conduta distinta da que se adotou é um juízo de direito.

Apesar destes pontos de divergências, que decorrem em grande parte da alteração da função dogmática dada aos institutos da culpa e do dolo no âmbito do Direito Penal pela teoria finalista, há vários pontos de contato e que, portanto, aproximam os civilistas e penalistas no estudo das modalidades de culpa e seus graus. Nos tópicos seguintes, serão passadas em revista algumas dessas modalidades, valendo-se das pertinentes críticas, quando necessárias.<sup>123</sup>

#### **1.2.4 Classificações da culpa. Análise crítica**

O Estudo das modalidades de culpa, como dito, é tema que interessa tanto aos penalistas, quanto aos civilistas. Importa, entretanto, começar a abordagem por uma distinção cara ao Direito Civil, mas que é absolutamente irrelevante para o Direito Penal, qual seja a alegada distinção entre as denominadas culpa contratual e culpa extracontratual.

##### **1.2.4.1 Culpa contratual e culpa extracontratual.**

A distinção entre culpa contratual e culpa extracontratual serve para classificar a própria responsabilidade civil, que, então, passaria a ser classificada em: responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual.

A dicotomia - que já gozou de bastante prestígio - tem por fundamento a existência ou inexistência de uma relação jurídica entre as partes antes da ocorrência do dano a ser reparado. Ou seja, se esta relação jurídica existir previamente, como sói acontecer nas relações contratuais, a eventual responsabilidade será tida como responsabilidade civil contratual. Contudo, se não houver uma relação jurídica antecedente, diz-se que foi a partir do dano que se constituiu a relação jurídica entre as partes, encontrando-se, assim, na vasta área

---

<sup>123</sup> A respeito da aplicação da teoria finalista ao ilícito civil, conferir: ASCENÇÃO, José de Oliveira. Ilícito pessoal e responsabilidade civil. **Revista Forense**, v.287. Ano 79, Rio de Janeiro: Forense. out./nov./dez. de 1983, p.17-25.

da responsabilidade civil extracontratual.<sup>124</sup>

As justificativas da doutrina para a manutenção da *summa divisio* – como costuma ser denominada – não convencem. Costuma-se dizer que haveria regras especificamente aplicáveis a cada uma delas.

Uma dessas regras seria aquela consubstanciada no brocardo latino *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*, ou seja, na denominada responsabilidade civil extracontratual seria suficiente a culpa levíssima do agente para este poder ser responsabilizado pelos danos resultantes de sua conduta; enquanto que, na responsabilidade civil contratual, seria necessário que o agente atuasse, pelo menos, com culpa leve ou grave.

A segunda regra, de origem mais recente, justificaria a bipartição da classificação das obrigações como sendo de meio ou de resultado, que apenas teria importância na denominada responsabilidade civil contratual.<sup>125</sup>

Cite-se, ainda, que se costuma afirmar, em favor da dicotomia, que as cláusulas restritivas ou exonerativas de obrigações (como as denominadas *cláusulas de não indenizar*) apenas teriam espaço na denominada responsabilidade civil contratual.<sup>126</sup>

Portanto, com base em tais critérios, a doutrina<sup>127</sup> – e também a jurisprudência<sup>128</sup> – costumam

---

<sup>124</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.15. Sobre o tema, também, já se referiu em capítulo anterior da presente pesquisa.

<sup>125</sup> A propósito, Gisela Sampaio da Cruz afirma que “toda a construção doutrinária da teoria da responsabilidade em razão do exercício de uma atividade ou de resultado é inerente à responsabilidade contratual e, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, essa classificação não rompe com a teoria da culpa.” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações – estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.176-177).

<sup>126</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.29-30, nota 349-358; DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.38-41 e 241-246.

<sup>127</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa) São Paulo: Max Limonad, 1957, p.598-599; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, 2007, p.266-268.

<sup>128</sup> “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da C.F. II. - R.E. conhecido e provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. Recurso Extraordinário nº 262651**, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 16 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931>>. Acesso em: 17 fev. 2013); “OCORRIDO COM PASSAGEIRA DE ÔNIBUS – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – PRESCRIÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL E NÃO DO ART. 27 DO CDC. I - A hipótese retratada nos autos, acidente com passageira de transporte coletivo, não diz com vício ou defeito de segurança do serviço. Não há como se possa enquadrar a imperícia, imprudência ou negligência do preposto da recorrida, fundamento da ação reparatória, nesse contexto. II – A responsabilidade do transportador é contratual e o direito que se persegue é de natureza pessoal, regido, portanto, pela norma do art. 177 do Código

apontar vantagens práticas na distinção. A verdade, entretanto, é que a distinção é artificial e compreende-se ela apenas num contexto de uma sociedade atomista, baseada no individualismo e no formalismo, tal como concebida na Modernidade. Em verdade, há uma tendência da doutrina contemporânea e das leis mais recentes, pelo menos em setores específicos das relações sociais, à superação da *summa divisio*, dispensando-se, assim, a vítima da prova da existência de uma relação jurídica prévia com o ofensor.<sup>129</sup> Assim o é, por exemplo, no âmbito do direito do consumidor, por força da interpretação que se dá ao art. 17 da Lei nº. 8.078/90.<sup>130</sup>

O que se vem defendendo atualmente, em verdade, é que não há sentido na distinção ontológica entre as culpas. Deve-se pensar em unidade.<sup>131</sup> Esta unidade decorre da própria definição de culpa, já citada, cujo elemento objetivo pressupõe a infração de uma norma pré-

---

Civil, não se aplicando o artigo 27 do CDC. III – Recurso conhecido em parte e provido, para afastar o decreto de prescrição.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 234725**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Brasília, 19 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=48426&nreg=199900937198&dt=20010820&formato=PDF>>. Acesso em: 17 fev. 2013).

<sup>129</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.495.

<sup>130</sup> Gustavo Tepedino afirma que “o sistema de responsabilização do Código do Consumidor, como se sabe, foi elaborado na esteira da formação de uma sociedade caracterizada pela complexidade tecnológica, com produção em massa e conseqüente desindividualização do produto e despersonalização dos protagonistas da relação de consumo. O descompasso das estruturas formais com tipologia social emergente evidenciou a necessidade de superação da ditocotomia entre a responsabilidade contratual, restrita às partes do negócio jurídico, e a extracontratual, fundada na noção de culpa [...]. Demais disso, segundo determinação expressa do art. 17 do CDC, para efeito de acidente de consumo, ‘equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento’. Protege-se, assim, qualquer pessoa atingida pelo fato do produto ou serviço, independentemente da posição jurídica que ocupa.” (TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *In: Temas de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.238-239). Em sentido semelhante, o próprio Sergio Cavalieri Filho, quando afirma que “o Código de Defesa do Consumidor, como se verá, superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao comparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo [Código de Defesa do Consumidor, art. 17] submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.16). Luiz da Cunha Gonçalves, a propósito, assevera que “toda essa discussão, porém, sendo de medíocre valor doutrinário, é também dispensável em face dos presentes textos legais, que de nenhum modo admitem tal distinção como fundamental para a exigência da responsabilidade civil. Nas relações extracontratuais, não há vantagem alguma em comparar o autor do dano com um suposto homo *diligentissimus* ou *bonus pater familias*; pois, feita a prova do facto ilícito, do dano e da relação de causalidade, a responsabilidade do autor do dano será forçosa, concretamente, seja qual for a diligência de que haja usado ou devesse usar. Nas relações contratuais, já vimos que o art. 705 do presente Código [a referência feita pelo autor é ao Código Civil português de 1867], além de estabelecer a culpa *ex re ipsa* do devedor moroso, não manda apreciar a culpa deste in concreto, o que seria absolutamente inútil.” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. Tomo II. v.XII 2.ed. (portuguesa) São Paulo: Max Limonad, 1957, p.595).

<sup>131</sup> Curiosamente, até mesmo os autores que aditem haver vantagens práticas na distinção, criticam a *summa divisio* e propugnam a unidade. Nesse sentido, o próprio Luiz da Cunha Gonçalves: “A diversidade das relações preexistentes, porém, não implica a diversidade de culpas. Em ambos os casos, a culpa é um acto ilícito e causa duma obrigação especial, - a responsabilidade e conseqüente reparação do dano.” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Op.cit.*, 1957, p.598). No mesmo sentido, José de Aguiar Dias: DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.124.

existente, independentemente da sua origem (seja ela de direito positivo, seja ela derivada de algum princípio).

Quem melhor escreve sobre o assunto, aliás, embora reconheça a relevância da distinção entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual para aspectos pontuais da teoria (como a questão do *ônus da prova* ou da *eficácia da chamada cláusula de não-indenizar*), defende a unidade conceitual de culpa e, conseqüentemente, da responsabilidade civil, com base da ideia de que certos deveres existentes nos contratos (como lealdade, honestidade, probidade etc.), embora não com a mesma intensidade, também surgem nas relações sociais, sendo, assim, absolutamente artificial e formalista a distinção.<sup>132-133</sup>

Este ponto, aliás, é crucial para a presente pesquisa e será retomado quando voltar-se a abordar a boa-fé objetiva e o seu papel como fonte de criação de deveres instrumentais de conduta e a sua importância para a mudança na concepção e estrutura das relações jurídicas.

#### 1.2.4.2 Negligência, imprudência e imperícia.

Algumas classificações de culpa são comuns ao Direito Penal e ao Direito Civil. Uma delas é a classificação das modalidades de culpa, quais sejam: a negligência, a imprudência e a imperícia. As três modalidades estão expressamente referidas no art. 18, II, do Código Penal.<sup>134-135</sup> Contudo, no Código Civil, a referência expressa se dá apenas com relação às

---

<sup>132</sup> Anelise Becker, com base em Clóvis do Couto e Silva, fundamenta o seu entendimento no assim denominado “contato social”, afirmando que “a diferença entre os ditos deveres genéricos de consideração e os deveres concretos que decorrem de certos contratos manifestam-se apenas no quadro de intensidade do contato social que se estabelece entre as partes. Há uma semelhança estrutural entre os dois tipos de responsabilidade, o que se manifesta na similitude entre os deveres que resultam do contrato e aqueles que se pode ver na responsabilidade extracontratual.” (BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. de 1995, p.53-54).

<sup>133</sup> A respeito de uma hipótese em que o dano se mostre como consequência que viole, simultaneamente, uma relação de crédito e um dos chamados direitos absolutos, como direito à vida ou integridade física, Mário Júlio Almeida da Costa, pondera, mediante a utilização de alguns exemplos: “o transportador que, por culpa sua, ocasiona um acidente em que a pessoa transportada sofre ferimentos; o médico radiologista que provoca lesões no paciente; o farmacêutico que, em vez do remédio solicitado, entrega ao cliente um produto nocivo à saúde; o depositário que danifica a coisa depositada. Nas referidas hipóteses, existe, ao mesmo tempo, a violação de um contrato e de um dever geral de conduta.” E, mais adiante, conclui: “Não se esqueça, na verdade, a ideia da relação obrigacional complexa, concebida como um todo e um processo dirigidos à tutela dos interesses globais das partes nela envolvidos. Aí se encontram, não só deveres de prestação, mas também os deveres acessórios e laterais, que incluem deveres de proteção e cuidado para com a pessoa e o patrimônio dos intervenientes.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.499-500).

<sup>134</sup> Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) **Crime doloso** (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) **Crime culposo** (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de



modalidades da negligência e da imprudência (art. 186), sendo tal omissão justificada, segundo alguns<sup>136</sup>, pelo fato de a imperícia ser vista, ora como uma modalidade de negligência, ora como modalidade de imprudência.<sup>137</sup>

Em sendo assim, conclui-se que o Direito Civil também considera as três modalidades de culpa, que se desdobraria em: a) imprudência, quando haja uma atuação comissiva, sem cautelas e precauções esperadas, sem cuidado mínimo com os interesses de outrem; b) negligência, consubstanciada na atuação omissiva, desatenciosa, despida de zelo e reflexão prévia, por preguiça mental, impedindo que se preveja o resultado perfeitamente previsível; e c) imperícia, que seria a falta de habilidade técnica e profissional, pela falta de conhecimentos necessários para a prática do ato.<sup>138</sup>

Como se vê, a *negligência* é observada na hipótese de omissão de determinado comportamento apto a evitar a produção do dano.<sup>139</sup> Esta é, pelo menos, a lição de José de Aguiar Dias:

Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. [...] Omissão e abstenção usam-se abusivamente como sinônimos, não obstante sua bem perceptível diferença. Omissão é negligência, o esquecimento das regras de proceder, no desenvolvimento da atividade. A abstenção é a inatividade. Genericamente encarada, a omissão pressupõe a iniciativa. A abstenção a exclui. O mesmo se dá em relação à omissão e inércia. Ambos os conceitos exprimem o procedimento negativo, mas a omissão tem significado mais amplo e mais complexo. Em essência é a culpa. Mas há traços distintivos delas.<sup>140</sup>

---

11.7.1984). Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>135</sup> No Direito Penal, costuma-se definir a imprudência como “a atitude em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores”. Já a negligência, seria representada pela “inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz ou por displicência ou preguiça mental.” (MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. v.I. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.149). A imperícia, por seu turno, é apresentada como uma “a incapacidade, a falta de habilitação para fazer alguma coisa que o agente não devia fazer sem ter adquirido os necessários conhecimentos [...]” (MACHADO, Raul Campelo. **A culpa no direito penal**. 2.ed. São Paulo: [s.n.], 1943, p.266).

<sup>136</sup> Entre os penalistas, cite-se: MIRABETE, Júlio Fabrini. *Op.cit.*, 2000, p.150; MACHADO, Raul Campelo. *Op.cit.*, 1943, p.274-275; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.355-356; entre os civilistas, conferir: CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.85.

<sup>137</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>138</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.07. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.41.

<sup>139</sup> Alerta Pontes de Miranda que, “no conceito de negligência, não está o elemento vontade do agente. Omitiu-se cuidado; não se quis o resultado, nem se quis o ato mesmo, ou fato, de que exsurgiu a contrariedade a direito. Pode ter havido consciência de que o resultado provavelmente viria; não se pode exigir ter havido vontade. Previu-se ou, ou não se previu; mas, num ou noutro caso, não se quis, nem se anuiu em que outrem quisesse. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p.268).

<sup>140</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.120.

Como se observa da citação supratranscrita, a negligência, como conduta omissiva que é, opõe-se à diligência. Esta afirmação, aparentemente simples, oculta uma dificuldade. Isto porque, colocada a negligência nesses termos, põe-se a questionar em quais hipóteses o agente deveria ter atuado e se omitiu (ou seja, não lhe era dado abster-se, configurando a omissão) e se esta omissão foi determinante para a produção do resultado; neste último caso, o que acaba sendo antes uma questão de nexo causal do que propriamente de culpa.

Esse raciocínio leva à percepção, aparentemente falsa, de que a negligência é de mais fácil percepção na responsabilidade civil contratual, visto que esta se coloca mediante uma série de deveres positivos que, uma vez violados, correspondem à culpa do ofensor.

Na responsabilidade civil extracontratual se daria o contrário, ou seja, dificilmente são considerados tais deveres e a culpa se consubstanciaria na violação de um dever negativo, consistente em “não lesar”.<sup>141</sup>

Disso decorreria outra ideia, também aparentemente equivocada, de que, na responsabilidade civil extracontratual, a negligência culposa seria mais facilmente observável na “omissão da ação”, isto é, quando o agente, embora tenha iniciado alguma atividade, não toma os cuidados devidos para atenuar os efeitos nefastos ou evitar a ocorrência de danos.<sup>142</sup>

Defende-se, entretanto, que esse raciocínio é excessivamente formalista e forjado a partir de uma concepção extremamente individualista, segundo a qual a negligência apenas seria percebida nas hipóteses em que houvesse a determinação legal ou contratual para agir, constituindo-se estas nas únicas formas legítimas de limitação à liberdade de ação humana.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> No sentido aqui destacado, cite-se Sérgio Cavalieri Filho, para quem “na culpa contratual há a violação de um dever positivo de adimplir, que constitui o próprio objeto da avença, ao passo que na culpa aquiliana viola-se um dever negativo, isto é, a obrigação de não prejudicar, de não causar dano a ninguém”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.267).

<sup>142</sup> Nesse sentido, confira-se Luiz da Cunha Gonçalves, ao tratar da denominada “omissão na ação”, diz que tal atitude “não é, propriamente, uma abstenção, mas sim uma negligência, pois consiste em qualquer pessoa, ao exercer determinada atividade, não tomar todas as precauções necessárias para não causar prejuízo a outrem.” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa) São Paulo: Max Limonad, 1957, p.527).

<sup>143</sup> Segundo Luiz da Cunha Gonçalves, “a maioria dos escritores afirma que só implica responsabilidade civil a omissão dum facto ou dum *dever jurídico*. É esta a doutrina quase geral. Segundo eles, os impulsos da generosidade, da simpatia, da solidariedade humana, que frequentemente originam heroicas e belas ações, não são deveres jurídicos. Não incorre, pois, em responsabilidade quem se abstenha de as praticar”. E, passando à análise do dever jurídico, este mesmo autor recorda três possíveis situações: “a) abstenção pura e simples; b) omissão de deveres profissionais ou nos serviços públicos; c) omissão na acção”. A respeito da abstenção pura e simples, Luiz da Cunha Gonçalves lembra que o art. 2.368 do revogado Código Civil Português de 1867 obrigava aquele que presenciava uma agressão a auxiliar o agredidos, “não excedendo os justos limites da defesa deste”, e consagrava uma hipótese de responsabilidade subsidiária se a pessoa, desde que não corresse risco, deixasse de “obstar o malefício”. Defendia, assim, que a abstenção de um dever jurídico não seria apenas a omissão de um dever expressamente preceituado em lei, mas também nos princípios gerais do direito do *neminem laedere, suum cuique tribuere*. Para o referido autor, “os homens vivem em sociedade, numa forçosa

O mencionado raciocínio – apesar de dotado de uma logicidade inegável - é de todo inadequado a uma visão social da questão. Com efeito, a solidariedade social, afirmada pelos textos constitucionais contemporâneos (inclusive o art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988), impõe especial consideração pela pessoa e demais concidadãos. E, assim, embora não se possa exigir das pessoas, no geral, que sejam altruístas e desapegadas ao ponto de deixarem em segundo plano os seus próprios interesses, também não se pode admitir como uma omissão aceitável o simples argumento de que não havia determinação legal ou contratual obrigando a agir. A distinção entre omissão e abstenção ou inércia, por outro lado, não é capaz de colocar as coisas nos seus devidos termos.

Assim, acredita-se que a solução da questão acaba por ser deslocada para as *circunstâncias do caso concreto*, “no qual a consideração dos fatores de tempo e local terá fundamental importância para que se afirme o dever de agir, e a conseqüente culpa omissiva, ou se privilegie a liberdade humana, dispensando o agente de tal dever.”<sup>144</sup>

Talvez um exemplo ajude a compreender melhor. Imagine-se a situação de um sujeito que cai em um lago e pede socorro, por não saber nadar. Alguém que simplesmente passa por ali e toma conhecimento da situação traria para si o dever lançar-se à água para tentar salvar aquele que se encontra na iminência de morrer afogado, mesmo que coloque também a sua vida em risco? A resposta parece ser negativa, tanto mais se ele não for um exímio nadador, desconhecer técnicas de salvamento etc. A solução seria diferente acaso ele fosse um exímio nadador? Talvez não. Os deveres jurídicos de solidariedade possivelmente não o colocariam

---

interdependência e solidariedade. Esta situação impõe deveres genéricos de humanidade e mútuo auxílio, desde que sejam possíveis sem risco ou sacrifício próprio.” Portanto, concluía que “o disposto no art. 2.368 deve ser, por força do art. 16, extensivo a todos os casos em que um nosso semelhante se encontre em perigo de lesão iminente e grave. Não se deve confundir liberdade com egoísmo. O direito de liberdade, definido no art. 361 deste Código, não consiste na faculdade de nos mantermos em absoluta indiferença presente os males alheios. Portanto, quando uma pessoa vê outra cair à água (mar, rio, lago, poço), não lhe é lícito presenciar tal ocorrência flegmaticamente e até como distração. Se não pode acudir-lhe, por que não sabe nadar, tem o dever jurídico de fazer todos os esforços possíveis para a salvar. [...] Suposto a indiferença ou o egoísmo seja direito, quem assim proceder praticará um *abuso de direito*, desde que não tinha motivo algum ponderoso para se abster, não corria perigo, não sofreria prejuízo algum, ou que fosse apreciável em confronto com o dano a reparar.” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa) São Paulo: Max Limonad, 1957, p.522-525). Apesar da opinião citada, o referido dispositivo não foi repetido pelo novo diploma civil português, que, contrariamente, estabelece uma norma geral para a responsabilidade civil por omissão nos seguintes termos: “Art. 486. (Omissões) As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força de lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido”. Em comentário ao referido art. 486 do vigente Código Civil Português, Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela afirmam que “não havendo lei nem negócio jurídico que imponha a prática do ato omitido, não há lugar a responsabilidade civil, mesmo que o ato seja imposto pela moral ou pelos usos e convenções sociais”. (LIMA, Fernando Andrade Pires de; e VARELA, João de Matos Antunes. **Código civil anotado**. v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p.488).

<sup>144</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.89.

no papel do bom samaritano.<sup>145</sup>

Contudo, se ampliado o foco: ao invés de questionarmos sobre se ele “deve socorrer pessoalmente”, examinarmos a questão a respeito da “forma como ele poderia intervir naquela situação”, talvez mudássemos os termos do problema. Com efeito, não parece que a sua liberdade de ação chegaria ao ponto de eximi-lo de adotar as providências que estivessem razoavelmente ao seu alcance, segundo as circunstâncias do caso, tal como chamar as autoridades públicas, alugar um bote se estivesse disponível, ou chamar a atenção de outras pessoas para tentar socorrê-lo. Note-se que o sacrifício exigível à sua liberdade e ao seu patrimônio seria mínimo (como gastos com salvamento etc.). Certamente que, em princípio, não se aceitaria uma postura de absoluta inércia ou de mero expectador passivo.

Sem dúvida, ter-se-ia um juízo de ponderação entre a liberdade, a propriedade e os deveres de proteção que decorrem da solidariedade, exigíveis em cada um dos setores da vida em sociedade, considerados segundo as circunstâncias do caso e de acordo com os ditames da boa-fé.<sup>146</sup> A este complexo tema, retornar-se-á nos próximos capítulos. Por ora, importa ter em conta a mudança de paradigma propiciado pela incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares e os deveres de conduta que possam decorrer dos diversos contatos sociais.

De outro lado, a *imprudência* se revelaria na conduta comissiva, ou seja, na ação. Ocorre tal modalidade de culpa quando o autor do fato age de forma apressada, irrefletida, vindo a causar um dano que o comportamento cauteloso, por certo, seria hábil de evitar. Nas palavras de Aguiar Dias, “consiste a imprudência na precipitação, no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.”<sup>147</sup>

Por fim, a *imperícia* se apresenta naquelas atividades para as quais se exige uma habilidade

---

<sup>145</sup> “Jesus prosseguiu, dizendo: Um homem descia de Jerusalém para Jericó, quando caiu nas mãos de assaltantes. Estes lhe tiraram as roupas, espancaram-no e se foram, deixando-o quase morto. Aconteceu estar descendo pela mesma estrada um sacerdote. Quando viu o homem, passou pelo outro lado. E assim também um levita; quando chegou ao lugar e o viu, passou pelo outro lado. Mas um samaritano, estando de viagem, chegou onde se encontrava o homem e, quando o viu, teve piedade dele. Aproximou-se, enfaixou-lhe as feridas, derramando nelas vinho e óleo. Depois, colocou-o sobre o seu próprio animal, levou-o para uma hospedaria e cuidou dele. No dia seguinte, deu dois denários ao hospedeiro e lhe disse: ‘Cuide dele. Quando eu voltar, pagarei todas as despesas que você tiver’”. (Lucas, 10:30-37). Os samaritanos não eram puros em termos raciais, mas uma mistura de judeu e gentio; por isto, eram odiados pelos que tinham o sangue integral do grupo étnico judaico. Os judeus não queriam comunhão com os samaritanos e os rejeitavam. Embora os dois grupos morassem próximos uns dos outros, não se consideravam e nem se tratavam como próximos no sentido moral da palavra.

<sup>146</sup> COSTA, Mario Júlio Almeida. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.506.

<sup>147</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.120.

especial por parte de quem a exerce. Apresenta-se, pois, como falta de conhecimento técnico exigível para a realização de determinados atos ou certas atividades, como dirigir veículos, exercer a medicina, praticar a advocacia etc.<sup>148</sup>

A doutrina civilista costuma apontar a dificuldade de isolar a imperícia como uma modalidade autônoma de culpa, tomando em consideração o fato de que a ausência de conhecimento específico pode acabar, em verdade, por transformar-se, ou em uma ação irrefletida – o que a aproximaria da imprudência –, ou, contrariamente, determinar uma injustificada demora para a realização de determinado ato, o que a colocaria vizinha da negligência.<sup>149</sup> Esta seria, para alguns, a razão pela qual o Código Civil, ao tratar sobre o ato ilícito culposo, não a menciona.<sup>150-151</sup>

Há, ainda, um problema apontado pela doutrina que se apresenta no estudo da imperícia, consistente na dificuldade de diferenciá-la do simples *erro profissional*. No âmbito da responsabilidade civil do médico, por exemplo, pode aparecer a questão do erro de diagnóstico “e a controvérsia se instala entre o erro atribuível a ‘falsos’ sintomas do paciente, o que não seria de molde a configurar a culpa médica, e o equívoco atribuível à falta de conhecimento para a interpretação de sintomas evidentes de determinada doença, o que poderia configurar esta culpa”.<sup>152</sup> Para os denominados casos difíceis, a doutrina costuma fazer a distinção entre o simples *erro profissional* e o *erro grosseiro*, ou inescusável, considerando-se apenas este último como ato culposo, decorrente de imperícia.<sup>153</sup> Assim, nos casos de falsos sintomas do paciente, não haveria uma situação de erro grosseiro, podendo-se, assim, tratar como um simples erro profissional. Nas situações em que houvesse equívocos na interpretação dos sintomas evidentes, a culpa do médico se acentuaria.

---

<sup>148</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.36-37; GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa) São Paulo: Max Limonad, 1957, p.589-590; GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. v.II. São Paulo: Max Limonad, 1951, p.579.

<sup>149</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Op.cit.*, 1957, p.588-589

<sup>150</sup> Esta observação se colhe de CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.92.

<sup>151</sup> Caio Mário da Silva Pereira, ao indicar as modalidades de culpa, refere-se apenas à negligência e à imprudência, lembrando que estas são as modalidades indicadas no art. 159 do Código Civil de 1916, fato que também se observa no art. 186 do vigente diploma civil (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.70).

<sup>152</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op.cit.*, 2008, p.93.

<sup>153</sup> Abordaremos mais sobre o tema no último capítulo. Mas, para um panorama geral sobre o assunto, cite-se: STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil. Doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.498. Ver, também, Caio Mário da Silva Pereira, a propósito da jurisprudência e doutrina francesas, quando afirma que a “questão que tem sido levada aos tribunais franceses é se o médico responde pelo ‘erro de diagnóstico’, ou ‘erro de técnica’, afirmando, com base em Carvalho Santos, que, “nos casos controvertidos ou duvidosos, o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.*, 1999, p.150-155).

Este discrimen entre o simples *erro profissional* e *erro grosseiro* pode parecer muito claro se apreciado abstratamente, servindo assim como um critério seguro de distinção.

Ocorre que a prática revela que os casos duvidosos se constituem em uma maioria, seja porque estes não são mesmo suficientemente esclarecidos (por insuficiência ou dificuldade da prova), seja porque o julgador, na maior parte dos casos, deparar-se-á com a nebulosa fronteira entre a culpa e o erro. A decisão do juiz, então, acaba sendo aleatória. Nesses casos, qualquer que seja a resposta, a solução será desastrosa, pois: a) em se considerando que o erro não constitua culpa (simples erro profissional), um paciente possivelmente inocente ficará sem indenização; b) na medida em que se considere o erro como culpa (entendendo-se o *erro grosseiro* como um padrão totalmente abstrato e desconhecido de comportamento) pode-se estar colocando sobre os ombros de um só homem o pesado fardo da responsabilidade, muito embora seja ele um homem diligente e razoável.<sup>154</sup>

Esse tema do erro profissional constitui-se em um dos mais tormentosos na doutrina.<sup>155</sup>

Entretanto, o que se percebe da análise da doutrina e da jurisprudência é que todas as

---

<sup>154</sup> Em razão dessa perplexidade, muitos autores defendem a solidarização dos riscos e criação de fundos coletivos para diluição de perdas, disto resultando duas possibilidades de seguro. Nesse sentido, TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2.ed. Paris, Econômica, 1989, p.121. Alguns chegam a sustentar que, em curto espaço de tempo, a responsabilidade civil individual será substituída pelos seguros privados e sociais, mediante a criação de fundos de reparação, a serem custeados por contribuições dos criadores de riscos. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho, citando a tese de doutoramento de Geneviève Viney, intitulada '*Le déclin de la responsabilité individuelle*': "Na doutrina francesa, com adeptos no Brasil, chega-se, mesmo, a sustentar que, a curto prazo, a responsabilidade individual será substituída pelos seguros privados e sociais, com a criação de fundos coletivos de reparação, a serem financiados por contribuições dos criadores de riscos – patrões, proprietários de veículos etc. Geneviève Viney, autora de grande destaque, atualmente, na França, escreveu alentado volume sobre o Declínio da responsabilidade individual, onde sustenta que a socialização, na época contemporânea, impõe uma revisão do direito e da responsabilidade civil." (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.138). Ainda que se tome que a solidarização dos riscos virão a se constituir em uma realidade futura inexorável, enquanto não se tenha instituído um sistema de responsabilidade civil nela inteiramente fundada (i.e., para a universalidade dos casos), não há razões para se decretar simplesmente o ocaso da culpa. Em primeiro lugar porque nem todos os danos ocorrem em situações de risco. Ademais disto, mesmo nos microssistemas em que já se tenha a hipótese de securitização dos riscos, não se descarta completamente, até por uma questão de justiça comutativa, a responsabilidade do autor do fato danoso, em especial nas hipóteses em que ele tenha atuado com culpa ou quando a indenização paga se mostre insuficiente para cobrir todo o dano suportado pela vítima. Nesse sentido, Antonio Lindbergh Montenegro, quando afirma que "não obstante as vantagens do sistema de seguridade social, uma combinação de sistemas de seguros privados e sociais com a responsabilidade individual afigura-se mais compatível com os países de economia liberal como o nosso. De fato, a acumulação da indenização social com a resultante da ação outorgada pela norma de responsabilidade civil corresponde melhor aos ideais de uma justiça comutativa, quando configurado fique o dolo do lesante ou quanto aquela indenização se mostre insuficiente para cobrir todo o dano suportado pela vítima (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. **Ressarcimento de danos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005, p.399-400). No Brasil, são emblemáticos os casos de seguro obrigatório dos proprietários de veículos automotores – DPVAT e com o acidente do trabalho, em que a reparação do dano vem sendo coberta por um seguro coletivo, a cargo dos empregadores, transferindo-se para o segurador a obrigação de pagar a indenização.

<sup>155</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.70; TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica. In: **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.93.

circunstâncias que possam estar envolvidas em casos desta natureza fazem com que o controle do diagnóstico seja algo inatingível, ou muito difícil, a não ser que se consiga demonstrar o desconhecimento do médico de sintomas evidentes relacionados a certas patologias, hipótese em que o equívoco se confunde com negligência, imperícia ou imprudência.<sup>156</sup>

Mais ajustada à realidade seria a consideração de que o diagnóstico é um procedimento sujeito a regras, cautelas e rigores indispensáveis, investigando-se a diligência do profissional a efetuar-lo, sendo que a cada passo do tratamento o profissional médico deve ter a sua intervenção justificada cientificamente, ou seja, deve estar respaldada no estado atual da ciência, nos procedimentos de rotina, nos protocolos de tratamento e, tanto quanto possível, deverá contar com a aprovação, consciente, do paciente.<sup>157</sup>

Assim, parece que a solução é a apreciação da culpa (no caso, da imperícia) fugindo-se de figurinos inteiramente abstratos e dissociados da realidade social (tal como a vetusta distinção entre *erro profissional* e *erro grosseiro*), em busca de parâmetros de conduta mais próximos ao tráfico social em que a tragédia do dano se interpôs e sempre, claro, considerando os critérios de imputabilidade já antes relacionados (tais como a *natureza* e o *valor do interesse protegido*, a *periculosidade da atividade*, a *perícia exigível da pessoa que leva à cabo a atividade*, a *previsibilidade do dano* e a *disponibilidade e o custo das medidas de precaução e dos métodos alternativos*), segundo as circunstâncias do caso concreto e de acordo com os ditames da boa-fé.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> “APELAÇÃO – Indenização por danos morais e materiais – Falha na prestação de serviços – Diagnóstico tardio de apendicite aguda – Autor que somente se submeteu à cirurgia necessária para a extração do apêndice em outro hospital, quando prontamente diagnosticado com quadro de apendicite aguda – Laudo pericial que apontou falha nos procedimentos adotados pelos prepostos da ré, que se limitaram a solicitar a realização de diversos exames, alguns em duplicidade, sem diagnosticar a doença – Quadro clínico do paciente que era grave, com risco de morte decorrente de grau avançado da enfermidade – Indenização por danos materiais e morais que se mostra devida – Montante da indenização por danos morais fixado em R\$ 30.000,00 – Possibilidade, ante as características do caso concreto e as finalidades a que se destina a indenização – Decisão mantida – Recursos não providos.” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº. 0115893-61.2008.8.26.0001**, da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Egidio Giacoia. São Paulo, 23 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6290271>>. Acesso em: 07 mar. 2013).

<sup>157</sup> Consultar à respeito: TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica. In: **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.93-94. Em sentido semelhante: KFOURI NETO, **Responsabilidade civil do médico**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.88-89; A respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares e do livre consentimento informado: BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal (formal e material) ao processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos – com enfoque no consentimento informado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Ano 9, v.35, jul./set. de 2008, p.121-149; BRAGA, Paulo Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.225-240.

<sup>158</sup> Como se verá no capítulo seguinte, a boa-fé objetiva, por meio dos deveres instrumentais, deve servir de ferramenta eficiente para esta busca.

### 1.2.4.3 Culpa contra a legalidade

A culpa contra a legalidade ocorre nas situações em que o dever violado se encontre perfeitamente determinado em lei ou regulamento, de sorte que a simples infração deste dever já se traduziria em uma presunção de culpa do agente causador do dano. Ela costuma aparecer no exercício das atividades regulamentadas, como a direção de veículos, por exemplo.<sup>159-160</sup>

Assim, no caso brasileiro, a simples infração às normas constantes dos artigos da Lei 9.503/97 (denominado Código Brasileiro de Trânsito), desde que tenha causado um dano a alguém, já seria suficiente para empenhar a responsabilidade civil do autor do ilícito, criando em seu desfavor uma presunção de ter agido com culpa (esta decorreria do próprio fato em si – *in re ipsa*). Assim, por exemplo, o motorista que não mantém a distância mínima do veículo à sua frente, abalroando-o; ou que desrespeita o sinal de trânsito ou dirija sem estar devidamente habilitado, atua contra as normas expressas de conduta previstas no referido CBT (art. 26 a 67 e 161 a 255), em razão do que, além da simples responsabilidade administrativa, acaso desta conduta decorram danos a terceiros, haverá também de responder civilmente, presumindo-se a sua culpa.<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> Segundo Sérgio Cavalieri Filho, fala-se em culpa contra a legalidade “quando o dever violado resulta de texto exposto de lei, ou regulamento, como ocorre, por exemplo, com o dever de obediência aos regulamentos de trânsito de veículos motorizados, ou com o dever de obediência a certas regras técnicas no desempenho de profissões ou atividades regulamentadas. A mera infração da norma regulamentar é fator determinante da responsabilidade civil.” Assim, “‘se o dever resultou da violação de determinada obrigação imposta por lei ou regulamento, não há que se apreciar a conduta do agente. Estabelecido o nexo causal, entre o fato danoso e a infração da norma regulamentar, nada mais resta a investigar: a culpa – que é *in re ipsa* – está caracterizada, sem que se torne necessário demonstrar que houve imprudência ou imperícia’.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.40)

<sup>160</sup> Na verdade, a culpa contra a legalidade tal como colocada pela doutrina não chega a representar qualquer novidade. Ela já poderia ser constatada a partir das ponderações alcançadas pelo Procurador Geral Leclercq, apresentadas no alvorecer do século XX. Alvino Lima está entre os autores nacionais que trazem as lições do Procurador Geral belga Paulo Leclercq. Segundo Alvino Lima, “Leclercq afasta-se do conceito clássico de culpa, para considerar como culpa todo fato imediato do homem, lesivo ao direito de outrem. Desde que a lei nos proíbe de lesar o direito de outrem, sem mais condição, a simples lesão deste direito constitui um ato ilícito. [...] Em matéria aquiliana, como na contratual, desde que haja atentado ao direito, há, como consequência do próprio fato, a existência da culpa. Ainda para os que pensam que a culpa é um erro de conduta ou uma falta de diligência, ainda estes, diz Leclercq, devem admitir o seu conceito, porque lesar o direito de outrem é falta de diligência.” Mas, o próprio Alvino Lima afirma que “as mais acirradas críticas à doutrina de Leclercq tem sido desferidas, quer mostrando que no seu sistema a culpa se confunde com o dano e vontade desaparece como elemento primacial da culpa; quer acentuando que a culpa se confundirá com a lesão do direito, chegando-se a resultados equivalentes à teoria do risco”. (LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.67-68).

<sup>161</sup> A jurisprudência é pródiga de exemplos: “Acidente de trânsito, envolvendo automóvel Honda Civic dos autores e Fiat, da ré. Correta sentença de procedência, que fica mantida, pois presumível a culpa de quem colide na parte traseira de automóvel, por não guardar distância segura lateral e frontal. Recurso da requerida improvido.” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0063946-68.2008.8.26.0000**, da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Campos Petroni. São Paulo, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao>



A maior crítica que se pode fazer a esta concepção de culpa, entretanto, é que o simples descumprimento ou inobservância de uma disposição regulamentar de trânsito, por exemplo, sem a prova da culpa do condutor, não autorizaria a sua condenação pelo acidente. Isto porque, muitas vezes quem é o culpado pelo acidente é o motorista do outro veículo e não aquele que violara o regulamento de trânsito.<sup>162</sup> Para tanto, basta imaginar-se a situação daquele que, embora estivesse conduzindo o seu veículo sem portar a habilitação, tivesse seu veículo abalroado por outro, conduzido em alta velocidade e na contramão. Acaso prevalecesse a teoria da presunção de culpa, haver-se-ia de considerar a tese da culpa concorrente, o que, no caso específico, não teria sentido.<sup>163</sup>

O que se observa, então, é que não é possível a adoção de uma noção de culpa como sendo uma simples violação de um dever jurídico. Deve fixar-se o conceito de culpa como um erro de conduta, aferido pelo proceder de um homem prudente e imputável moralmente.<sup>164</sup>

De outro lado, a infração a um dever pré-estabelecido pode vir a se constituir, no máximo, diante das demais circunstâncias presentes no caso, em um indício que permita ao juízo

---

=6232468&vlCaptcha=sinvs>. Acesso em: 15 jan. 2013). “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRANSITO. INVASÃO DA PREFERENCIAL. CULPA. PRESCRIÇÃO - Não há que se falar em prescrição trienal do direito de ação da administração pública, quando buscado o regresso. Preliminar recursal desacolhida - Culpa. A prova dos autos evidencia que o réu não tomou a cautela necessária ao tentar realizar manobra de ingresso em via preferencial com cruzamento. O respeito à via preferencial constitui regra fundamental à boa circulação dos veículos e impõe ao motorista que nela deseja ingressar o dever de aguardar a passagem dos veículos que ali estejam, não os surpreendendo com manobras repentinas e inesperadas. Agravo Retido e Apelo desprovidos.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70025254517**, da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira. Getúlio Vargas, 19 de agosto de 2010. Disponível em: <[<sup>162</sup> A propósito, Carlos Roberto Gonçalves alerta que “inúmeras vezes se decidiu que o estacionamento irregular ou a falta de habilitação legal, por si sós, não configuram culpa, justificando apenas a aplicação de penalidade administrativa ou de multa prevista na Lei das Contravenções Penais.” \(GONÇALVES, Carlos Roberto. \*\*Comentários ao código civil\*\*. Antonio Junqueira Azevedo \(Coord.\). São Paulo: Saraiva, 2003, p.304\). Confira-se, também: LIMA, Alvino. \*\*Da culpa ao risco\*\*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.67-84.](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70025254517+&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7C TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 21 jan. 2013).</p></div><div data-bbox=)

<sup>163</sup> “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. FALTA DE DOCUMENTO DE HABILITAÇÃO PARA CONDUZIR. CULPA CONCORRENTE. NÃO-CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Tendo sido reconhecido pela sentença e acórdão recorrido não haver sequer indícios de excesso de velocidade ou de outro ato culposo praticado pelo condutor do veículo da autora, o qual dirigia na via preferencial e foi abalroado em um cruzamento, não se justifica a conclusão de culpa corrente. 2. A consequência da infração administrativa (conduzir sem habilitação) é a imposição de penalidade da competência do órgão de trânsito, não sendo fundamento para imputar responsabilidade civil por acidente ao qual o condutor irregular não deu causa. 3. Recurso especial provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 896176**, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 13 de dezembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1113008&sReg=200602309010&sData=20120201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1113008&sReg=200602309010&sData=20120201&formato=PDF)>. Acesso em: 29 jan. 2013).

<sup>164</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.83.

concluir pela verossimilhança da culpa e, eventualmente, presumi-la. Isto é significativamente distinto, em termos de carga probatória, de simplesmente considerar a quebra de um dever como sendo uma hipótese de presunção “legal” de culpa. Sobre este ponto específico, retornaremos no último capítulo.

#### 1.2.4.4 Culpa provada e culpa presumida.

A discussão sobre a denominada culpa provada e culpa presumida, como o próprio nome sugere, envolve a interface da teoria da responsabilidade civil com a teoria da prova e, conseqüentemente, com a teoria geral do processo.

Com efeito, sendo a culpa um fato constitutivo do direito do autor da ação de reparação civil (vítima do dano), deve aquela ordinariamente ser provada por este último, segundo as regras ordinárias do processo civil brasileiro (art. 333, I, do CPC). Entretanto, notória é a dificuldade que tal ônus por vezes se reveste, de sorte que a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil encaminhou-se no sentido de inversão deste ônus até que, no final do século XIX, veio a se admitir, em algumas hipóteses, o afastamento completo da culpa como pressuposto de uma espécie de responsabilidade civil (como visto, a denominada responsabilidade civil objetiva).

A concepção da culpa presumida representa, portanto, justamente a fase intermediária dessa propalada evolução histórica, representando, assim, “verdadeira solução de compromisso entre as forças conservadoras da culpa e as forças evolutivas do risco.”<sup>165</sup>

O importante, para a presente pesquisa, pois, é firmar que o que se costuma denominar de culpa presumida se constitui numa questão meramente processual, visto que ainda se trata de caso de responsabilidade civil subjetiva, muito embora agora já caiba ao réu (autor do fato danoso) o ônus de fazer a prova da sua ausência de culpa. Importante, ainda, ressaltar que esta presunção de culpa é relativa, visto que, se absoluta fosse, ao réu seria totalmente irrelevante a demonstração de ausência de culpa e, neste último caso, não se teria como negar a equivalência entre esta responsabilidade civil subjetiva (i.e., com presunção absoluta de culpa), com a denominada responsabilidade civil objetiva.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.99.

<sup>166</sup> No mesmo sentido do quanto aqui afirmamos: LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 100. Também: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Op.cit.*, 2008, p.100.

Diversas são as hipóteses em que os tribunais brasileiros consagram a presunção relativa da culpa, sendo emblemático, a esse respeito, o exemplo do antigo enunciado nº. 341 da Súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Por fim, este assunto será tratado no último capítulo, quando se passará a investigar as máximas de experiência, a boa-fé objetiva e a prova prima facie, como juízo de verossimilhança da culpa.

### 1.3 A CULPA COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

#### 1.3.1 A culpa no direito romano

Não seria possível iniciar o estudo da evolução da culpa na denominada responsabilidade civil extracontratual, senão pelo direito romano,<sup>167</sup> visto que a culpa – que viria a se constituir na “armadura da responsabilidade civil extracontratual das legislações modernas” – recebeu do direito justiniano a célula mater, da qual surgiu o princípio genérico daquela espécie de responsabilidade, consagrado pelo art. 1382 do Código Civil francês (1804).<sup>168</sup>

Para iniciar a abordagem do tema, cumpre ressaltar que o estudo da culpa durante o período do denominado direito romano deve ser elaborado em duas fases: a) a primeira, anterior à elaboração da *Lex Aquilia de damno*; e b) a outra, posteriormente à edição da referida lei.

Antes da edição da *Lex Aquilia de damno*, o direito romano não se diferenciava muito dos demais direitos antigos, concebendo, assim, como forma originária e legítima de reparação de danos, a vingança privada, “forma primitiva, selvagem, talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido”.<sup>169</sup> Esta costumava ser a solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal, e o direito romano não foi exceção à regra. Tratava-se de um sistema arcaico, que não diferenciava a imposição de pena da reparação do dano e seguia o sistema de talião, segundo a velha regra “olho por olho, dente por dente”, que se mostrava presente, inclusive, em alguns trechos da conhecida Lei das XII

---

<sup>167</sup> Entende-se como direito romano o conjunto de normas jurídicas que vigoraram em Roma e seus territórios anexados desde a criação da cidade (segundo a tradição, Roma foi fundada no ano de 754 a.C.), até a morte do imperador Justiniano, em 565 d.C. Trata-se de direito que vigorou por treze séculos de história, com várias fases que se distinguem conforme se diferenciam, ao longo do tempo, as suas relações políticas, econômicas e sociais. Diz-se, assim, que o direito romano não se apresenta como um todo unitário, mas como uma conjugação de vários sistemas, que teve o seu surgimento, seu desenvolvimento, atingiu o apogeu e decaiu, até compilar-se no *corpus juris civilis*. (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.1-3).

<sup>168</sup> LIMA, Alvinio. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.9-10.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p.10.

Tábuas (450 a.C.).<sup>170</sup>

Esse sistema começa a se alterar paulatinamente e, na própria Lei das XII Tábuas, em vários dos seus trechos, começam a ser encontradas normas que preveem a reparação pecuniária do dano causado.<sup>171</sup> Assim, tem-se que, daquele sistema primitivo, passa-se à composição voluntária dos danos, pela qual o lesado, podia transacionar com o ofensor, para o fim de receber um resgate (*poena*), isto é, uma soma em dinheiro ou entrega de objetos. Este sistema é, também, posteriormente sucedido pelo da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, “que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor”.<sup>172</sup>

Tem-se, assim, substituída definitivamente a vingança privada pela composição obrigatória dos danos. De todo modo, até aqui, a reparação do dano ainda é vista como uma pena (*poena*), salientando-se que a indenização exclusivamente pecuniária só se consolidará alguns séculos à frente, com a edição da *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.).<sup>173</sup>

A Lei das XII Tábuas determinava, assim, o *quantum* para a composição obrigatória, regulando casos concretos, sem, entretanto, estabelecer um princípio geral fixador da responsabilidade civil. Conclui-se que, pelo menos neste primeiro período, os romanos desconheciam a noção de culpa.

Esse estado de coisas começa a ser alterado, quando, por volta do ano de 286 a.C., é editada a denominada *Lex Aquilia de damno*.<sup>174</sup> Esta lei não chegou a criar uma cláusula geral de

---

<sup>170</sup> O romanista Silvio Meira aponta uma possível reconstituição de trecho da referida Lei das XII Tábuas. Nesta reconstituição, especificamente no número 11 da Tábua Sétima, pode-se ler o seguinte: “Se alguém fere outrem, que sofra a pena de talião, salvo se houver acordo”. (MEIRA, Silvio. **A lei das XII tábuas – fonte do direito público e do direito privado**. 5.ed. Belém, CEJUP, 1989, p.172). Conferir também: FRANÇA, Rubens Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade civil – Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.272-273.

<sup>171</sup> Assim, por exemplo, com relação à Tábua Sétima, relativa aos delitos, números 1, 2, 6-8: “1. Se um quadrúpede causa qualquer dano, que seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado”; “2. Se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare”; “6. Aquele que faz pastar o seu rebanho em terreno alheio; 7. e o que intencionalmente incendiou uma casa ou um monte de trigo perto de uma casa, seja fustigado com varas e em seguida lançado ao fogo; 8. mas se assim agiu por imprudência, que repare o dano; se não tiver recursos para isso, que seja punido menos do que se tivesse agido intencionalmente”. (MEIRA, Silvio. *Op.cit.*, 1989, p.172)

<sup>172</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.11.

<sup>173</sup> Por meio da *Lex Poetelia Papiria*, em vigor provavelmente a partir de 326 a.C., liberta-se o dano da ideia de castigo ou vingança e, mesmo aquele que causasse danos injustificados a uma coisa alheia (escravo, animal etc.), somente poderia responder com o seu patrimônio, vedando-se o “autopenhoramento da pessoa do devedor” (JUSTO, Santos. **Fases do desenvolvimento do direito romano**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1991, p.12).

<sup>174</sup> Há um consenso entre os romanistas de que a lei Aquília é de data incerta, mas, possivelmente, um plebiscito editado no século III a.C. A referida lei é composta de três capítulos: o 1º regulava as hipóteses de morte dos escravos ou dos quadrúpedes da espécie dos que pastam em rebanho; o 2º, o dano causado por um credor acessório ao principal que faz abatimento da dívida com o prejuízo do primeiro; o 3º, o dano por ferimento causado aos escravos e animais mencionados no 1º capítulo e a destruição ou deterioração de qualquer outras

responsabilidade ou dar as bases para a fundação de uma teoria geral acerca dos delitos, nos moldes do direito moderno – o que seria até estranho ao estilo casuístico dos romanos -, mas teve o mérito de introduzir uma nova espécie de delito privado, o denominado *damnum iniuria datum*.<sup>175</sup>

O denominado *damnum iniuria datum* consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por uma atitude direta do agente que tivesse contato material com a coisa atingida, sem qualquer direito ou escusa legal que justificasse.

Assim, diz-se que esta nova espécie de delito privado impunha a presença concomitante dos seguintes elementos: a) *iniuria*, ou seja, que o dano tivesse decorrido de um ato contrário ao direito, visto que não cometia delito quem ocasionasse um prejuízo à coisa alheia exercendo direito próprio, ou agindo em estado de necessidade ou legítima defesa; b) *culpa*, que abrangia tanto o dolo quanto a culpa; e c) *damnum*, que deveria ser causado diretamente pelo agente, ou seja, deveria ser *corpore corpori datum*. *Corpore*, no sentido de que deveria ser causado diretamente pelo agente, e não indiretamente, como no caso de alguém que entregasse arma a escravo alheio, que com ela se matasse. E *corpori*, com o fim de estabelecer que o ato do agente devia atingir materialmente a coisa alheia (ou seja, exigia-se um contato material com a coisa). Assim, não se configuraria o *damnum iniuria datum* se alguém abrisse uma portão, com o que facilitasse a fuga de um determinado animal.<sup>176</sup>

O *damnum iniuria datum* consistia em fonte de obrigações, mas os direitos a elas correlatos não eram concedidos a qualquer um. As mencionadas obrigações eram tuteladas pela *actio legis Aquiliae*, de natureza penal, que só podiam ser intentadas pelo proprietário da coisa que sofrera o dano, mas que implicava, para o ofensor, acaso confessasse, a condenação ao pagamento do valor do prejuízo, e, caso negasse a prática do *damnum iniuria datum*, a condenação ao pagamento em dobro desse valor.<sup>177</sup>

Apenas, mais tarde – ainda na fase clássica –, por influência da jurisprudência pretoriana, é

---

coisa corpórea (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.234). Conferir também: LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.12.

<sup>175</sup> LIMA, Alvino. *Op.cit.*, 1938, p.12.Vale lembrar que os romanos conheceram quatro espécies de delitos privados: a) *furtum*, b) *rapina*, c) *iniuria*; e d) *damnum iniuria datum*. Estes delitos representam uma ofensa à pessoa ou aos bens do indivíduo ofendido, sendo, por isso mesmo, fonte de obrigações entre os particulares. Distinguem-se dos delitos públicos, que se consubstanciavam na violação da norma jurídica destinada à proteção dos interesses do Estado (v.g., atentado contra a segurança do Estado e assassinio de homem livre), sujeitando os seus infratores à pena pública, isto é, morte, imposição de castigos corporais ou, ainda, multas cujos montantes eram depois revertidas aos cofres do Estado. (ALVES, José Carlos Moreira. *Op.cit.*, 1995, p.224-236).

<sup>176</sup> Estes elementos são citados a partir de referência de José Carlos Moreira Alves, muito embora haja divergência doutrinária sobre a presença da culpa nesta nova espécie de delito. (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v.II. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.234-235).

<sup>177</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Op.cit.*, 2003, p.235.

que estes direitos foram estendidos aos titulares de direitos reais e aos possuidores, a certos detentores, assim como aos peregrinos, por meio das denominadas *actiones legis Aquiliae utiles*. Por meio destas, possibilitava-se a tutela de casos não necessariamente previstas na *Lex Aquilia*.<sup>178</sup>

Além da ampliação subjetiva do alcance da referida lei, estendeu-se, também, aos casos de ferimentos de homens livres – embora a lei apenas se referisse às coisas e aos escravos –, assim como também às coisas imóveis e aos atos instrumentários (testamento, caução etc.). Também, o édito do pretor estendeu o âmbito de incidência da referida lei ao dano ainda que “não fosse *corpore* e quando não fosse causado *corpori*, concedendo uma ação útil ao *damnum non corpore datum*, isto é, as denominadas ações *ad exemplum legis Aquilia*.”<sup>179</sup>, em situações a que hoje são reconhecidas como responsabilidade por omissão ou pelo fato de outrem.

Ainda, aponta-se que a lei Aquilia não apenas ajudou a especificar melhor os casos de atos ilícitos, como também substituiu, de vez, as penas tarifadas pela reparação pecuniária do dano causado, “tendo em vista o valor da coisa durante os 30 dias anteriores ao delito e atendendo ao princípio do valor venal”.<sup>180</sup>

Entretanto, de todos os citados elementos do *damnum iniuria datum*, o mais discutido é a culpa. Com efeito, a primeira dúvida é se, de fato, o elemento culpa foi introduzido pela referida lei.<sup>181</sup> Os que defendem esta possibilidade o fazem com base no trecho de número II do capítulo primeiro da lei Aquília, assim como da afirmação, já citada antes, atribuída à

---

<sup>178</sup> A respeito do que seja a *actio legis Aquiliae utiles*, Moreira Alves assevera: “a *actio utilies*, que é sempre pretoriana, nada mais é do que *actio directa* (seja *in ius*, seja *in factum*) que o magistrado, por extensão (*utilitatis causa*), aplica a hipóteses que não são protegidas, sem essa extensão, pela *actio directa*.” (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.231). Segundo o mesmo autor, “ainda no direito clássico, o pretor e a jurisprudência – tendo em vista que, pelos termos restritos da Lei Aquilia, muitos fatos causadores de dano não se incluíam na sua conceituação de *damnum iniuria datum* – alargaram o círculo dos que eram reprimidos com as penas decorrentes do *damnum iniuria datum*. Assim, com a concessão de *actiones legis Aquiliae utiles* [...] ou de *actiones in factum*, sancionaram-se hipóteses em que o dano era causado sem que ocorresse o requisito *corpore corpori*, e em que ele resultava de simples omissão, desde que esta se vinculasse a ato anteriormente realizado pelo ofensor (por exemplo: era responsabilizado o médico que, depois de iniciado o tratamento do escravo, abandonasse o doente, e este viesse a falecer).” (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v.II. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.235).

<sup>179</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.13-14.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p.14.

<sup>181</sup> Entre os que defendem que a culpa era um elemento indispensável, sem o qual não se caracterizaria o delito, cite-se Girard, Gatton May, Pirson et Villé, Contardo Ferrini e Ihering. Muitos, entretanto, sustentam a opinião oposta, afirmando que a culpa não era um elemento constitutivo do delito, na lei Aquília. Para estes últimos, o elemento culpa apenas foi introduzido, pouco a pouco, por força da interpretação e tendo em vista as necessidades sociais. Nesse sentido, Emilio Betti, Mario Cozzi, Leon e Henri Mazeaud. (LIMA, Alvino. *Op.cit.*, 1938, p.14-15).

Ulpiano, de acordo com a qual *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*.<sup>182</sup>

Apesar destas afirmações, não se tem a certeza de que, para os romanos, a culpa tivesse o mesmo sentido que o atual. O mais aceito entre os romanistas é que o significado de culpa, para aquela civilização, esteve mais próximo de uma questão de imputação objetiva do dano, ou seja, uma questão de liame ou nexos causal entre a conduta e o resultado danoso.<sup>183</sup>

Apenas na fase pós-clássica e justinianéia, talvez por influência cristã, é que o instituto da culpa tomou um significado distinto – no sentido de negligência, de previsível não previsto, de imperícia.<sup>184</sup> Também nesta mesma época teria havido a revogação das normas da *Lex Aquilia de damno* dos trechos concernentes à responsabilidade contratual, de sorte que, desde então, a expressão *responsabilidade aquiliana* passou a ser utilizada para designar apenas a posteriormente denominada *responsabilidade extracontratual*.<sup>185</sup>

Assim, para o direito romano, na maior parte do tempo, a culpa simplesmente não existiu, ou, quando esteve presente, assumia um caráter acessório e um significado possivelmente distinto do atual. Entretanto, afirma-se ser inconteste que a evolução do instituto da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, no direito romano, operou-se no sentido de introduzir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, “expurgando-se do direito a ideia de pena, para substituí-la pela de reparação do dano sofrido.”<sup>186-187</sup>

---

<sup>182</sup> O Capítulo Primeiro da Lei Aquília, segundo a versão das Institutas de Gaio, trazia: “I – Se alguém matar injustamente um escravo alheio ou um quadrúpede [...] seja condenado a pagar o maior valor da coisa durante esse ano; II – Entende-se que matou injustamente aquele que o fez com dolo ou culpa”. O texto atribuído a Ulpiano se encontra no Digesto, Livro IX, Título II, Fragmento 44 (FRANÇA, Rubens Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade civil – Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.277).

<sup>183</sup> José Carlos Moreira Alvez reconhece o requisito da culpa, mas a ele se refere como a necessidade “de que o dano resultasse de ato positivo do agente (e não simplesmente de omissão).” (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v.II. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.235).

<sup>184</sup> “O cristianismo será, pelo menos até o surgimento da patrística, uma religião sem grandes vãos intelectuais, foi hauri-los na Grécia Clássica, cuja filosofia, mercê do helenismo, expandira-se pela Europa e pela Ásia. Os principais pilares dessas inspirações foram os pensamentos de Platão, Plotino, Aristóteles e os estoicos. Daí vem a introdução do conceito de livre arbítrio no Cristianismo e da culpa como resultado da transgressão voluntária do mandamento divino, advindo o pecado. O conceito de culpa, no sentido moral, segundo a filosofia patrística, alicerça-se no fato de todo e qualquer dever moral receber sua força obrigatória, ao menos indiretamente, da vontade divina. É o conceito moral de culpa desta era que vai alicerçar a formulação jurídica da culpa subjetiva, que parte dos pressupostos do livre arbítrio e da imputabilidade. A culpa subjetiva seria assim uma espécie de pecado contra a ordem jurídica”. (CABRAL, Pedro Manso. A responsabilidade aquiliana e suas raízes. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.239-240).

<sup>185</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Op.cit.*, 2010, p.278; CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.133-134.

<sup>186</sup> “Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento da paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade para alcançar tão somente a satisfação do dano a infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a

Esse estado de coisas somente se alterou a partir da mescla do direito romano com elementos do direito canônico, quando, então, a culpa assume uma feição mais próxima ao que se conhece.

Os canonistas e os teólogos morais, durante a Idade Média, reformularam, de maneira bastante significativa o sentido de culpa, dando-lhe, por assim dizer, um sentido mais técnico, acrescentando ao sentido de culpa os conceitos de *livre arbítrio* e *pecado*. O autor do delito passa a ser visto, essencialmente, como um sujeito moralmente mau, um pecador, que utilizou do seu livre arbítrio de forma censurável.<sup>188-189</sup>

### 1.3.2 A consagração da culpa nos códigos oitocentistas

Na França, as primeiras leis medievais eram ainda bem impregnadas pela confusão entre os domínios da responsabilidade civil e responsabilidade penal. O esforço do direito canônico

---

responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da ideia da pena, no fixar da responsabilidade aquiliana, a verdade é que a ideia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória.” (LIMA, Alvíno. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.16-17).

<sup>187</sup> Neste sentido, José de Aguiar Dias, para que, “a noção de culpa sempre foi precária no direito romano, onde jamais chegou a ser estabelecida como princípio geral ou fundamento da responsabilidade, o que de nenhum modo exclui a convicção de que a evolução se operou definitivamente nesse sentido. A concepção do direito justinianeu era já a da culpa subjetiva: representava progresso em relação à Lei Aquília; mas seria arriscado identificá-la com a moderna noção do instituto, não obstante constituir a origem comum de legislações fundadas na culpa”. (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.44). A dificuldade quanto ao sentido da expressão culpa contidas em passagens do texto da *lex Aquilia* é sentida na seguinte passagem do texto de Rubens Limongi França: “Por fim, não são poucas, ao longo dos múltiplos textos, aquelas que poderíamos considerar as primeiras manifestações da teoria do risco ou da indenização objetiva. Suscitou-se particular atenção o fragmento de Ulpiano onde se assinala que ‘se alguém, por estar carregado mais que o justo, deixar cair a carga, matando com isso a um escravo, terá lugar a ação da Lei Aquilia, porque esteve em sua vontade o carregar-se de tal sorte’ – ‘fuit enim in ipsius arbítrio, ita se non onerare’. Poder-se-ia ponderar que, na espécie, o de que se trataria fora da culpa *in eligendo*, e não da assunção do risco. Força, porém, é reconhecer que, não raro, com no caso, é muito difícil determinar a linha divisória entre uma coisa e outra. Com efeito, aquele que se impõe a si próprio (não a um terceiro ou a uma besta) excesso de cargo é, sem dúvida, um trabalhador brioso, por cuja mente é difícil admitir passaria a ideia de com isso matar alguém.” (FRANÇA, Rubens Limongi. **As raízes da responsabilidade aquiliana**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade civil – Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.283).

<sup>188</sup> A esse respeito, conferir: TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico – história e direito vigente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.15. Conferir, também: COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.482.

<sup>189</sup> Em excelente apanhado a respeito desse período Anderson Schreiber: “Embora a noção de culpa tivesse se desenvolvido no direito romano republicano com caráter eminentemente objetivo [...], a influência sofrida pelas noções gregas e orientais, essencialmente individualistas, em oposição à ideologia estatalizante de Roma, deu-lhe um conotação mais subjetiva, que, com a posterior difusão ideológica cristã, ganhou fortes contornos éticos e morais, ligados à ideia de livre-arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis. Durante a Idade Média, a influência do direito canônico reforçara este tom de infração moral atribuído à culpa, que chega ao início da Modernidade intensamente influenciada pela ideia de pecado, como consciente violação de um dever de ordem superior.” (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.13-14).



em separá-los foi bastante significativo. Apesar disto, apenas nos séculos XVI e XVII é que começa a se estabelecer uma nítida distinção entre os dois âmbitos: o da responsabilidade civil, caracterizada pela compensação dos danos; e o da responsabilidade penal, marcada pela imposição de uma pena ou castigo ao ofensor.<sup>190</sup>

Dessa distinção, resultou a possibilidade de o Código Civil francês de 1804 prever uma cláusula geral de responsabilidade civil, no capítulo consagrado aos delitos e quase-delitos. Segundo a mencionada cláusula geral, consagrada pelo art. 1.382 do Código Civil francês – *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui dommage oblige celui par la faute duquel Il est arrivé à la réparer* – “todo o fato do homem que cause dano obriga aquele, por culpa de quem ele ocorreu, a repará-lo”. No artigo 1.383 dispõe ainda que – *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par son négligence ou par son imprudence* – “cada um é responsável pelo dano que causou não somente por seu fato, mas ainda, por sua negligência ou por sua imprudência”.<sup>191</sup>

Com isso, o Código Civil francês – que serviu de fonte de inspiração das legislações modernas, inclusive a brasileira – proclamou, nos preceitos genéricos dos arts. 1.382 e 1.383, a responsabilidade civil extracontratual, com fundamento na culpa concreta e provada, desprezando, assim, os textos anteriores, na medida em que excluiu qualquer hipótese de responsabilidade civil que não estivesse inteiramente fundamentada neste pressuposto subjetivo (i.e., na culpa lato sensu). Não era necessário demonstrar a intenção de causar o dano (culpa delitual), bastando que comprovasse a imprudência ou a negligência (culpa quase-delitual).<sup>192</sup>

Sem dúvida, são os ensinamentos e conceitos provindos do direito romano que constituem a base da responsabilidade aquiliana no direito moderno.<sup>193-194</sup> Por meio da criação de uma cláusula geral fundada na culpa, o *Code* rapidamente se transformou em um laboratório para a doutrina e a jurisprudência, sendo acolhida pela maior parte das codificações europeias que foram editadas no decorrer no século XIX. A universalização da culpa nos códigos civis de século XIX, como será descrito a seguir, serviu muito bem aos ideários da Revolução Francesa: à *liberdade*, visto que só a ação nociva é proibida; à *igualdade*, pois age com culpa

---

<sup>190</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.137.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p.148.

<sup>192</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.17-18.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p.18.

<sup>194</sup> No mesmo sentido: DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.44.

apenas quem não age em conformidade à lei comum; e à *fraternidade*, pois é moral elementar não prejudicar outrem por culpa sua (*alterum neminem laedere*).<sup>195</sup>

O primeiro diploma a adotar o modelo francês foi o Código Civil austríaco (ABGB), que passou a vigor em 1812 e teve sua aplicação estendida também para o Estado de Milão, em 1816. Da mesma forma, o primeiro Código Civil da Itália - em vigor a partir de 1865 e posteriormente revogado pelo vigente Código Civil de 1942 - consagrou a cláusula geral de responsabilidade civil fundada na culpa (arts. 1.151 e 1.152). Pouco depois disto, mais precisamente em 1867, o Código Civil português, sendo, posteriormente seguido pelo Código Civil espanhol de 1889 - ainda em vigor e aplicado como direito comum em toda a Espanha -, seguiram a mesma linha.<sup>196</sup>

A esta altura, no final do século XIX, já gozava de grande prestígio a denominada Escola Pandectista<sup>197</sup>, que terminou por influenciar a elaboração de mais dois diplomas nacionais, quais sejam, o Código Civil alemão (BGB) de 1896 – mas em vigor somente a partir de 1900 - e o Código Civil suíço (ZGB) - em vigor a partir de 1907.

Ao lado dos códigos que seguiram o exemplo do Código Civil francês, o BGB e o Código Civil suíço também proclamaram como fundamento da responsabilidade civil aquiliana a culpa do autor do ato lesivo. O BGB proclama o princípio da responsabilidade por culpa no § 823, embora admita a responsabilidade civil independentemente da culpa em alguns poucos casos. Já o Código Civil suíço fixa também o mesmo princípio, no seu art. 41, de maneira que, para que se firme a responsabilidade civil aquiliana, é essencial a culpa, “que pode ser querida (*dolus*) ou causada por negligência (culpa), e cuja gravidade influi no quanto da indenização.”<sup>198</sup>

Percebe-se que os diplomas civis editados no decorrer do século XIX adotaram, sistematicamente, a ideia da culpa. Apesar disto, não se encontrava uma definição legal sobre a concepção de culpa e apenas, em alguns poucos casos, referia-se aos critérios utilizados para a sua apreciação. Tais questões passaram a ser enfrentadas pela doutrina e pela

---

<sup>195</sup> SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999, p.365.

<sup>196</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Trad. portuguesa por Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gubenkian, 2004, p.394.

<sup>197</sup> A Escola Pandectista “estava baseada na perspectiva do direito do positivismo científico, o qual deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objectivos extrajurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas. ‘Considerações de carácter ético, político ou económico não são assunto dos juristas, enquanto tais’ dizia, ainda em 1884, um clássico desta corrente positivista da craveira de Windscheid.” (WIEACKER, Franz. *Op.cit.*, 2004, p.492).

<sup>198</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.18-19.

jurisprudência.<sup>199</sup>

Observa-se que, a partir do Código de Napoleão, a culpa efetiva e demonstrada assume a condição de fundamento nuclear, senão exclusivo, da responsabilidade civil, o que, em grande parte, é explicado pelo intenso individualismo que marca a sociedade daquela época.<sup>200</sup>

Com efeito, a partir da Era Moderna e dos importantes influxos doutrinários das escolas do direito que afloraram desde então, a culpa foi erigida como pedra fundamental da responsabilidade civil: responderia pelos danos injustamente causados aquele que, por vontade própria, de forma culpável, censurável, utilizasse mal o seu espaço de liberdade.<sup>201</sup> Inegável, assim, o forte contorno ético e a influência da moral, em especial aquela decorrente da difusão da ideologia cristã. Sempre lembrada é a definição de Philippe Malaurie, para quem a culpa, antes de mais, “é uma noção moral, colhida pela evidência, imediatamente ressentida por todos, salvo nos casos limites ou pelas consciências tortuosas”.<sup>202</sup> Anderson Schreiber associa, também, a ideia de culpa com a liberdade, ao afirmar:

A ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, dessa forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares. Responsabilidade e liberdade passam, assim, a ser noções intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento à outra.<sup>203</sup>

Evidentemente que uma conotação moral exigia uma estrutura psicológica da culpa, a impor a verificação de um elemento anímico (intenção, previsão de resultado etc.) para fins da demonstração de um comportamento reprovável por parte do autor do fato danoso.<sup>204</sup> Disto resultou não apenas a ideia de que *pas de responsabilité sans faute* – sem culpa, nenhuma reparação –, mas, também, a possibilidade de atribuir-se à culpa certa proeminência na definição do ilícito.<sup>205</sup>

---

<sup>199</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.148-149.

<sup>200</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista Direito Estado e Sociedade**, v.15. Rio de Janeiro. PUC-Rio, 1999, p.101; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.02.

<sup>201</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.484.

<sup>202</sup> MALAURIE, Philippe; et AYNÈS, Laurent *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.64.

<sup>203</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.12.

<sup>204</sup> RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2.ed. Campinas: Booksellers, 2009, p.239.

<sup>205</sup> “*El concepto que em el derecho moderno informa el sistema legal em cuanto a la responsabilidad extra-contratual es que la doctrina romana fijó por via de interpretación sobre los términos de la L. Aquilia y de la a. injuriarum: el concurso del elemento objetivo de la injuria y del subjetivo (culpa, imputabilidad de la ofensa) se reputa esencial, a fin de que la completa tutela del derecho se manifieste com la responsabilidad del*

Essa modelagem de culpa atendia ao ideal de liberdade burguês: por um lado, porque rejeitava a limitação da autonomia dos particulares, salvo nas hipóteses de uso flagrantemente inaceitável da liberdade individual; por outro lado, porque cumpria com sua função de servir de sólido obstáculo para uma avalanche de pedidos indenizatórios – em razão da dificuldade da prova do pressuposto subjetivo.<sup>206</sup>

Estaria, contudo, reservada à teoria clássica da culpa um dos mais intensos e conhecidos ataques doutrinários conhecidos e que talvez já se tenha registrado na história da evolução de um instituto jurídico. Como assevera Alvino Lima, as necessidades prementes da vida, o surgir de casos concretos, cuja solução não era prevista em lei ou não era por ela satisfatoriamente amparadas, levaram a jurisprudência a ampliar o conceito de culpa, eximir a vítima do ônus de demonstrá-la em certas hipóteses, ou, eventualmente, até mesmo suprimi-la completamente.<sup>207</sup>

### 1.3.3 A crítica à culpa como fundamento único e a teoria do risco

A aferição da culpa, em sua feição psicológica, impunha aos juízes tarefa extremamente dificultosa, 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”,<sup>208</sup> fato que se agravou, de maneira preocupante a partir do início do novo século.

Com efeito, os avanços tecnológicos obtidos pela humanidade, como consequência do desenvolvimento do capitalismo industrial e a proliferação de acidentes ligados a essas novas tecnologias, aliados a outros fatores de ordem econômico-social – como a massificação das relações contratuais - começaram a colocar a responsabilidade civil calcada na ideia da culpa em xeque. São emblemáticos, a esse respeito, os casos de acidentes de trabalho, ferroviários,

---

*injuriante.*” (CHIRONI, Gian Pietro. **La culpa en el derecho civil moderno**. Tomo I. Trad. espanhola por A. Posada. 2.ed. Madri: Reus, 1928, p.38).

<sup>206</sup> A este papel estruturante da culpa, Alvino Lima denomina “armadura da responsabilidade civil extracontratual das legislações modernas” (LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.9-10). Anderson Schreiber se refere aos pressupostos da responsabilidade civil, inclusive a culpa, como filtros ou óbices dogmáticamente criados pelos juristas da modernidade, com o fundamento ideológico claro de atender aos anseios liberais e individualistas, protegendo, com isso, o espaço de liberdade conferido aos particulares SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.17).

<sup>207</sup> A esse respeito: LIMA, Alvino. *Op.cit.*, 1938, p.21.

<sup>208</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*, 2009, p.17.

automobilísticos e de consumo em que as vítimas, muito embora demonstrassem o dano injustamente sofrido, correlacionando-o com certa atividade, não logravam demonstrar, entretanto, a culpa daquele que colocava a atividade em curso (i.e. do suposto ofensor).

E não parece muito difícil compreender as razões dessa apontada dificuldade: a prova do elemento subjetivo (de cariz psicológica, tais como a consciência da ilicitude e previsão do resultado), que cabia sempre à vítima do dano, mostrava-se, na maior parte das vezes, dificultosa, para não se dizer impossível.

Com efeito, os novos acidentes surgidos por influxo da Revolução Industrial e da massificação das relações, distintamente do que ocorria nos séculos anteriores, eram completamente despersonalizados, anônimos, decorridos muitas vezes de pequenas distrações ou falhas que não eram perceptíveis ou constatáveis, ainda que pelo mais diligente dos homens. Isto gerava o inconveniente de, em muitos casos, não garantir a reparação da vítima do dano. Esse ônus de prova que pesava sobre os ombros da vítima, no que dizia respeito à demonstração da culpa de conteúdo psicológico, de tão difícil ou impossível passou a ser denominada de verdadeira “prova diabólica” (*probatio diabolica*).<sup>209-210</sup>

A partir desta compreensão, diversos esforços teóricos foram se sucedendo no sentido de tentar aliviar a carga probatória imposta à vítima, sem, contudo, chegar a aboli-la (pelo menos num primeiro momento).

---

<sup>209</sup> Anderson Schreiber, a respeito do assunto, assevera que: “De fato, os acidentes trazidos pela Revolução Industrial eram, ao contrário do que sucedia nos séculos anteriores, inteiramente despersonalizados, anônimos, provocados muitas vezes por pequenas distrações ou falhas praticamente imunes a constatação. Na análise sempre referida de Brugi: ‘No exercício de certas indústrias e empresas, é impossível não produzir dano ou infortúnios; mas demonstrar a culpa [...] é quase impraticável. Ora, é o grau mínimo de culpa que escapa aos nossos olhos; ora, não se sabe onde encontrá-la; ora confunde-se com o caso fortuito ou com a força maior. Daí constatar-se, como resultado destas dificuldades históricas, que a ‘vítima tem à sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em relação à matéria, limitação alguma. Se, porém, fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem-sucedida na sua pretensão de obter ressarcimento.’” (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2009, p.18).

<sup>210</sup> A respeito desse tema, vale, também, citar as contundentes palavras de Louis Josseland: “Ora, no caso, o ônus probatório era singularmente pesado; constituída um considerável *handicap* para aquele sobre cujos ombros caía. Como um operário, que se feriu durante o seu trabalho, pode demonstrar a culpa do patrão? Como o pedestre, colhido por um automóvel, num lugar solitário, à noite, na ausência de testemunhas, pode provar – supondo que tenha sobrevivido ao acidente – que o carro não estava iluminado ou que corria a uma velocidade excessiva? Como o viajante que, no curso de um trajeto efetuado em estrada de ferro, ou sobre a via, pode provar que os empregados tinham negligenciado no fechamento da porta, logo depois da partida da última estação? Impor à vítima ou aos seus herdeiros demonstração desta natureza equivale, de fato, a recusar-lhes qualquer indenização; um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade, é assegurada: não ter direito, ou, tendo-o, ficar na impossibilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só. A teoria tradicional da responsabilidade repousava manifestamente em bases muito estreitas; cada vez mais se mostrava insuficiente e perempta; fazia-se sentir imperiosamente a necessidade de alargar os fundamentos em que repousava o velho edifício de antanho que não correspondia mais às necessidades dos novos tempos e se tornava inabitável.” (JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. **Revista Forense**, v.LXXXVI. Rio de Janeiro: Forense, abr./jun. de 1941, p.55).

Primeiramente, em um esforço de interpretação do próprio Código de Napoleão de 1804, sem deixar totalmente de lado a teoria da culpa, passou-se a inverter o *onus probandi*, de forma a diminuir o ônus a que a vítima estava submetida, por meio da técnica de presunções de culpa. Dentre as várias teorias a respeito das presunções de culpa, é de se citar aquela proposta pelo Procurador Geral Leclercq (já anteriormente mencionada), para quem, a simples ocorrência de um determinado dano já seria igualmente a comprovação da culpa do agente ofensor. Ou, em outras palavras, ocorrido o dano, há de reputar culpado aquele cuja ação ou omissão tenha sido determinando para aquele resultado. A este último, em sua defesa, caberia demonstrar que o resultado danoso não guarda qualquer relação ou vínculo com sua conduta.<sup>211</sup>

Outro expediente utilizado pelos teóricos foi a transmutação da culpa aquiliana (delitual) em culpa contratual, para, logo em seguida, dizer que certos contratos são geradores de uma obrigação de resultado, como, por exemplo, a garantia da incolumidade do trabalhador ou da vítima do acidente do transporte. Assim, uma vez que não se alcançasse este resultado (a incolumidade do trabalhador ou da vítima de acidente ferroviário), haveria de ser considerada culposa a conduta do ofensor, que apenas se exonerava da responsabilidade se demonstrasse que aquele resultado não foi alcançado em razão de um fato não imputável a ele.<sup>212</sup>

Percebe-se que, nestes casos, como nos acidentes de trabalho ou nos acidentes ferroviários, concebia-se dentro da própria relação contratual uma obrigação de seguridade a que estava adstrito o empregador ou o transportador, também como uma forma de diminuir a carga probatória das vítimas de acidente, que em geral eram pobres e de baixa instrução.<sup>213</sup>

Ainda sem repelir o princípio contido no art. 1.382 do *Code*, o último expediente utilizado pelos teóricos para combater a dificuldade de prova antes referida foi a revisão do próprio conceito de culpa, mediante a consagração de uma concepção objetiva para ela.<sup>214</sup> Não ficou,

---

<sup>211</sup> A respeito da tese do Procurador Geral belga e as pertinentes críticas, já se abordou em tópico anterior, quando se falou da culpa contra a legalidade. Confira-se, ainda, a respeito, as seguintes obras nacionais: LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p.67-68; CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.150-151.

<sup>212</sup> A respeito desta técnica da doutrina, vale citar as palavras de João de Matos Antunes de Varela, para quem “entre o empregado e o patrão existe um vínculo contratual, resultante do contrato de prestação de serviços, ou do contrato de trabalho, que mais tarde se autonomizou na generalidade das legislações. Contratando o empregado, diziam alguns doutrinadores, o patrão obriga-se, implicitamente, a garantir a sua integridade física durante a execução das tarefas que lhe confia. Se a garantia falha, porque o acidente sobrevém, o patrão terá que provar a sua falta de culpa, porque no domínio da responsabilidade contratual vigora, desde há muito, a regra de que o ônus da prova, em matéria de culpa, recai sobre o devedor faltoso”. (ANTUNES VARELA, João de Matos **Direito das obrigações**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.264).

<sup>213</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.264-267.

<sup>214</sup> Tal movimento pode ser observado na obra dos irmãos Mazeaud (*Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*), que, com a participação de André Tunc, a partir da quinta edição, passou a sustentar um conceito objetivo de culpa, segundo o qual a noção de imputabilidade é exterior à

entretanto, à salvo das críticas. Com efeito, a sustentação de uma concepção de culpa sem culpabilidade – para alguns – talvez se constitua na evidência mais óbvia de que o elemento subjetivo da responsabilidade civil já não seria mais exigível para a imputação ao agente da obrigação de reparar o dano por si causado.<sup>215</sup>

Ressalte-se que, muito embora a culpa estivesse objetivada – e nada obstante as críticas que, por causa disto, foram levantadas – ela ainda é vista como pressuposto da responsabilidade civil, por isto mesmo denominada *responsabilidade civil subjetiva*. O último passo, então, seria proclamar a dispensabilidade da culpa.

Aponta-se que a investigação de critérios objetivos de imputação da responsabilidade que pudessem substituir ou atenuar o papel central da culpa teve como marco inicial a obra de Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Propunha-se que o princípio da imputabilidade viesse substituído por um princípio mais simples de causalidade, a dispensar a avaliação do comportamento do sujeito causador do dano. Saleilles propôs, sem rodeios, a necessidade de se substituir a culpa pela causalidade, mediante a interpretação objetiva da palavra francesa *faute*, enunciada no art. 1.382 do *Code*, que, no seu entender, aí não se referia senão ao próprio fato causador do dano, sem indagação ao elemento psicológico do autor. Classificou, assim, de falsa a ideia de culpa e considerou que seria mais equitativo e conforme a dignidade humana que cada qual assuma os riscos de sua atividade voluntária e livre.<sup>216</sup>

Louis Josserand seguiu orientação semelhante, aplicando a teoria objetiva ao fato de coisas inanimadas. Defendendo a ideia de risco como critério de responsabilização, Josserand valeu-se de julgados da Corte de Cassação francesa, que já vinha aplicando a responsabilidade pela

---

culpa propriamente dita, constituindo-se em uma consequência da sua noção, jamais, porém, um dos seus elementos. (MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon e TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual e contractual*. Tomo I. v.1. Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1961, p.93-107).

<sup>215</sup> Orlando Gomes percebeu claramente este aspecto e lançou, a respeito, contundentes críticas. Após afirmar que “manifestação expressiva dessa penetração das ideias objetivas é, ainda, a aceitação, por parte dos mais obstinados defensores da teoria subjetiva, da noção de culpa in abstracto, para aferir a responsabilidade dos indivíduos”, conclui, em tom crítico: “é mister frisar que bitolar a culpa de alguém por um tipo abstrato implica, em última análise, em admitir a responsabilidade sem culpa, por isto, que a não se levar em conta o coeficiente pessoal do agente, suas aptidões, suas possibilidades, se é forçado a admitir, na maioria dos casos, que o indivíduo, não podendo a rigor, ser considerado culpado, entretanto é como tal declarado. Assim, a aceitação do critério que se baseia a culpa in abstracto não passa de um meio tosco de objetivação de responsabilidade, pois que, rigorosamente, esta não é subjetiva. Mas, representa principalmente uma escandalosa incoerência ideológica dos subjetivistas. Insuspeitos, autores de nomeada já a proclamaram. Demogue, por exemplo, confessa, sem rebuços, que a responsabilidade in abstracto é contrária ao ponto de partida da teoria subjetiva da responsabilidade, reconhecendo, afinal, que é uma concessão à teoria objetiva. Não há dúvida de que assim seja. A penetração insensível de ideias novas tem levado a confusão aos domínios tradicionalistas.” (GOMES, Orlando. Culpa x Risco. *Revista Forense*, v. LXXXIII. Rio de Janeiro: Forense, Setembro de 1940, p.383).

<sup>216</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v.I. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.56.

guarda da coisa de forma bastante objetiva.<sup>217</sup>

Na esteira de Saleilles e Josserand, diversos autores passaram a desferir o que se reconheceu como o mais intenso ataque já visto a um instituto do direito, no caso, o da culpa. Por toda a parte, renomados autores filiaram-se à ideia de uma responsabilidade civil objetiva, enquanto outros – não menos renomados – ainda saíam em defesa da culpa como pressuposto da responsabilidade civil.<sup>218</sup>

Desse profícuo debate, diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar, paulatinamente, hipóteses legais de responsabilidade civil objetiva.<sup>219</sup> Foi assim que a missão de declarar a dispensabilidade da culpa acabou ficando a cargo do próprio legislador, que mediante a edição de leis especiais, para certos casos específicos, passou a simplesmente negar a culpa como pressuposto da responsabilidade civil.<sup>220</sup> Primeiramente, estas leis foram editadas em setores onde o número de vítimas era grande e a dificuldade em se demonstrar a culpa do ofensor era clara, tais como acidentes do trabalho, acidentes de viação etc. O objetivo, óbvio, era transpor o individualismo que marcou a noção de culpa, em favor de uma visão mais solidarista de responsabilidade civil.

Essas leis se tornaram numerosas e, no século XX, tem-se a consagração de hipóteses de responsabilidade civil objetiva em diversos códigos civis. Tal, por exemplo, é o que se deu com o Código Civil português, em vigor a partir de 1967, e que serviu de fonte inspiradora,

---

<sup>217</sup> JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, v. LXXXVI. Rio de Janeiro: Forense. abr./jun. de 1941, p.52-63.

<sup>218</sup> Entre os defensores da teoria do risco, Caio Mário da Silva Pereira aponta: François Geny, o Procurador Leclercq, Gaudemet e Demogue. Entre os que defendiam a culpa, além dos irmãos Mazeaud, Colin e Capitan, Ripert, Paulo Esmein e Hauriou. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.268-269).

<sup>219</sup> É importante também lembrar o conceito de responsabilidade civil objetiva, ou também denominada responsabilidade civil sem culpa, fornecida por Caio Mário da Silva Pereira: “a doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre um e outro) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretenso responsável: as questões da responsabilidade, transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade (ob. cit. n.º. 2, p. 4).” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.*, 1999, p.269).

<sup>220</sup> Orlando Gomes a respeito, observa: “hoje, mudou o ângulo visual dessa teoria [da responsabilidade civil] no tratamento dos problemas. O regime da responsabilidade está passando por uma revisão importante, e manifestam-se tendências que o renovam significativamente. A mais interessante mudança de ângulo visual é o giro conceitual de ato ilícito para dano injusto”. (GOMES, Orlando. **Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil**. Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1980, p.293).



em muitos aspectos, para o Código Civil brasileiro de 2002.<sup>221</sup>

Para justificar a responsabilidade civil objetiva (i.e., responsabilidade sem culpa) previstas nessas leis, e agora também em alguns códigos, surgiram várias teorias, todas elas acabaram sendo agrupadas sob a denominação genérica de teoria do risco. Sob tal rótulo, costuma-se explicar que todo aquele que, com sua atividade, gera algum tipo de risco para os direitos de outrem, deve responder pelo dano conexo a esta mesma atividade. Portanto, deixa de se cogitar a respeito da culpa do sujeito. O problema, então, passa a centrar-se apenas na relação de causa e efeito entre a atividade de risco desenvolvida e o dano verificado, em razão do que alguns preferem denominá-la de responsabilidade por mera causalidade.<sup>222-223</sup>

Em verdade, o fundamento ético-jurídico da responsabilidade civil objetiva se encontra na própria consagração constitucional da dignidade da pessoa humana, que tem como consequência uma concepção mais solidarista do direito à reparação dos danos.<sup>224</sup>

Por certo, nenhum daqueles artifícios técnicos anteriormente citados (presunção de culpa, transformação da culpa aquiliana em contratual, objetivação da culpa) teve tanta influência na construção doutrinária do instituto quanto o surgimento da responsabilidade civil desgarrada

---

<sup>221</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.152-154.

<sup>222</sup> Neste sentido, confira-se Maria Celina Bodin de Moraes: “Cumpro, ainda, na tarefa da delimitação da regra geral da imputação objetiva, proceder ao exame das causas excludentes, de fundamental importância na análise da responsabilidade objetiva porque ao se fixar o conceito de que a reparação dos danos (injustos) é a função primordial da responsabilidade com fundamento na solidariedade social, praticamente identificam-se as noções de responsabilidade e causalidade, de modo que surgirá a obrigação de indenizar sempre que ficar comprovado o nexo de causalidade entre o dano (injustamente sofrido) e a atividade perigosa.” (MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 854, dezembro de 2006, p.29).

<sup>223</sup> Esta é, pelo menos, a formulação da denominada teoria do risco criado, que é a mais aceita pela doutrina como sendo a forma mais bem acabada da teoria do risco, visto que dispensa a necessidade de comprovação de elementos exigidos por outras teorias do risco, como, por exemplo, ocorre com a teoria do risco-proveito, que exige a comprovação dos ganhos obtidos por aquele que exerce determinada atividade e a teoria do risco excepcional, que apenas aceita a responsabilidade daquele que exerce uma atividade cujo risco fuja ao patamar que se entenda como normal. Curial, entretanto, ressaltar que a teoria do risco criado não afasta a necessidade de comprovação do nexo causal, o que apenas seria dispensado na fórmula mais radical, denominada teoria do risco integral. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.284). A respeito das diversas teorias do risco (*risco integral, ato anormal, risco criado e risco-proveito*), ver tópico específico em capítulo anterior.

<sup>224</sup> “O fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva deve ser buscado na concepção solidarista, fundada pela Constituição de 1988, de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada, fazendo-se incidir o seu custo na comunidade, isto é, em quem quer que com o ato danoso esteja vinculado. No modelo solidarista, invertem-se os termos do problema e a responsabilidade subjetiva nada mais é do que uma outra hipótese de imputação de responsabilidade. Em decorrência do princípio constitucional de solidariedade social, pois, distribuem-se as perdas e estende-se o mais amplamente possível as garantias à integridade psicofísica e material de cada pessoa humana. Esta é a justificativa, a um só tempo ética e jurídica, do deslocamento dos custos do dano da vítima para o responsável pela atividade”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p.450-451).

da culpa, a chamada responsabilidade sem culpa, ou também denominada responsabilidade civil objetiva, fundamentada na concepção do risco.<sup>225</sup> Por meio dela, dispensa-se a culpa do agente ou responsável, sendo esta dispensa, inclusive, o elemento que individualiza o conceito: responsabilidade objetiva é responsabilidade sem culpa.<sup>226</sup> Por isso mesmo, para alguns autores, a questão da licitude ou ilicitude da conduta em nada conflita com a individualização da referida modalidade de responsabilidade civil.<sup>227</sup>

Por fim, cumpre observar que, apesar da consagração pelos diversos ordenamentos de hipóteses legais de responsabilidade objetiva, a teoria do risco não teve o mérito de simplesmente suplantar a teoria da culpa, ou substituir definitivamente a responsabilidade civil subjetiva pela responsabilidade sem culpa. A conciliação das duas correntes tem, na doutrina, a maioria dos adeptos, fato também que se repete nos diversos ordenamentos jurídicos.<sup>228-229</sup>

#### 1.3.4 Distinção entre culpa objetiva e responsabilidade civil objetiva

Ainda, nesse tópico, cumpre fazer uma ressalva importante para a presente pesquisa e que, embora não se referira a algo necessariamente novo, ainda é muito pouco desenvolvida pela doutrina nacional, sendo mesmo, muitas vezes, mal ou equivocadamente compreendida, qual seja, a distinção entre *culpa objetiva* e *responsabilidade civil objetiva*.

---

<sup>225</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.19.

<sup>226</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.561.

<sup>227</sup> O problema da existência ou não da ilicitude na responsabilidade objetiva, entretanto, é bastante controvertida. Reportando-se ao direito alemão, alguns autores indicam a necessidade de, no âmbito da responsabilidade civil objetiva, partir-se de um conceito de ilicitude diverso daquela consagrada pelo BGB para a generalidade das situações. Outros, entretanto, expressamente reconhecem que a responsabilidade objetiva não pressupõe sequer a ilicitude: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op.cit.*, 2006, p. 561, nota 1; Para Karl Larenz, a responsabilidade civil objetiva não pressupõe a ilicitude. Segundo o referido autor: “*junto a la responsabilidad por acto injusto, que há encontrado su plasmación legal em los §§ 823 y ss., conoce nuestro ordenamiento jurídico, aunque sólo para determinados casos particulares, una responsabilidad por el riesgo (abstracto) para otro derivado de una actuación permitida, p. ej., de la explotación de una industria de ferrocarriles o de la ‘tenencia’ de animales o vehículos. Para ello es indiferente que el daño a indemnizar se base em un acto antijurídico des responsable por ‘riesgo’ mismo o realizado por outro, o em un fenómeno natural (hecho cometido por un animal) o em un efecto mecánico devido a uma actividad técnica*”. (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo II. Trad. espanhola Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p.663-664). No direito brasileiro, também vemos este dissenso. Sérgio Cavalieri Filho, por exemplo, adota um conceito amplo ou objetivo de ilicitude, erigindo-a como pressuposto da responsabilidade civil sem culpa. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.9-13). Já Marcelo Junqueira Calixto distingue antijuridicidade de ilicitude e dispensa a presença desta nas hipóteses de responsabilidade civil sem culpa. (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.161-177).

<sup>228</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.268-271.

<sup>229</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.561.

Com efeito, para tentar acentuar que nenhuma pesquisa subjetiva deve ser adotada quando se queira descobrir se há ou não culpa normativa, um segmento da doutrina nomeia a culpa assim caracterizada em “culpa objetiva” – tal como visto acima – em contraposição à denominada “culpa subjetiva”.

O uso dos termos pode levar a confusão, a ponto de alguns autores simplesmente recomendarem afastar o seu uso.<sup>230</sup> Isto porque - para os que confundem - rechaçar toda pesquisa subjetiva na análise da culpa seria, em outros termos, admitir uma responsabilidade sem culpa, ou seja, seria retornar à teoria do risco. Contudo, não é difícil perceber o erro desta conclusão: uma coisa é defender a responsabilidade do autor de um dano abstraindo-se de fazer qualquer juízo a respeito de sua conduta (i.e., a teoria do risco); outra coisa completamente distinta é declará-lo responsável em uma dada circunstância em que outra pessoa teria agido distintamente (ou seja, a apreciação da culpa em abstrato).<sup>231</sup>

De fato, na denominada responsabilidade civil objetiva, todo autor de um fato danoso é responsável, independentemente de quão censurável seja ou não a sua conduta. Quando se fala em culpa denominada objetiva, o autor de um dano somente é responsável se tiver se portado de modo incompatível com aquilo que dele se espera em determinado contexto. Na culpa subjetiva, por fim, o juiz somente pode firmar a convicção quanto à responsabilidade do autor do dano se ele considera que o grau da consciência do autor do dano quanto ao caráter ilícito e previsível da sua conduta, de alguma forma, o reprova.

Em resumo, na teoria do risco não se aprecia a conduta do autor do dano, enquanto tal. O direito a recebe como um fato.<sup>232</sup> Na responsabilidade subjetiva, ao contrário, aprecia-se e julga a conduta do agente, que apenas será condenado se houver culpa. Contudo, o critério que se utilizam para a definição da culpa não será o mesmo, segundo eles exijam uma culpa dita subjetiva, ou se contentem com uma culpa objetiva.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon e TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual e contractual*. Tomo I. v.2. Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1961, p.77.

<sup>231</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>232</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p.193.

<sup>233</sup> “*Em la esfera de la responsabilidad civil, existe ciertamente una concepción objetiva: la que niega la necesidad de la culpa: la teoria del riesgo. Es objetiva en el sentido de que examia tan solo el daño, sin preocuparse de la conducta del autor de ese daño; compromete la responsabilidad de este último cualquiera que haya sido su conducta. Exactamente en oposición com esa tesis se encuentra la de la culpa apreciada in concreto, concepción puramente subjectiva, en el sentido de que juzga el acto a través del agente, porque sondea la consciencia de este último y porque no lo condena a la reparación más que si descubre una culpa moral. Entre esas dos tesis exageradas se situa la concepción exacta llamada de la culpa objetiva. Ciertamente es objetiva si se opone a la apreciación in concreto; pues ya no es cuestión el tomar em cuenta el estado anímico*”

---

*del autor del daño, sino tan solo comparar la conducta de este con la conducta de un tipo abstracto. No deja por eso de ser menos subjetiva, en amplia medida, si se la coteja con la teoría del riesgo, ya que no exige la responsabilidad del demandado sino en el único caso de que éste haya cometido un error de conducta o si ha obrado de modo distinto de lo que habría debido obrar.”* (MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon e TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual e contractual**. Tomo I. v.2. Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1961, p.77-78).

## 2 O SISTEMA JURÍDICO E A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ

### 2.1. A PRIMEIRA SISTEMÁTICA E A RETOMADA DA BOA-FÉ

#### 2.1.1 A tríplice raiz da boa-fé. Uma breve incursão histórica.

Para bem compreender a boa-fé como norma de conduta nos sistemas jurídicos contemporâneos, faz-se necessário elaborar uma breve revisão da sua trajetória histórica. Observe-se, contudo, que o presente trabalho não tem o propósito de fazer uma historiografia a respeito da boa-fé<sup>234</sup>. Visa-se apenas a compreender como ela surgiu e se incorporou nas legislações modernas, chegando, enfim, aos tempos atuais. Importante também investigar as concepções por ela assumidas ao longo desse percurso histórico, assim como as formas de estruturação analítica e funções desempenhadas no sistema das codificações.

Inicia-se a abordagem trazendo à lume a lição de Judith Martins-Costa no sentido de que a boa-fé tem raiz tríplice: no direito romano; na cultura germânica; e no direito canônico. Faz-se, a partir desse recorte, uma pequena incursão, apenas o bastante para que se compreenda como se chegou, afinal, às concepções contemporâneas de boa-fé.<sup>235</sup>

##### 2.1.1.1 A boa-fé no direito romano

A noção de *fides* nasceu no mundo romano, onde foi objeto de uma notável expansão e um largo espectro de sentidos, que variaram ao longo dos treze séculos de história.<sup>236</sup> Para os propósitos aqui buscados, cumpre ressaltar três setores do direito romano onde a *fides* se fez especialmente presente: as relações de clientela, por tratar-se do mais remoto; o dos negócios contratuais, visto que se relaciona às obrigações; e o da proteção possessória, porque ligado aos direitos reais.<sup>237</sup>

No direito romano, as relações de clientela envolviam a existência de deveres de lealdade e

---

<sup>234</sup> Conferir, a esse respeito: MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999; SCHULZ, Fritz. *Principios del derecho romano*. Trad. Manuel Abellán Velasco. Madri: Civitas, 1990.

<sup>235</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p.110-132.

<sup>236</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.54-58.

<sup>237</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p.111.

obediência por parte do *cliens* em troca da proteção que lhe era dada pelo cidadão livre (patrício).<sup>238</sup> Uma vez que representava a vinculação entre pessoas desiguais – i.e., o cliente e o patrício – as relações de clientela eram fundadas essencialmente na *fides*, abrangida tanto pelo poder do patrão (poder de direção) e dever do *cliens* (dever de obediência), quanto sob a forma de promessa de proteção. Nestas específicas relações, a *fides* toma uma conotação de autolimitação (*fides* promessa) e intento protetivo.<sup>239</sup>

No âmbito contratual, por seu turno, tem-se notícia de um antiquíssimo documento que faz a conexão da expressão *fides* com os tratados internacionais: o primeiro tratado entre Roma e Cartago inseriu a regra segundo a qual cada uma das partes contraentes prometia, sobre a própria fé – *publica fides*, ou seja, “sobre a fé que liga a coletividade ao respeito das convenções livremente pactuadas” –, a assistência ao cidadão da outra cidade para a proteção dos interesses surgidos dos negócios privados.<sup>240</sup> Por meio deste tratado, os negócios do mercador cartaginês, levados a cabo nas áreas de influência romana, e os do mercador romano, concluídos nas áreas de dominação cartaginesa, saem das esferas das relações ignoradas pelo direito do Estado para entrar naquelas em que a autoridade estatal as torna exigíveis.<sup>241</sup>

A presença da *fides* nessas relações intersubjetivas se apresenta, portanto, com uma função um tanto diferente daquel’outra (i.e., entre clientes e patrícios), visto que aqui se apresenta com o propósito de garantia do respeito à palavra dada (*fit quod dicitur*).

Para bem compreender, entretanto, o significado que a conotação da *fides* adquire nessas relações negociais interprivadas (i.e., o sentido de garantia), cumpre referir que os valores conferidos à expressão estavam situados, primitivamente, no campo das relações que o Estado não podia proteger o cidadão, no campo jurisdicional, porque despidas da formalidade que dava ensejo à possibilidade da *actio*.<sup>242</sup>

Durante as fases iniciais do direito romano, havia exclusivamente o *jus civile* – restrito ao

---

<sup>238</sup> “A clientela correspondia a um tipo de estratificação social que pressupunha uma graduação entre o cidadão livre totalmente *sui iuris* e o escravo. Implicava a existência de pessoas adstritas a certos deveres de lealdade e obediência perante outras, em troca de protecção.” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.59).

<sup>239</sup> Essa segunda vertente, i.e., da *fides* promessa vai ganhar uma longa linha de evolução, expandindo-se em vários institutos, dos quais o mais importante para as relações civis consubstanciava-se na promessa enquanto *garantia da palavra dada* SCHULZ, Fritz. **Principios del derecho romano**. Trad. Manuel Abellán Velasco. Madri: Civitas, 1990, p.243-245.

<sup>240</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.113.

<sup>241</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p.114.

cidadão romano – que, por sua vez, introduziu um regime obrigacional extremamente formal, típico de uma sociedade fechada.<sup>243</sup> Assim, as relações que se estabeleciam à margem da forma, encontravam-se destituídas de qualquer coercibilidade.

Com o passar do tempo, deu-se a expansão do território de Roma e surgiu a consequente necessidade de ampliar o comércio e as relações entre cidadãos romanos e estrangeiros. Difundiram-se, com isto, os contratos consensuais – entre os quais compra e venda, locação e sociedade – que não tinham a sua validade fundamentada na observância a uma fórmula.

A difusão desses contratos consensuais e da própria informalidade conduz a que, nesse passo, a *fides* já não mais se coloque como nas relações de clientela e nos contratos formais (*fit quod decitur*), mas como uma *fides* não formal. Agrega-se, a partir de então, o qualificativo *bona*, transformando-se definitivamente em *fides bona*, por meio da qual se constringe aquele que fez a promessa a manter a sua palavra, não segundo a letra, mas segundo o espírito do negócio; ou seja, não tendo em vista o texto da fórmula promissória, mas o próprio organismo contratual posto em si mesmo.

Tem-se, com isso, a consagração da denominada *fides bona*, no direito romano. Servia ela à compreensão da fé da palavra dada, hábil a vincular o romano e impeli-lo a respeitar as convenções pactuadas livremente.<sup>244</sup> Portanto, embora se possa dizer que a *fides* estava presente em toda relação contratual, sua força era necessária, em especial, para fundamentar a obrigatoriedade dos contratos ditos consensuais.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> Também denominado de direito antigo ou arcaico, compreende o período entre a criação da cidade de Roma até o início das guerras púnicas, no século III a.C. A sociedade romana de então era simples e rústica. Predomínio do jus civile – resultante da criação jurisprudencial dos pontífices, com base em regras decompostas dos costumes dos antepassados e dirigidas exclusivamente dos cidadãos romanos. A economia era rústica e agrária. A propriedade era dividida pelos chefes de família, conforme os interesses da agricultura, base da economia de então. Segundo Thomas Marky, o direito antigo era extremamente formalista, dando mais importância à forma do que ao conteúdo. “Por isso, os atos jurídicos do direito quiritário (ius civile) exigiam formalidades complicadas, de cuja observância dependia a validade do ato e o seu consequente efeito jurídico.” (MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.47).

<sup>244</sup> SCHULZ, Fritz. *Principios del derecho romano*. Trad. Manuel Abellán Velasco. Madri: Civitas, 1990, p.247-248.

<sup>245</sup> Judith Martins-Costa, a respeito pontua que “a razão da *fides bona* nascer e se desenvolver neste específico campo precisa ser melhor explicitada. Parece ser, com efeito, um paradoxo o fato de, nos negócios mais relevantes do ponto de vista da prática cotidiana, como a compra e venda, a locação e o contrato de sociedade, e também o mandato, ser o direito romano marcado por traço polarmente oposto ao seu essencial formalismo. A experiência romana antiga define-se essencialmente pelo formalismo porque é ainda ‘primitiva’, isto é, fundada no mundo mágico ou semimágico da forma. Como justificar o ingresso, neste mundo, de tão relevante grupo de negócios despidos do formalismo?” Mais adiante, a autora aponta que a resposta não será encontrada em Roma, mas na rica experiência jurídica mercantil do mediterrâneo. Assim, “no contexto das relações negociais entre os privados, fundamentalmente as relações mercantis, a *fides* atuava como o ‘elemento catalisador’ do conteúdo econômico dos contratos, porque, funcionalmente, constringe as partes a ter claro e presente qual o conteúdo concreto dos interesses que se encontram no ajuste, clarificação essa necessária para ‘vincular os contraentes ao leal adimplemento das obrigações assumidas’: tanto mais intensa é a necessidade privada de constrição quanto

Os contratos consensuais eram, por sua origem remota, integrantes do *jus gentium*, só ingressando no ordenamento jurídico romano quando os negócios realizados por estrangeiros passaram a ter a tutela especial (*praetor peregrinos*), ou seja, passaram a ser reconhecidos por Roma, independentemente da existência de um tratado que lhes assegurasse proteção (como exemplificativamente o Tratado Roma-Cartago). Incrementa-se, assim, o *jus gentium* – aplicável indistintamente aos romanos e estrangeiros.<sup>246</sup>

Portanto, apenas no período clássico o direito pretoriano veio tutelar os interesses dos sujeitos envolvidos nesses contratos consensuais, por meio da criação dos *bonae fidei iudicia*.<sup>247</sup> Segundo assevera Judith Martins-Costa, “transmuda-se a *fides bona* nas relações negociais privadas romanas para a atuação como *tópico* e como *expediente técnico-jurídico de uso da jurisdição*, direcionando os contraentes a uma dupla atuação. Este expediente técnico é constituído por um tipo especialíssimo de procedimento, o *bonae fidei iudicia*.”<sup>248</sup>

Para compreender bem o funcionamento dos *bonae fidei iudicia* é necessário recordar que a jurisdição no direito privado romano da época clássica não se fundava no reconhecimento abstrato de situações subjetivas, mas na atribuição concreta de ações, desenvolvida a partir do comparecimento do demandante perante o pretor, para o qual narrava o seu caso.<sup>249</sup>

Daí segue-se ainda uma característica essencial do direito romano clássico: a tipicidade (ou formalidade) de toda reclamação judicial: “todo direito estava concentrado em ações com fórmulas típicas, as quais eram indicadas aos interessados pelos jurisconsultos e concedidas ou não pelo pretor”.<sup>250</sup> Cada fórmula consistia numa ordem imperativa, dirigida pelo pretor ao juiz, na qual, em termos solenes, o primeiro indicava ao segundo a questão a ser resolvida e concedia-lhe o poder de condenar ou absolver, conforme os fatos fossem apurados.

É justamente nesse ponto que se relacionam os *bonae fidei iudicia*: consistentes em procedimentos perante o juiz por meio dos quais o demandante apresentava a sua fórmula

---

menor a força do Estado para constringir externamente os contraentes ao cumprimento das obrigações assumidas.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.115).

<sup>246</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p.113-114.

<sup>247</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.90-105.

<sup>248</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, 1999, p.117.

<sup>249</sup> “O eixo KUNKEL/MAGDELAIN defende, se bem se entende, a criação pretoriana dos *b.f. iudicia* através dos meios honorários típicos e, em especial, a de *actiones in factum conceptae*. Simplesmente o pretor teria aproveitado realidades já juridificadas pela própria *fides in si*. [...] Posteriormente, a novidade *fidei bonae* foi recebida no *ius civile*. E isso com tanta mais facilidade quanto é certo que a rígida separação entre o *ius civile/ius honorarium* foi tornada firme pelo trabalho dos jurisprudentes, concretizado a pouco e pouco, mas em período ulterior”. (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op. cit.*, 2007, p.94).

<sup>250</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.* 1999, p.118-119.



especial que, embora não pudesse demonstrar sua *intentio* com base na *lex*, fundava-a na *fides*, ordenando então o pretor que o juiz sentenciasse conforme os ditames da boa fé.<sup>251</sup>

Assim, por meio da *bonae fidei iudicium*, os interesses dos contratantes eram tutelados no direito pretoriano, atuando ela como expediente técnico-jurídico de uso da jurisdição, com base no qual se conferia ao magistrado um especial mandato para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas.<sup>252</sup>

A boa-fé, até então, configurava-se como um expediente técnico preciso, que possibilitava ao magistrado decidir os casos levando em consideração não só a ocorrência do fato principal apresentado pela parte, como também outros fatos ligados ao litígio. Boa-fé em sentido objetivo, pois, expurgada de qualquer conotação moral.<sup>253</sup>

Com o passar do tempo, em especial no período pós-clássico, a boa-fé começa a expressar princípios gerais, perdendo paulatinamente sua feição objetiva, a ponto de, no final da era romana, a *intenção* ou o *estado de ignorância* passar a fazer parte da sua concepção, especialmente para solução de conflitos envolvendo direitos reais. No instituto da *usucapio*, por exemplo, a *bona fides* designa um dos requisitos, qual seja o estado de ignorância por parte do possuidor, do vício ocorrido no negócio transmissivo do direito real a ser constituído pela usucapião.<sup>254-255</sup>

Nessa fase final do direito romano, a boa fé já não mais projetava quaisquer normas jurídicas, constituindo-se apenas em um elemento fático extrajurídico.<sup>256</sup>

---

<sup>251</sup> SCHULZ, Fritz. *Principios del derecho romano*. Trad. Manuel Abellán Velasco. Madri: Civitas, 1990, p.247-248 e 267-269; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.120;

<sup>252</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, 1999, p.122.

<sup>253</sup> "Face estes resultados, pode valorar-se a afirmação corrente de que a *fide bona* teria revestido, no período clássico, a natureza de norma jurídica objectiva de comportamento honesto e correcto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfico." (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.105).

<sup>254</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.106-127; MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p.123.

<sup>255</sup> Ao referir-se à *usucapio*, José Carlos Moreira Alves atribui à *bona fides* tal concepção desde o período clássico. Segundo o referido autor, a *bona fides* (também denominada simplesmente de *fides*) é um conceito ético acolhido sem qualquer modificação pelo direito e constitui-se na "crença do possuidor, ao entrar na posse da coisa, de que não está ferindo direito alheio. Em geral a boa-fé se baseia num erro – o de que quem está transferindo a coisa é seu proprietário – que não precisa ser escusável. [...] A boa-fé se presume, cabendo à parte contrária demonstrar a sua inexistência." (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 10.ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.313).

<sup>256</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.107.

### 2.1.1.2 A boa-fé no direito canônico

O direito canônico cuida da boa-fé em dois setores: na prescrição, vale dizer na matéria relativa à usucapião; e na legitimação dos *nuda pacta*, ou seja, no que diz respeito aos contratos consensuais. Observe-se que estes dois campos, no direito romano, sofreram forte influência da *bona fides*. Porém, no direito canônico, com forte projeção no direito medieval, a boa-fé tomará sentido diverso – por vezes, opostos – do que foi utilizado pelos romanos.

Em se tratando de proteção possessória, o direito canônico adota uma concepção de boa-fé como denotativa de estado de ignorância acerca da litigiosidade a respeito da coisa, o que, aliás, não era totalmente estranho aos romanos. Contudo, o direito canônico agrega um poderoso significado à boa-fé: ela passa a ser vista como “ausência de pecado”, ou seja, como estado contraposto à má-fé.<sup>257</sup>

No que diz respeito à legitimação dos *nuda pacta*, o direito canônico confere um sentido à boa-fé que, verdadeiramente, subverte a compreensão do velho adágio formulado por Ulpiano, segundo o qual *ex nudo pacto actio non nascitur* – “de um mero pacto não podia nascer ação, porque mera vontade não seria suficiente para fazer nascer acordos dotados de vinculabilidade e proteção jurídica – era necessário a forma”.<sup>258</sup>

Com efeito, o direito canônico se apropria do conceito de *fides bona* para o fim de legitimar as denominadas *nuda pacta*, tidas assim como espécies de acordos meramente consensuais e que, segundo concepção romana clássica, não obrigavam. Sem uma consistência necessariamente jurídica, a boa-fé passa, nesse contexto, a ser traduzida como ausência de pecado, adquirindo uma feição ética em uma escala que a aproxima da lei divina.

A Igreja atribuía valor moral à promessa, ou ao consentimento, porque a mentira é um pecado, catalogando-os ao lado dos pecados da língua. A ideia passa a ser: quem promete deve cumprir a palavra dada, pois caso contrário incorreria em pecado.<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.129; MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.148 e 153.

<sup>258</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p.129.

<sup>259</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p.129. Menezes Cordeiro, a esse respeito, afirma que “no Direito romano, a boa-fé apareceria com um conceito e um alcance substancialmente diferentes, consoante aplicada às obrigações ou à posse: nas primeiras, opondo-se a *fraus* e *dolus*, traduziria as ideias de honestidade, fidelidade e conscienciosidade; na segunda, contracenando com a má-fé, expressaria, apenas, uma ignorância justificada. No Direito canônico, pelo contrário, teria ocorrido uma velha aspiração dos estudiosos da boa-fé: a sua unificação conceitual. Na linha de valores próprios do Direito da Igreja, a boa fé dependeria sempre da consideração do pecado: da *prescriptio*, a *mala fides superveniens*, traduzindo uma situação de *scientia* na constância do direito

### 2.1.1.3 A boa-fé no direito alemão

É, entretanto, no direito alemão medieval que floresce a formulação da boa-fé objetiva, que perduraria até a codificação de 1900 e, posteriormente, migraria para outras codificações de tradição romana.

Menezes Cordeiro ensina que a fórmula binária *Treu und Glauben*, que acabou sendo incorporada ao texto do § 157 do BGB, em linguagem atual, quer dizer, respectivamente, as noções de *lealdade* e *crença* (confiança) que devem presidir as relações, especialmente as obrigações. Ambas as expressões reportam-se a estados ou comportamentos humanos objetivados.<sup>260</sup>

Segundo, ainda, Menezes Cordeiro, as ideias apenas podem ser compreendidas à luz dos juramentos de honra medievais<sup>261</sup>, o que remete, por via de consequência, às tradições cavaleirescas. Os ideais cavaleirescos contidos no juramento de honra afirmam-se, no direito, como uma questão ética: “a garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada, garantia esta, contudo, não vinculada a uma perspectiva subjetivista – o olhar sobre a pessoa do garante -, mas uma perspectiva objetiva, ligada à confiança geral, estabelecida a nível de comportamento coletivo, uma vez que a atitude cortês sempre implica numa reciprocidade de deveres”.<sup>262</sup>

Naquela conjuntura, a boa-fé assumia uma feição de comportamento social, indispensável ao estabelecimento da confiança geral, induzida ao alter ou à coletividade pelo comportamento do que jura por honra.

Em conclusão, percebe-se que o direito germânico propôs significado diverso daqueles incorporados à *bona fides* clássica. Esta dicotomia gerou reflexos nos conceitos que seriam depois incorporados nos sistemas jurídicos: de um lado, os que se espelharam na experiência do direito francês – com enfoque diverso, pois que fundado essencialmente no direito romano e canônico; do outro lado, aqueles que sofreriam influência do direito germânico.

---

alheio, *corporizaria* um favor de *conscientia*, obstáculo ao seu funcionamento. [...] Nos *nuda pacta*, a ideia de pecado teria sido, também, decisiva: o respeito pela palavra dada impõe-se, sob pena de violação dos valores transcendentais.” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.153-154).

<sup>260</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op. cit.*, 2007, p.166-167.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p.170.

<sup>262</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.125-126.

A compreensão dessa divisão é fundamental para que se perceba como vem sendo recebida a boa-fé, no direito brasileiro atual. Isto porque, sob o ponto de vista cultural, foi significativamente forte a influência da concepção francesa – de acordo com a qual a boa-fé nada mais traduzira que uma fórmula de reforço à vinculação que decorre do pacto -, o que explica a pouca importância que vinha sendo dada pela doutrina à matéria.

Esse quadro de referência, entretanto, alterou-se significativamente nas últimas décadas, ampliando-se as discussões a respeito da boa-fé na doutrina brasileira, focada não apenas no estudo das relações obrigacionais, mas, também, em outros setores do direito, como nas relações entre o administrado e o Poder Público e até mesmo entre os sujeitos da relação processual.<sup>263</sup>

---

<sup>263</sup> Nas relações obrigacionais, conferir: COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.33-58; COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushastky, 1976; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Tomo II. v.V. Rio de Janeiro: Forense, 2003; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999; COSTA, Judith-Martins. O direito privado como um 'sistema em construção'. **Revista de informação legislativa**, v.35, n.139, p. 5-22, jul./set. de 1998. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/383>> Acesso em: 29 jan. 2013; NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005; BRAGA, Paula Sarno. **A aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008; FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002; e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito administrativo, conferir: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e a sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2002, p.127-161; GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa fé da administração pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.223-242; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Incentivo fiscal. Impossibilidade de ato administrativo fraudar-lhe o sentido e sobrepor-se à supremacia da lei. Princípios da lealdade e boa-fé. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n.57, p.185-194; FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.87-90; MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p.119. A respeito da aplicação do princípio da boa-fé objetiva na relação processual, conferir: DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do “duty to mitigate the loss” no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, 2009, n.171, p.39-45; DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.79-93; CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, 2005, n.126, p.76-79; CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. O controle da boa fé contratual por meio dos recursos de estrito direito. In: WAMBIER, Teresa e NERY JR., Nelson (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnações de decisões judiciais**. v.07. São Paulo: RT, 2003, p.53-109; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista de Direito Processual Civil**. v.1, n.1, jan./abr. de 1996, Curitiba: Gênese, 1996, p.30; PRETEL, Marina Pretel e. **A boa fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Frabis, 2009, p.69. Entre muitos outros.

## 2.1.2 O jusracionalismo e a concepção de boa-fé nos códigos oitocentistas

### 2.1.2.1 A codificação como critério de racionalização do direito

O jusracionalismo foi uma corrente ideológica adotada pelo humanismo, que tratou de reconfigurar os princípios do direito natural, conhecidos dos ocidentais desde Aristóteles, para o fim de tomá-los como essenciais ao homem e à sociedade, mediando-os pelos critérios da razão, que teria a força, só por si, de transformar o mundo.<sup>264</sup>

Esta corrente de pensamento se quis fazer moderna. Assim, no âmbito do direito público, lançou as bases do caráter ideológico da teoria constitucional da política e dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, investindo fortemente na crítica às relações dos particulares e dos corpos políticos (ordens, igreja e corporações) com o Estado (i.e., com o soberano), preparando, com isto, o caminho para a formulação de teses que foram fundamentais à Revolução Francesa.<sup>265</sup>

No âmbito do direito privado, o jusracionalismo intentou expurgar do ordenamento positivo as normas – trazidas do passado – que estivessem em desacordo com os princípios superiores da razão, construindo, assim, os caminhos para uma construção sistemática autônoma, ou seja, independentemente de outros critérios, circunstâncias ou valores que os contidos dentro do próprio sistema.

O jusracionalismo concebia, então, um sistema fechado de verdades, sendo esta a razão que o

---

<sup>264</sup> “A ideia de um direito baseado na natureza humana é muito antiga e aparece sob duas formas. Na Grécia antiga, o direito natural era o corpo de normas ideais não-escritas, opostas aos estatutos reais e imperfeitos da vida cotidiana. Em Roma, o direito positivo era apresentado como uma distorção de uma ordem natural primitiva: [...] Para os romanos, o direito natural correspondia à lei da natureza. [...] Na Idade Média cristã o direito natural tinha conotações religiosas e estava identificado a uma lei divina distinta das leis humanas, as quais aquelas leis não podiam transgredir. [...] Desse modo, formou-se na era moderna uma nova concepção do direito natural. Ainda fazia referência à natureza do homem e da sociedade, mas diferia das concepções anteriores em vários aspectos. Rejeitava a concepção do direito natural como um ideal de justiça. [...] Pelo contrário, concebia o direito natural como um corpo de princípios básicos dos quais o direito positivo deveria ser diretamente derivado: era um direito natural aplicado. [...] Os autores dessa escola procuravam princípios evidentes e axiomáticos, dos quais pudessem deduzir todos os outros more geométrico. O nome “direito da razão” (*Vernunftrecht*) é, portanto, mais adequado do que “direito natural”, que possui outras conotações. [...] Descobriu-o na noção indispensável de direito natural: certas normas básicas tinham de ser necessariamente aceitas por todos os homens e Estados civilizados, pois elas correspondiam aos princípios da natureza humana e constituíam, portanto, a base comum partilhada por todos os homens.” (CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.164-65)

<sup>265</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Trad. portuguesa por Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gubenkian, 2004, p.308-309.

levou a definir o direito como um sistema que partisse de regras ou princípios gerais, que, contrapostos ao direito vigente – costumes ou o direito romano –, apenas o validariam se restasse evidenciada a sua conformidade com o direito natural. Os postulados do direito natural, por sua vez, constituíam a própria essência do direito.<sup>266</sup>

O jusracionalismo trabalha com a ideia de conceitos jurídicos gerais - que, mais tarde, entrarão nos códigos - e se funda numa racionalidade dedutiva, através da aplicação do método cartesiano ao direito, para chegar-se à ideia de sistema jurídico.<sup>267</sup> A racionalidade do sistema é a racionalidade das matemáticas e nisto estava o traço da sua originalidade metodológica: a forma como capta os problemas do direito e como solve aqueles de mais difícil solução dá o ar de moderno. Ao contrário da opinião tradicional e corrente até então – segundo a qual as soluções para as questões dúbias deveriam ser buscadas na prática –, entende haver, para cada questão dúbia, uma única solução verdadeira, a qual poderia e deveria ser demonstrada.<sup>268</sup>

Por seu turno, a ideia de sistema está diretamente ligada à de codificação, na medida em que se compreenda esta como um fenômeno que decorre do agrupamento de normas jurídicas de mesma natureza em um corpo unitário e homogêneo, tendo-se como causa principal “a necessidade de unificar a legislação vigente em determinada matéria, simplificando o direito e

---

<sup>266</sup> “O mais importante contributo do jusracionalismo para o direito privado é, contudo, o seu sistema. A jurisprudência europeia fora, até aqui, uma ciência da exegese e do comentário de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projecto sistemático do humanismo. Para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos.” (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Trad. portuguesa por Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gubenkian, 2004, p.309-310).

<sup>267</sup> “O método do direito natural do século XVIII caracterizava-se pela dedução exata e precisa de axiomas estabelecidos, exatamente como na matemática. A abordagem era nitidamente inspirada pelo Discours de la méthode de Descartes (1637), pela *Philosophiae naturalis principia mathematica* de Newton (1687) e pela Ethica more geométrico demonstrada de Spinoza (publicada postumamente em 1677). De acordo com as ativas concepções, o homem e a sociedade faziam parte de um universo inteligível governado pelas leis da natureza. A ideia de um ser criado à imagem de Deus e colocado acima da natureza estava agora excluída do discurso científico. [...] O método do direito natural foi o de deduzir normas concretas do direito positivo de conceitos gerais e axiomas. Essa abordagem sistemática (*Begriffjurisprudenz*) exerce influência até hoje. Substituiu o antigo método, cuja principal tarefa tinha sido a exegese de textos individuais do *Corpus Iuris* para harmonizá-los. O método moderno, deliberadamente mais abstrato, seguia o método das ciências exatas, pois o objetivo dos juristas era ode formar uma ciência universal baseada em proposições demonstráveis. Ainda hoje esse objetivo representa um obstáculo insuperável para todas as tentativas de reconciliar o pensamento jurídico inglês e o continental.” (CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.178 e 196).

<sup>268</sup> Judith Martins Costa, a respeito desse novo perfil metodológico aplicado ao direito natural, afirma que: “este se quer constituído através da precisão matemática, vale dizer, ‘científica’, das suas premissas, através de formulações cada vez mais gerais, passíveis de redução a verdades intangíveis. O objetivo, por certo, não é reduzir todo o conhecimento filosófico ao conhecimento matemático, mas sim definir a ordem da razão – aquilo que estrutura o sistema – ao modo das ciências matemáticas: analogia more geométrico, portanto.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.143).

facilitando o seu conhecimento, dando-lhe maior certeza e estabilidade”.<sup>269-270</sup>

Em verdade, a ideia de codificação já era conhecida antes da Revolução. O que muda é a concepção do termo, que passou a traduzir, desde os primeiros anos do século XIX, um peculiar tipo de norma, aquela postulada pelo jusracionalismo: “lei autofundante, lei estatuinte do ordenamento, norma com caráter legislativo que pode fundar toda a extensão de uma determinada matéria jurídica.”<sup>271</sup>

O código é um instrumento que pressupõe, como condições de sua própria efetivação, a ab-rogação de todo o direito precedente, a formulação sistematizada das leis tendentes a impedir antinomias e a pretensão de autossuficiência. Nada, pois, liga o *Code* – e todas as codificações que lhe seguiram – às antigas codificações, que, na maior parte, constituem recompilações assistemáticas de direito antigo, destituídas de ordem e unidade, abrigando, muitas vezes, incongruências internas.<sup>272-273</sup>

A codificação apresentou como grande discurso a seu favor a vantagem de simplificar o sistema, facilitando o conhecimento e a aplicação do direito e permitindo a elaboração de princípios gerais do ordenamento. Como desvantagem, entretanto, aponta-se o formalismo excessivo e o inconveniente de impedir o desenvolvimento do direito – produto que é da vida em sociedade e, portanto, impossível de ser aprisionado em estruturas formais e abstratas –,

---

<sup>269</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p.122.

<sup>270</sup> A respeito da apropriação dos ideais iluministas pelos cultores da legislação codificada, Caenegem afirma que: “a legislação e os códigos nacionais, em particular, foram os meios de colocar as concepções do direito nacional em prática. [...] Os reformadores modernos contavam com a legislação para realizar seus objetivos políticos e eram hostis às fontes rivais de direito, tais como o costume e a jurisprudência. [...] Os juízes, acreditavam eles, não deveriam competir com o legislador e não deveriam aplicar estatutos de maneira restritiva, sob o pretexto de respeitar princípios fundamentais não-escritos. O papel do juiz era deliberadamente limitado a agir como a “voz do direito”. De outro modo, todos os esforços de codificação teriam sido em vão; e o objetivo da certeza jurídica teria sido prejudicado por juízes que tomassem decisões de acordo com suas convicções pessoais.” [...] E, mais adiante, assevera que: “as codificações nacionais têm seu lugar na evolução geral do direito a partir da Idade Média: a autoridade universal do papa e do imperador agora era substituída pela soberania dos Estados nacionais que, grandes ou pequenos, consolidaram sua ordem jurídica em códigos nacionais. Países cuja unidade política foi consolidada mais tarde foram também os últimos a adquirir seus códigos nacionais. A Itália adquiriu seu Codice civile apenas em 1865, e a Alemanha seu BGB em 1900. Os governos nacionais esperavam que os códigos nacionais pudessem proporcionar-lhes um controle firme sobre o desenvolvimento jurídico, que sempre tinha sido obscuro e esquivo, mas que agora as autoridades centrais tinham condições de controlar. A nova ordem jurídica significou o fim de diversas fontes de direito, assim como de várias jurisdições. [...] O direito dessas codificações modernas provou ser perfeitamente adaptado às necessidades da economia capitalista de classe média do século XIX.” (CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.170-171 e 175-178).

<sup>271</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.176.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p.176-177.

<sup>273</sup> Sobre conceito de codificação, ver também FERRAR JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.238.

com o conseqüente fechamento do sistema.<sup>274-275</sup>

Com efeito, a Revolução trouxe o código e, com ele, o mito da lei, que passaria a ser a fonte suprema, quase exclusiva, do direito. A lei, contida em um código, que se justifica por si mesma, que é adverso a qualquer outra ordem de valoração, salvo o da legalidade, constitui, indubitavelmente, um sistema fechado. Apesar das diferenças dos modelos, a Escola de Exegese, a pandectística e o formalismo positivista, ligadas pelo mesmo paradigma da codificação, formarão um sistema fechado.<sup>276</sup>

Daí porque parece adequado falar um pouco da boa-fé nos dois grandes e paradigmáticos sistemas codificados surgidos no século XIX: o Código de Napoleão e o BGB, porque ambos representam a mais completa tradução do sistema fechado, além do que, cada qual, ao seu modo específico, exerceu influência sobre o movimento que resultou na edição da primeira codificação brasileira.

#### 2.1.2.2 A boa-fé no *Code Napoléon* e no *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

O Código de Napoleão de 1804 se refere à boa-fé no seu art. 1.134 – *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi*<sup>277</sup> –, anunciando o que atualmente compreende-se por boa-fé objetiva.

Apesar do encantamento gerado pelo advento do Código de Napoleão, a verdade é que a referência expressa à boa-fé não logrou, no direito francês, desenvolver-se. Isto porque, o

---

<sup>274</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.122-123.

<sup>275</sup> Para Caenegem: “Um balanço dos sucessos e fracassos do direito racional pode ser útil. Alguns de seus objetivos básicos foram alcançados. Teve um efeito libertador, já que conduziu ao abandono do sistema coercitivo da auctoritas dos textos antigos. [...] Agora a ratio se tornara o princípio orientador. A antiguidade de uma norma jurídica não era mais considerada uma garantia de superioridade. [...] A primazia do estatuto (especialmente o estatuto codificado) tornara-se aceita. O resultado, no entanto, era muito menos radical do que os defensores do estatuto como fonte única do direito tinham imaginado (algo ingenuamente), e a tentativa de impedir que os juristas escrevessem comentários doutrinários foi tão inútil quanto a esperança de prever todos os casos nos códigos. Todavia a prioridade do estatuto sobre todas as outras fontes de direito trouxe consigo uma simplificação marcante: daí em diante, o conhecimento e a aplicação do direito se tomaram incontestavelmente mais claros e mais seguros.” (CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.194-195).

<sup>276</sup> “Inobstante a diferença dos modelos, a Escola da Exegese, a pandectística e o formalismo positivista, no século XIX, plasmarão aí o sistema fechado, cujo axioma de base será constituído pela validade dos enunciados normativos promulgados pela autoridade histórica ou estatal e cujo programa inclui uma dupla pretensão – a da exclusividade das normas promanadas por tais fontes e a da plenitude lógica de seus conteúdos, arrumados em um específico corpus, o Código.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.179).

<sup>277</sup> Em tradução livre: “As convenções legalmente celebradas tomam o lugar da lei para aqueles que a fizeram. Elas devem ser realizadas de boa-fé.”



rigor lógico do método de exegese coartava as possibilidades interpretativas do magistrado, bitolando a ciência do direito a um diálogo com o texto.<sup>278</sup>

O apelo a um direito “válido em absoluto”, traço este indelével da análise jusracionalista, marca o tratamento que foi conferido à boa fé por Hugo Grotius, Puffendorf e, mais tarde, por Domat e Pothier – fundadores do primeiro código moderno, o Code Napoléon. Assim, embora com alguma nuance entre eles, a concepção de boa-fé vai sendo, aos poucos, diluída, a ponto de tornar-se um ineficaz *princípio geral*, esvaziado de qualquer conteúdo prático.<sup>279</sup>

Em Domat, a boa-fé é equiparada à equidade. Em Pothier, além do esvaziamento do instituto, há uma completa subjetivação da boa-fé, pois que passa a ser compreendida como matéria de foro íntimo. A boa-fé é afirmada como consequência do “amor ao próximo”, como regra moral, como ausência de pecado – tal como fora concebida no direito canônico, sendo assim forte a influência deste em Pothier – apresentava-se separada das regras jurídicas, sendo dotada, portanto, de frágil conteúdo e ineficácia na ordem prática. Ela era havida “como mera fórmula de reforço ao princípio supremo do *Code* em matéria contratual, qual seja o da obrigatoriedade do pactuado”.<sup>280</sup>

Ademais disso, o *princípio da boa-fé* estava inteiramente absorvido pela atuação hegemônica do dogma da autonomia da vontade. Como acentuado por Nelson Rosenvald, era evidente “o fascínio dos cultores do direito pela primeira parte do art. 1.134 – ‘as convenções legalmente formadas têm lugar de lei entre as partes’ (alínea a) –, com o desprezo pela parte final do dispositivo (alínea c), que fazia alusão à boa-fé.”<sup>281</sup>

Assim, pelo menos no direito francês, a junção entre a redutibilidade positivista e o anseio da classe dominante pela liberdade ampla para contratar, adiou a abertura das potencialidades conferidas pela cláusula geral da boa-fé objetiva, o que apenas ocorreu no direito alemão.

No direito alemão, como já mencionado, a concepção de boa-fé é formulada na Idade Média e perdura até a edição do Código Civil alemão, em 1900. O § 242 do BGB traz uma regra, aplicável aos contratos, por meio da qual o devedor fica adstrito a realizar a prestação tal como exige a boa-fé e em consideração aos costumes do tráfico.

Entretanto, há de se levar em conta que o pandectismo alemão concebeu o BGB em

---

<sup>278</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.77.

<sup>279</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.155-156.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p.200-201.

<sup>281</sup> ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2005, p.77.

consideração a um sistema fechado, em razão do que o citado dispositivo não foi formulado com a intenção de proceder a uma reconstrução do direito obrigacional – pelo menos num primeiro momento. Com efeito, conforme assevera Clóvis do Couto e Silva, jamais se imaginou em conceder ao juiz a função instrumental de criar o direito mediante poderes extraordinários, reduzindo-se os rigores da aplicação do direito escrito. O § 242 apenas servia como reforço material aos contratos, conforme o § 157, que se referia à tradicional regra da interpretação dos negócios jurídicos, segundo a boa-fé e os costumes do tráfico.<sup>282</sup>

Em verdade, foi por obra extraordinária da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência alemã, nos anos que se seguiram ao final da Primeira Guerra Mundial, que o princípio da boa-fé se alforria da concepção axiomática originária (simples princípio geral), passando a ser preenchido e sistematizado pela atuação criadora dos tribunais, traduzido em juízos de valor e fonte autônoma de obrigações.

Menezes Cordeiro traz lição segundo a qual a evolução da boa-fé consagrada pelo BGB teria se operado em três fases:

a) até a primeira guerra mundial, ter-se-ia em curso a fase concepcional, na qual se buscou o fundamento, o âmbito e a bitola da sua atuação na relação obrigacional. Nesta fase o embate se deu, basicamente, entre duas correntes. De um lado, os que viam o fundamento da lacunosidade das determinações de prestar (seja pela inexistência de previsão contratual ou legal), o âmbito de atuação seria medido pela existência e dimensão das lacunas e a bitola da atuação seria dada pela vontade presumida das partes. De outro lado, sagrando-se a corrente vitoriosa, a daqueles que viam o fundamento da atuação da boa-fé na valoração objetiva, inerente à própria sociedade, o âmbito de atuação estender-se-ia a todo o ordenamento, apresentando-se não apenas em casos de lacunas, mas como critério para correção de injustiças apresentadas pelas regulações existentes;

b) no período compreendido entre o pós-guerra até o final dos anos 30, ter-se-ia desenvolvido a fase do preenchimento quantitativo do conceito antes firmado e dado início as primeiras tentativas de sistematização da matéria; e

c) a terceira fase, ainda em curso, prossegue-se nessa sistematização, “com ordenação de âmbitos de regulação do § 242 e com novas codificações do seu conteúdo”. É partir de então que se vê o profícuo desenvolvimento da sistematização por meio da criação de institutos

---

<sup>282</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.36.

típicos de soluções de problemas com base na atuação da boa-fé objetiva, tais como a sua incidência na formação, no cumprimento e depois do cumprimento da obrigação, os deveres acessórios, o abuso de direito, o *venire contra factum proprium*, a mudança objetiva das bases do negócio etc.<sup>283</sup>

## 2.2 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ: UM SISTEMA EM CONSTRUÇÃO

O Estudo sobre as cláusulas gerais é essencialmente cambiante e complexo.<sup>284</sup> Assume o caráter cambiante por tratar-se de um conceito “multissignificativo.”<sup>285</sup> Torna-se complexo porque, por detrás desses múltiplos significados, há uma longa lista de problemas essenciais relacionados à teoria do direito e à dogmática jurídica, cuja discussão não se adéqua aos

---

<sup>283</sup> A respeito da primeira fase, “procurou-se responder-se a três questões postas pela boa fé: a do fundamento na actuação sobre a relação obrigacional, com recurso ao § 242 BGB, a do âmbito dessa actuação – até onde podem ser obtidas novas proposições jurídicas – e a da bitola da actuação em causa – como se legitima essa novas proposições jurídicas. As respostas agrupar-se-iam em torno de duas posições extremas. A primeira vê o fundamento da actuação sobre a obrigação, com base na boa-fé, na lacunosidade das determinações sobre o dever de prestar, por falta de regulação estabelecida pelas partes e por carências de disposições legais adequadas; o âmbito de actuação mede-se, em consequência, pela existência e extensão das lacunas; a bitola, por fim, residiria na vontade das partes, individualizada ou presumida de acordo com a actuação do cidadão ordenado e normal. Esta posição teria a vantagem de salvaguardar a autonomia privada e de limitar a um mínimo a discricionariedade judicial. Não obstante, segundo J. SCHIMIDT, ela esconderia, sem resolver, os problemas. As relações obrigacionais legais legitimam-se através de valorações sociais e não da autonomia privada; a própria integração negocial, com recurso à vontade das partes acaba, afinal, por se refugiar no lugar normativo do homem razoável. [...] A segunda posição extrema toma por bitola uma valoração objectiva, própria da sociedade; o âmbito de incidência da boa-fé estender-se-ia a toda a regulação, havendo não apenas uma função integrativa, em caso de lacuna, mas ainda na injustiça apresentada pelas regulações existentes. Esta orientação teria a vantagem de se ordenar melhor com a formação dos preceitos sobre a boa-fé no BGB e permitiria uma aplicação unitária, que nos casos de actuação sobre relações obrigacionais legais, quer sobre relações negociais. Como desvantagem alargaria desmesuradamente as portas da limitação à autonomia privada. [...] J. SCHIMIDT considera decisivo para a evolução posterior o facto de, desde cedo, na doutrina, ter dominado a segunda posição”. A respeito da segunda fase, seria ela dominado por dois fenómenos: “pelo enorme alargamento do âmbito da aplicação, levado a cabo pela jurisprudência e pelas tentativas de travar essa aplicação, levadas a cabo pela doutrina, primeiro com recurso a institutos velhos – *exceptio doli generalis*, *clausula rebus sic stantibus* – e depois com uma dogmatização nova, fonte de formações juscientíficas diferentes. A partir daí, a doutrina esforça-se por estabelecer institutos típicos de soluções *bonae fidei*, ordenando-os e interconectando-os. Data de então a sistemática interna da boa-fé, ainda hoje aplicada: efeitos da boa-fé na relação obrigacional, i.e., boa fé na formação, no cumprimento e depois da extinção das obrigações, deveres acessórios e limites, pela boa-fé, do direito do credor e da vinculação do devedor; exercício inadmissível de posições jurídicas, i.e., abuso dos direitos, *venire contra factum proprium*, recurso doloso ao próprio ilícito contratual, falta de base do negócio, inalegabilidade de nulidades formais, *dolo facti qui petit quod redditurus est e suppressio*; influência da modificação das condições existentes sobre a relação obrigacional, i.e., *clausula rebus sic stantibus* e base do negócio; modificações de valor, em especial no poder de compra do dinheiro, i.e., revalorização e desvalorização.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.332-333).

<sup>284</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.273.

<sup>285</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. de J. Batista Machado. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.228.

lindes da presente pesquisa.

Para os fins da dissertação que ora se propõe, importa apenas compreender as questões das cláusulas gerais ligadas à teoria das fontes de produção normativa e à metodologia da ciência do direito.

O objetivo é demonstrar como as cláusulas gerais constituem uma via legislativamente capaz de permitir a entrada, no sistema jurídico, de *standards*<sup>286</sup>, máximas de conduta, arquétipos de comportamentos, das normas e valores constitucionais, diretivas econômicas, sociais e políticas, de modo a viabilizar a (re)sistematização do ordenamento positivo,<sup>287</sup> ou seja, de maneira a que se possa considerá-lo como um sistema em construção.

Antes, porém, é preciso empreender investigação a respeito dos conceitos de sistema e o que se entende por sistema aberto e fechado, assim como, também, compreender o conceito, a estrutura normativa e as funções das cláusulas gerais, subsídios estes indispensáveis para entender o mecanismo de abertura acima referido.

### 2.2.1 Do sistema *more geométrico* à concepção aberta de sistema

Claus-Wilhelm Canaris, ao tempo em que definiu o sistema como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito<sup>288</sup>, identificou a existência de dois modelos distintos e

---

<sup>286</sup> Para a tópica, o *standard* é um argumento utilizado pelo intérprete na aplicação do direito. Trata-se de um modelo (ou arquétipo), um tipo de comportamento aceitável em determinada situação. Os *standards* têm a função de orientação (*Steuerungsfunktion*) na concretização das cláusulas gerais. “Tais *standards* não são, como acertadamente observa STRACHE, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas ‘móveis’, que têm que ser inferidas da conduta reconhecida como ‘tópica’ e que têm que ser permanentemente concretizadas, ao aplicá-las ao caso a julgar.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Trad. de José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1968, p.660-661).

<sup>287</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.274.

<sup>288</sup> Claus-Wilhelm Canaris rebate qualquer tentativa de limitação da concepção de sistema a um conjunto de conexões puramente lógico-formal, pois “um sistema não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material com meios racionais: a recusa da possibilidade de um sistema não lógico-formal equivale, assim, à afirmação de que a lógica formal representa o único meio possível para esse fim. Uma tal restrição no âmbito em que sejam possíveis o pensamento e a argumentação racionais deve justamente ser rejeitada, como inadmissível pelo jurista; porque as dificuldades próprias do pensamento jurídico não se deixam transpor com meios da lógica formal, adviria, daí, uma sentença de morte não só para a jurisprudência como Ciência, mas também, em geral, para cada tentativa de entender a aplicação do Direito como um processo racionalmente conduzido. [...] Por outras palavras: quem negue a possibilidade de um sistema teleológico nega, com isso, igualmente a possibilidade de captar racionalmente a adequação do pensamento teleológico e, com isso, também a possibilidade de exercer racionalmente a jurisprudência, no seu âmbito decisivo; pois o sistema, no sentido aqui entendido [...] não é, por definição, justamente mais do que a captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas.” Mas, como esclarece o próprio CANARIS,

contrapostos, quais sejam, o sistema aberto e o sistema fechado.

A compreensão do que seja abertura do sistema, pela doutrina, assume dois sentidos linguísticos distintos: em um deles, o cerne da distinção está no fato de que, enquanto o sistema aberto se constitui em uma ordem jurídica apoiada na jurisprudência, o sistema fechado se consubstancia em uma ordem dirigida pelo ideal da codificação; em outro sentido a abertura está ligada a ideia de incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do próprio sistema.<sup>289-290</sup>

A mobilidade do sistema, por seu turno, estaria presente nas situações em que não houvesse

---

identificar a característica do sistema como ordem teleológica não é dada a resposta à segunda pergunta essencial, ou seja, acerca dos elementos constitutivos nos quais se tornem perceptíveis a unidade interna e a adequação da ordem jurídica. Segundo o referido autor, trata-se de encontrar “elementos que, na multiplicidade dos valores singulares, tornem claras as conexões interiores, as quais não podem, por isso, ser idênticas à pura soma deles. Nesta ocasião, deve-se recordar de novo a característica principal da ideia da unidade, acima elaborada: a recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos. Mas isso significa que, na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas ‘decisões de conflitos’ e dos valores singulares, antes se devendo avançar até aos valores fundamentais mais profundos, portanto até aos princípios gerais duma ordem jurídica. [...] O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais de direito”. (CANARIS, Claus-Wihelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5.ed. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 2012, p.69-71 e 76-78).

<sup>289</sup> CANARIS, Claus-Wihelm. *Op. cit.*, 2012, p.103-104.

<sup>290</sup> É necessário compreender no que consistem e em que se fundamentam tais modificações, para enfim alcançar-se o sentido de abertura do sistema. Para tal desiderato, Canaris propõe a separação dos dois lados do conceito de sistema: o sistema científico; e o sistema objectivo. No que diz respeito ao primeiro, o jurista deve estar sempre preparado para por à prova o sistema até então elaborado e, se for o caso, alargar ou modificar as suas bases para uma melhor compreensão dos problemas. Neste sentido, diz-se que a abertura do sistema corresponde à incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico. No que diz respeito ao sistema objectivo, obtempera-se que o direito positivo, mesmo quando consista numa ordem jurídica baseada na ideia de codificação é notoriamente suscetível de aperfeiçoamento, o que se dá pela alteração dos valores fundamentais constituintes. Assim, o que hoje são princípios novos e distintos dos que eram existentes há poucas décadas, passam a ter validade e ser constitutivos do sistema. Segundo o citado autor, em resumo, “as modificações do sistema objectivo reportam-se, no essencial, a modificações legislativas, a novas formações consuetudinárias, à concretização de normas carecidas de preenchimento com valorações e à erupção de princípios gerais de Direito extra-legais, que têm o seu fundamento de validade na ideia de Direito e na natureza das coisas. As modificações do sistema científico resultam dos progressos do conhecimento dos valores fundamentais do Direito vigente e traduzem, por outro lado, a execução de modificações do sistema objectivo. As modificações do primeiro seguem, fundamentalmente, as alterações do último; os sistemas objectivo e científico estão também ligados na dialéctica geral entre o Direito objectivo em vigor e a sua aplicação.” (CANARIS, Claus-Wihelm. *Op.cit.*, 2012, p.125-126). A respeito do desenvolvimento do direito para além do plano da lei, conferir Karl Larenz: “Uma lacuna da lei é, como dissemos, um ‘inacabamento contrário ao plano’ da lei. O juiz tem que integrá-la para aplicar a lei adequadamente, o que quer dizer, no sentido do plano subjacente à regulação e no das valorações a ele imanentes. Mas a jurisprudência dos tribunais desenvolveu, igualmente, a ordem jurídica em muitos casos em que não se pode decerto falar de um inacabamento da lei ‘contrário ao plano’. Criou novos institutos jurídicos que não estavam presentes no plano originário da lei e, mais, que lhe eram contrários; seja em atenção a uma necessidade iniludível da ordem jurídica, a um princípio jurídico cujo significado só foi conhecido posteriormente ou a um princípio constitucional. Mesmo se, em regra, ainda pudessem achar-se na lei certos pontos de apoio para um tal ‘desenvolvimento do Direito superador da lei’, ele transcende, na verdade, o âmbito de uma mera integração de lacunas. Tal desenvolvimento já não se orienta somente à ratio legis, à própria teleologia imanente à lei, mas, além disso, a uma ideia jurídica que lhe é transcendente.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 1997, p.588).

formações rígidas de previsões normativas, deixando-se espaços abertos para a ponderação de critérios.<sup>291</sup> É, portanto, nesse espaço que se coloca a questão de se identificar as previsões rígidas e as cláusulas gerais. Tanto mais mobilidade terá o sistema, quanto menos rígidas forem as previsões normativas.<sup>292</sup>

Como já visto em tópico anterior, os códigos oitocentistas eram ordens extremamente rígidas e fechadas, visto que essencialmente pautados no racionalismo e na concepção de direito como um sistema sujeito a um método dogmático e conceitual. O formalismo jurídico se caracterizava pelo exercício de uma atividade lógico-formal de subsunção do fato à norma, restringindo-se assim a aplicação do direito.

Naquele mundo, as leis eram claras, seguras e sistematicamente postas em códigos essencialmente dominados pela pretensão de plenitude da lei, esta tida como o estandarte das

---

<sup>291</sup> É preciso não confundir “mobilidade do sistema” com a sua “abertura”. CANARIS alerta que esta sinonímia tem sido utilizada, tendo em vista que a expressão “mobilidade” também exprime a provisoriade e a modificabilidade do sistema. Recomenda-se, contudo, que se reserve a utilização do termo com o significado que lhe emprestou WILBURG. A concepção de “mobilidade” fica mais clara a partir da análise de um dos exemplos com os quais o citado autor desenvolveu a sua concepção, ou seja, na teoria da responsabilidade civil. WILBURG “recusa procurar um princípio unitário e imutável que solucione todas as questões da responsabilidade indemnizatória e coloca nesse lugar, uma multiplicidade de pontos de vista que ele caracteriza como ‘elementos’ ou como ‘forças móveis’; são elas: 1. Uma falta causal para o acontecimento danoso, que se situe do lado do responsável. Esta falta tem peso diverso cosoante seja provocada pelo responsável ou pelos auxiliares ou tenha até surgido sem culpa, como, por exemplo, por uma falha material irreconhecível de uma máquina. 2. Um perigo que o autor do dano tenha originado, através de uma actuação ou da posse de uma coisa e que tenha levado ao dano. 3. A proximidade do nexu de causalidade, que existe entre as causas provocadoras e o dano verificado. 4. A ponderação social da situação patrimonial do prejudicado e do autor do prejuízo. A consequência jurídico só surge – e isto é decisivo – ‘a partir da concatenação destes elementos, segundo o seu número e peso’ e é determinada pelo juiz ‘segundo a discricionariedade orientada.’ As ‘forças’ não são, pois, ‘absolutas, de dimensões rígidas, antes decidindo o efeito conjunto da sua articulação variável’; pode mesmo também bastar a existência dum único dos elementos, desde que este apresente ‘um peso essencial’. Para a mobilidade do sistema, é característico, por um lado, que WILBURG negue a determinação de uma determinada hierarquia entre os ‘elementos’, que coloca, pois, ao mesmo nível e, por outro, que eles na devam surgir sempre todos, mas antes se possam substituir uns por outros. As características essenciais do ‘sistema móvel’ são, pois, a igualdade fundamental de categoria e a substitutibilidade mútua dos competentes princípios ou critérios de igualdade – pois é de facto disso que se trata quando Wilburg fala de ‘elementos’ ou de ‘forças móveis’”. Assim, CANARIS conclui: “como se vê com facilidade, isto não tem praticamente nada a ver com a abertura do sistema: a modificabilidade dos valores e dos princípios, característica para este, não precisa, de modo necessário, de ocorrer num sistema móvel, pois os competentes ‘elementos’ podem ser inteiramente firmes, e, inversamente, a abertura do sistema não tem fatalmente, como consequência, a igual categoria dos seus princípios e a renúncia a previsões firmes; um sistema móvel pode, portanto, ser aberto ou ser fechado e um sistema aberto pode ser móvel ou rígido.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 5.ed. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 2012, p.129-130).

<sup>292</sup> Canaris coloca as cláusulas gerais como um exemplo de partes móveis do sistema alemão. Assim, para o referido autor, “encontram-se inúmeros exemplos de mobilidade do sistema, em especial onde as previsões normativas rígidas se complementam e se acomodam através de cláusulas gerais: para determinar se um despedimento é anti-social, se existe um fundamento importante, se um negócio jurídico ou um comportamento são contrários aos bons costumes etc., é necessário ponderar entre si determinados pontos de vista ‘segundo o número e os pesos’, sem uma relação hierárquica firme. No entanto, a formação rígida de proposições normativas – pode-se dizê-lo sem mais – representa a regra; a ‘mobilidade’ traduz a exceção. O direito positivo compreende, portanto, partes do sistema imóveis e móveis, com predomínio básico das primeiras.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, 2012, p.134-138).

regras do jogo. As leis, diante dessas características, permitiam aos juristas entregar-se a um tipo de interpretação fundamentalmente estática e linear e, portanto “segura”, como as demais regras do jogo.

Essa pretensa segurança se ancorava, essencialmente, no culto à lei como fonte primordial do direito e, também, na concepção – perfeitamente admissível naquele momento histórico, em que se apresentava uma sociedade relativamente simples – de que o código bastava para solucionar todos os problemas, tanto mais se considerado for que ainda não se conhecia o fenômeno a que se veio, depois, denominar de inflação legislativa.<sup>293</sup>

Segundo Natalino Irti<sup>294</sup>, o mundo da “segurança” estava apoiado na tríplice ideologia que sustentava a relação sistema-código:

a) a *ideologia da sociedade*, representativa dos valores de uma classe específica, qual seja a burguesia liberal, capaz de exprimir princípios comuns e refletir-se num quadro legislativo estático e rígido;

b) a *ideologia da unidade legislativa*, consagrada na concepção de um Código Civil como um sistema completo, pleno, harmônico e autorreferente das leis civis, ou seja, a sociedade oitocentista - fundada na propriedade fundiária e no liberalismo econômico no campo contratual - reconhecia-se no código como num espelho;

c) a *ideologia da interpretação*, por meio da qual se concebia a ordem jurídica como o reflexo do tecido orgânico das relações sociais, não deixando qualquer margem de opção quanto ao método de interpretação das prescrições legais, que eram necessariamente visualizadas na representação reducionista de uma plana subsunção, operada por meio de uma dedução silogística.

Esse quadro de referência ideológica denota a presença de um sistema fechado em si mesmo, visto que fundado na crença da sua completude, autossuficiência e pureza: ou seja, a admissão de que o direito estaria integralmente contido nos códigos, restando assim ao aplicador da lei realizar, na sua atividade interpretativa, uma simples operação de subsunção, ou seja, uma transposição mecânica, supostamente passiva, “do facto para a previsão normativa, de modo a

---

<sup>293</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.275-276.

<sup>294</sup> IRTI, Natalino. *Decodificazione e leggi speciali*. L'étà della decodificazione. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1999, p.159-162.

integrar a premissa menor do silogismo jurídico”.<sup>295</sup>

No Brasil, o Código Civil de 1916 – o denominado Código Bevilacqua – foi editado imbuído do formalismo jurídico que dominou as grandes codificações oitocentistas e continha – como seria de se esperar – a crença na completude legalista. Mediante a adoção de uma técnica legislativa casuística, tinha a pretensão de regular com exclusividade as relações interprivadas, deixando para a Constituição apenas as normas procedimentais de estruturação e separação de poderes, buscando, com isto, evitar a interferência do Estado na vida dos proprietários e contratantes.<sup>296-297</sup>

Ocorre que a sociedade brasileira, nos dois primeiros quartéis do século XX, já dava acenos de mudança, em especial, se consideradas as transformações decorrentes da revolução industrial, logo seguida da operária e das crises sociais geradas, no mundo, pelas grandes guerras mundiais e colapsos econômicos.<sup>298</sup>

Assim, o Código Civil de 1916, em breve espaço de tempo, deixou de albergar pretensões universalizantes de toda a realidade social circundante, sendo bastante para assim concluir a observação das subseqüentes edições de leis especiais, ditas inicialmente contingenciais e emergenciais, mas que, aos poucos, passaram a conviver *a latere* da legislação codificada.<sup>299</sup>

Do outro lado do Atlântico, no continente europeu, pelo menos até o final da Segunda Grande Guerra Mundial, havia a prevalência de uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, isto é, que apontava a lei editada como fonte primordial do direito, não se admitindo força normativa às constituições. Estas eram havidas como meros programas políticos que serviam apenas de inspiração à atuação do legislador, mas que não podiam ser invocadas perante o Judiciário para a defesa de direitos, não sem a necessária *interpositio legislatoris*.<sup>300</sup>

Aponta-se como fatos históricos fundamentais para mudança dessa cultura o massacre em massa de seres humanos, promovido pelos nazistas durante a segunda guerra mundial, inteiramente respaldado no sistema legal então vigente na Alemanha, e a reação, à altura, da comunidade jurídica internacional, mediante a submissão dos membros do alto escalão de Hitler ao julgamento de Nuremberg, ao final do qual foram condenados ante a acusação de

---

<sup>295</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.33.

<sup>296</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.2-3.

<sup>297</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.76-80.

<sup>298</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, 2001, p.4-6.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p.7.

<sup>300</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/29044>>. Acesso em: 24 nov. 2011, p.02.



crime contra a humanidade.<sup>301-302</sup>

Após esses fatos, consagram-se os estados democráticos de direito, há um forte movimento pela concretização dos valores constitucionais e a dignidade da pessoa humana passa a ser reconhecida como um valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado.<sup>303-304-305</sup>

No âmbito econômico e social, também, são significativas as mudanças. Nasceram grandes conglomerados transnacionais, a sociedade se reorganiza por criação de associação de grupos sociais e categorias profissionais ou econômicas, desenvolvem-se novas formas de instrumentação do domínio político e social. Com efeito, o último século transformou substancialmente o status do ser humano, até então considerado como o “indivíduo”, passa a ser o membro de um conjunto ou corpo social.<sup>306</sup>

Hoje, então, já não se vive mais o denominado “mundo da segurança” dos códigos oitocentistas. Na verdade, vive-se o “mundo da insegurança”, que resultou de profundas rupturas nas ideologias liberais, conforme explica Judith Martins-Costa.<sup>307</sup>

Torna-se insustentável, por exemplo, defender a ideologia da sociedade calcada na *unidade*. Fala-se em *pluralismo social*, nascido da massificação das relações sociais. Nesse contexto,

---

<sup>301</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p.08.

<sup>302</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op.cit.*, 2005, p.81.

<sup>303</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p.08.

<sup>304</sup> Segundo Luis Roberto Barroso, “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional o status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo adotado na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. Vigoravam a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento, cujos atos eram insuscetíveis de controle judicial. Somente após a Segunda Guerra Mundial é que veio a se difundir – e, eventualmente, a prevalecer – o modelo americano de constitucionalismo, fundado na força normativa da Constituição [...] Desse reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais resultam consequências especialmente relevantes, dentre as quais se podem destacar: a) A Constituição tem aplicabilidade direta e indireta às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais; b) A Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis; c) Os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o interprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.219-220).

<sup>305</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/29044>>. Acesso em: 24 nov. 2011, p.03.

<sup>306</sup> “A sociedade do nosso tempo é fragmentada e desorganizada. De frente ao Estado agitam-se os interesses dos grupos: desaparece a figura neutra do ‘cidadão’, cada um de nós vem individualizado pelo pertencimento a um grupo. Incapaz de exprimir interesses comuns e gerais, a sociedade se resolve na divergente variedade de classes, castas, categorias. Mas ninguém dos grupos tem a energia histórica, que permita restabelecer a unidade das relações sociais. A ideologia do pluralismo – imbuída ora de pensamento católico, ora de surtos libertários – ratifica culturalmente a dissolução da unidade.” (IRTI, Natalino. *Decodificazione e leggi speciali*. L’età della decodificazione. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1999, p.160).

<sup>307</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.280-284.

embora não se perca de mira a necessidade de proteção do ser humano, dissipa-se a ideia da proteção da liberdade individual por meio da figura de um indivíduo abstrato de direito.

A *unidade legislativa*, por conseguinte, também se mostrou insustentável, não apenas pela realidade inexorável da inflação legislativa<sup>308</sup>, como também pelo rompimento do muro – mais ideológico do que científico – entre o direito público e o direito privado.<sup>309</sup> Este rompimento se deu de duas formas: a) pela regulação do mundo que antes pertencera aos particulares, por meio de políticas públicas e estabelecimento de normas diretivas;<sup>310</sup> e b) a aceitação efetiva da força normativa da Constituição sobre o direito privado, assunto sobre o qual se abordará mais detalhadamente em tópico adiante.<sup>311</sup>

---

<sup>308</sup> “À sociedade do nosso tempo, agitada e conflituosa, dispersa e fragmentada, não pode corresponder a unidade do código civil, mas a heterogênea variedade das leis especiais. Especiais, porque nascem em função de interesses estranhos ao código, e especiais, sobretudo, porque se colocam como estatutos de grupo. O grupo se reconhece na lei especial, que o defende no confronto com o Estado ou com outros grupos. A força obrigatória da lei não deriva mais do Estado, mas do consenso das partes interessadas: o contrato social, de início filosófico, faz-se cotidiana e prática realidade. A hipótese da decodificação queria descrever estes fenômenos: representar as coisas como são, não como queríamos que fosse. Se – anota, com inigualável eficácia Giacomo Devoto – o direito é a linguagem das instituições, então devemos concluir que enquanto as instituições do Estado burguês falam na linguagem do código civil, as instituições do Estado contemporâneo falam na linguagem das leis especiais.” (IRTI, Natalino. *Decodificazione e leggi speciali*. L'età della decodificazione. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 160-161).

<sup>309</sup> “A unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico exige o estudo de cada instituto nos seus aspectos ditos privatísticos e publicísticos. A própria distinção entre direito privado e público está em crise. Esta distinção, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses. Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. As dificuldades de traçar linhas de fronteira entre direito público e privado aumentam, também, por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermédia (tome-se, como exemplo, o interesse sindical ou das comunidades).” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cico. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.52-53).

<sup>310</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.141-158.

<sup>311</sup> A respeito do assunto é vasta a doutrina a respeito. A título de exemplo, conferir: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005; CRUZ, Rafael Naranjo de La. **Los Límites de los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre Particulares**: La Buena Fe. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; e GRAU, Maria Venegas. **Derechos Fundamentales e Derecho Privado**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2004; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.121 *et seq.*; e PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001, p.251; FARIA, Miguel José. **Direitos Fundamentais e Direitos do Homem**. v.I. 3.ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001, p.139-140; e PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n.82, 1987; e MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina,

Como consequência, houve também um duro golpe na *ideologia da interpretação*, que, na concepção oitocentista, estivera fortemente ancorada na dicotomia entre o direito positivo e o direito natural, por meio do qual o ingresso no mundo jurídico dependeria da clivagem da lei. Nessa nova ordem de ideias, torna-se inservível, como instrumento de compreensão do direito, o estrito legalismo.

Evidentemente que o Código Civil na contemporaneidade não tem mais por paradigma a estrutura que, “geometricamente desenhada como um modelo pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista”.<sup>312</sup> A fonte de inspiração das codificações, mesmo sob o ponto de vista da técnica legislativa, vem dos textos constitucionais, rica em modelos jurídicos abertos.

Surgem na linguagem legislativa indicações de valores, de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e socialmente úteis, terminologias científicas, econômicas, enfim, compatíveis com a complexidade da vida atual.<sup>313</sup>

Observa-se, enfim, a formulação de códigos civis e de leis em geral que fogem ao padrão geral da casuística. Ao contrário, buscam a formulação da hipótese legal com a utilização de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente abertos e vagos, construindo, assim, uma ampla moldura, com o que possibilita, por meio de decisões judiciais, em cada caso concreto, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta que se encontram fora do corpo dos códigos, bem como a incessante formulação de novas normas: são as assim denominadas *cláusulas gerais*.<sup>314</sup>

Assim, a essência do direito contemporâneo seria a superação da racionalidade lógica subsuntiva ligada ao texto da norma, para dar espaço à racionalidade discursiva associada à dimensão retórica das decisões judiciais. No plano hermenêutico, essas novas perspectivas imprimem força jurídica às decisões judiciais, abrindo espaço à plena efetividade dos princípios constitucionais por meio da aproximação da ética e direito, reinserindo-se no

---

2005. Na doutrina nacional: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; e BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

<sup>312</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.285.

<sup>313</sup> IRTI, Natalino. **Decodificazione e leggi speciali**. L'étà della decodificazione. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1999, p.162.

<sup>314</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p.286.

debate jurídico o conceito de justiça.<sup>315-316</sup>

No Brasil, o fenômeno acima citado apenas costuma ser evidenciado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, marcadamente pela abertura democrática propiciada e cujo respectivo texto prevê um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões, aos quais se quis conferir aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º).<sup>317</sup>

Com efeito, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um verdadeiro esvaziamento do Código Civil de 1916. Muitos dos direitos subjetivos patrimoniais tradicionalmente enunciados no Código foram atraídos para o corpo da Constituição, colocando-a no centro do sistema.

De outro lado, o compromisso do Estado Democrático de Direito com a efetiva realização dos direitos fundamentais dá a esse sistema um novo sentido axiológico, nunca antes visto, concitando o judiciário à concretização desses novos valores.<sup>318</sup>

A fragilidade e o isolamento dos últimos anos de vida do Código Beviláqua são também tributados, em grande medida, ao seu modo casuístico de legislar, fato que acabou lhe retirando boa parte da sua efetividade muito antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio da atividade intensa do próprio legislador e das leis especiais.

De outro lado, o Código Civil de 2002 tem como seu maior diferencial justamente a adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da fórmula regulamentar casuística. Trata-se, enfim, de uma técnica legislativa mista, pois que, sem abrir mão da casuística, concebe a utilização ampla de cláusulas gerais, o que propicia a abertura e certa mobilidade ao sistema.<sup>319</sup>

---

<sup>315</sup> A respeito dessa reaproximação, Karl Larenz: “Também é insustentável, segundo a concepção subjacente a este livro, a estrita separação do Direito e da ética, que era característica do positivismo. ‘Deve ser’ e ‘ser permitido’, pretensão e vinculatividade, responsabilidade e imputação são em última instância categorias éticas, mesmo quando cobram uma significação específica em contextos jurídicos.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1968, p.208).

<sup>316</sup> Não se encontra entre os propósitos da presente pesquisa um aprofundamento a respeito dos diversos métodos de interpretação constitucional que se contrapuseram ao positivismo lógico formal. A referência, aqui, é sintética, apenas com o objetivo de demonstrar a influência do constitucionalismo contemporâneo para a compreensão da abertura dos sistemas de direito privado contemporâneos. Para um excelente apanhado a respeito do tema, conferir: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.476-524.

<sup>317</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/29044>>. Acesso em: 24 nov. 2011, p.06; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2006, p.402-403.

<sup>318</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.7.

<sup>319</sup> Adverte Judith Martins-Costa que a cláusula geral provoca certas incertezas sobre a efetiva dimensão dos seus contornos, em razão do que, em um sistema em que apenas houvesse cláusulas gerais, o grau de segurança seria muito baixo. Daí porque a vantagem da combinação entre os dois métodos. (COSTA, Judith-Martins. O direito privado como um ‘sistema em construção’. **Revista de informação legislativa**, v.35, n.139, p.5-22,

O quadro então apresentado permite definir o sistema brasileiro como aberto, assim entendido enquanto um modelo de ordenamento que não se pretende como referência absoluta.<sup>320</sup> As referências a elementos externos – o que representaria uma crise na teoria das fontes<sup>321</sup> – demandam a necessidade da pesquisa destas novas fontes, de onde sucede a sua legitimidade e quais os limites e controles a que estão submetidas. É que se passará a explorar nos próximos tópicos.

## 2.2.2 A cláusula geral e a boa-fé objetiva

### 2.2.2.1 Cláusulas gerais e sua origem

Como já mencionado em tópico anterior, um bom exemplo de cláusula geral - e talvez o mais célebre – é o do § 242 do Código Civil alemão. O referido artigo constitui em um recurso indispensável para uma compreensão absolutamente distinta da relação jurídica obrigacional e, na medida em que passou a servir de fonte jurisprudencial de normas limitadoras da autonomia da vontade, culminou por possibilitar a mudança do próprio conceito de sistema e da teoria tradicional das fontes dos direitos.<sup>322</sup>

Sem dúvida, a inserção de uma modalidade de enunciado normativo dessa natureza em um sistema codificado moldado pela pandectística seria de causar estranheza. Contudo, alerta Franz Wieacker, a verdade é que a aprovação do BGB, em 18 de agosto de 1986, deu-se sob intensas críticas a respeito do “caráter elástico” de alguns dos seus dispositivos e o apelo exagerado à discricionariedade do juiz.<sup>323</sup>

---

jul./set. de 1998, p.08. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 29 jan. 2013).

<sup>320</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.285.

<sup>321</sup> Essa crise, segundo Clóvis do Couto e Silva, resulta justamente “da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da Ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo”. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como um processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.74)

<sup>322</sup> “§ 242 - *Leistung nach Treu und Glauben - Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”, traduzido por Judith Martins-Costa como: “§ 242: O devedor deve [estar adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.287).

<sup>323</sup> Franz Wieacker coloca as cláusulas gerais como uma solução de conciliação, encontrada pelo legislador do BGB, para equilibrar-se entre uma abstração empobrecedora e uma casuística acanhada, na medida em que elas

Bem por isso, Clóvis do Couto e Silva alerta que, segundo o pensamento original dos redatores do BGB, as cláusulas gerais não deveriam servir de dispositivos reservados à atribuição de poderes de criação de normas jurídicas aos juízes – tal como fora a *bonae fidei iudicia* -, senão apenas como um reforço ao § 157 do BGB, por meio do qual se determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios segundo a boa-fé.<sup>324</sup>

Apesar disso, o fato é que não demorou muito a que o § 242 dominasse o direitos das obrigações como um todo e algumas cortes de justiça passaram a lhe atribuir um sentido de boa-fé objetiva, recusando-se a considerá-lo como uma fórmula meramente pleonástica ou simples norma de interpretação de contratos.<sup>325</sup>

Assim ocorreu, como assinala Menezes Cordeiro, porque na base material da norma havia “uma recolha de inúmeros elementos jusculturais dispersos”<sup>326</sup>, essencialmente advindos da boa-fé romana e da boa-fé germânica. A boa-fé germânica resistira na práxis comercial através das decisões dos tribunais alemães, ainda que carente de um tratamento sistemático. Por seu turno, a ideia romana de *bona fides* sobrevivera sob a forma do *bonae fidei iudicia*, mantida pela pandectística.

Com efeito, embora o papel do *bonae fidei iudicia* fosse substancialmente distinto da fórmula que viria a ser desenvolvida pelo § 242 do BGB, o fato é que o instituto romano, ligado à prática comercial e certos ecos do jusracionalismo incidentes sob a pandectística (ricos em postulados significativo-ideológicos), resultou numa boa-fé como fator de fortalecimento e

---

se constituem em “linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade”. Contudo, não se esquivam de chamar a atenção para as críticas que, muitas vezes, costumam ser assacadas contra o uso inadequado das cláusulas gerais: “O reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de ‘fuga para as cláusulas gerais’ (Hedemann), para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta da obediência aos princípios; em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador, atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é de seu ofício. Todas estas manifestações se baseiam no facto de a cláusula geral não permitir e, ao mesmo tempo, esvaziar de sentido qualquer actividade subsuntiva, desde que ela, por seu lado, não remeta para a situação bem definida de uma moral estabelecida e de uma técnica judicial firme. Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica refletida do uso correcto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas”. (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Trad. portuguesa por Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gubenkian, 2004, p.545-547).

<sup>324</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.36-37.

<sup>325</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.289.

<sup>326</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.335.

materialização do contrato, ou seja: “a boa fé como necessidade de cumprimento efetivo dos deveres contratuais assumidos, por oposição a cumprimentos formais, que não tenham em conta o seu conteúdo verdadeiro.”<sup>327</sup>

Em vista disso, é possível concluir-se que o papel – até certo ponto limitado – da boa-fé no campo das relações obrigacionais “foi ultrapassado e extensamente alargado após a sua inserção na cláusula geral do § 242 em razão de dois fatores convergentes: a extraordinária capacidade dos juízes alemães para ousarem em seu *officium* e a técnica na qual redigida, no mencionado texto do Código Civil, a disposição relativa à boa-fé.”<sup>328</sup>

Vale, ainda, salientar que essa maior liberdade dos juízes alemães finca raízes na própria história da formação do Estado alemão. Com efeito, na Alemanha, diferente do que ocorreu em França, a formação do Estado de Direito revela um apego mais sutil ao princípio da divisão dos poderes estatais e a sua conexão muito próxima com a ideologia do positivismo.<sup>329</sup>

De outro lado, na Alemanha, há muito tempo já se encontrava arraigada a concepção – tributada às ideias de Savigny – de que a atividade dos juristas deve ser a expressão do “direito vivente”, que encontra suas raízes no *Volksgeist*, tradução de um princípio orgânico segundo o qual o “direito legal” possui um caráter artificial e potencialmente arbitrário.<sup>330</sup>

Tudo isso, enfim, permite concluir que as cláusulas gerais tiveram origem no BGB. Segundo Judith Martins-Costa, “embora do ponto de vista histórico, essa afirmativa não se confirme, haja vista que o Code Napoléon também as contenha, o certo é que a sua utilização enquanto tal e bem assim a teorização acerca do tema se dará primeiramente na Alemanha.” Com efeito, no direito francês, a utilização dos arts. 1.382 e 1.383 como cláusulas gerais se operou em moldes semelhantes ao da utilização entre nós do art. 159 do Código Civil de 1916.<sup>331</sup>

Assim, percebida a lei como um ponto de partida, mas não necessariamente um limite intransponível, ressalta-se a utilidade das cláusulas gerais: permitiram aos juízes alemães o uso de ideias éticas – boa-fé e costumes –, que se encontravam completamente fora do corpo

---

<sup>327</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.329-330.

<sup>328</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.290.

<sup>329</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.38-41.

<sup>330</sup> Conferir, a esse respeito: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão e dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.77.

<sup>331</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p. 291, nota 66.

codificado. Os juízes, muitas vezes em oposição à doutrina, apoiavam-se nas cláusulas tidas como vagas, conferindo-lhes sentido e aplicabilidade prática.

Não é por outra razão que Franz Wieacker assinala que a dogmática jurídica, estabelecida num elevado patamar cultural e na segurança das convicções científicas dos juristas que a operavam, possibilitou a construção de uma dinâmica ponte entre as fontes normativas e a solução do caso concreto, percorrendo uma via inacessível ao legislador – visto que este era colocado antes do momento aplicativo e integrativo do direito. As cláusulas gerais do BGB, notadamente a da boa-fé objetiva, possibilitaram à jurisprudência alemã percorrer, de maneira dinâmica, esse caminho.<sup>332</sup>

Em conclusão, esgotado o modelo oitocentista da plenitude ou totalidade da previsão legislativa – tendo em vista a complexidade da tessitura das relações sociais –, iniciou-se em alguns países da Europa, a época das reformas dos códigos civis. Os mais recentes – em que pese as especificidades existentes – têm em comum a técnica de legislar mediante emprego de cláusulas gerais.

Em obra anterior ao vigente Código Civil brasileiro, Judith Martins-Costa<sup>333</sup> aponta como exemplos dessa tendência os seguintes casos: o artigo 1.337 do Código Civil italiano<sup>334</sup> (norma de restrição à autonomia privada, que visa a impor correções de conduta aos particulares na fase pré-contratual), o artigo 239 do Código Civil português<sup>335</sup> (norma de integração dos negócios jurídicos, por meio de relativa restrição do poder negocial), o artigo 483 do mesmo Código<sup>336</sup> (norma geral de previsão de responsabilidade civil por culpa) e, no

---

<sup>332</sup> “A jurisprudência civilista alemã mostrou-se suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à ‘obediência inteligente’ do juiz (Heck) quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma e refletida ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social. Assim, ela adquiriu uma função totalmente nova do direito judicial posterior à segunda guerra mundial.” (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Trad. portuguesa por Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Caluste Gubenkian. 2004, p.546).

<sup>333</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.294-295.

<sup>334</sup> Art. 1337 *Trattative e responsabilità precontrattuale* “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*” (As partes na condução das negociações e da formação do contrato, devem agir de boa fé).

<sup>335</sup> Art. 239: “Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outro seja a solução por eles imposta”.

<sup>336</sup> Art. 483:1. “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”; 2. “Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados por lei.”



Brasil, o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor<sup>337</sup> (norma de extensão da tutela assegurada ao consumidor).

A partir dos exemplos citados, a mencionada autora conclui que, além de admitirem uma gigantesca variedade de conteúdos, as cláusulas gerais podem ser de três tipos:

a) *Disposições de tipo restritivo* – que configuram cláusulas gerais que delimitam ou restringem o âmbito de permissões advindas de outra regra ou princípio;

b) *Disposições de tipo regulativo* – que configuram cláusulas gerais que servem para regular, com base em um princípio, as hipóteses fáticas não casuisticamente previstas em lei, “como acontece com a regulação da responsabilidade civil por culpa”; e

c) *Disposições de tipo extensivo* – cláusulas gerais que servem para ampliar determinada regulação jurídica, por meio da expressa possibilidade de introdução de regras e princípios de outros textos normativos, “como é o caso das disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal, que asseguram, aos seus destinatários, a tutela prevista em acordos ou tratados internacionais e na legislação ordinária.”

No que diz respeito ao trabalho ora desenvolvido, é de fundamental importância lembrar que o vigente Código Civil de 2002, pródigo no uso de cláusulas gerais, traz os três tipos de cláusulas gerais: do tipo *restritivo*, limitadora da liberdade negocial nos seus artigos 112<sup>338</sup> e 113<sup>339</sup>; do tipo *regulativo*, como nos casos de delitos do art. 186<sup>340</sup> e de abuso de direito do art. 187<sup>341</sup>, as quais, articuladas com a previsão normativa do art. 927<sup>342</sup>, dão ensejo à responsabilidade civil aquiliana; e do tipo *extensivo*, tal como a que consagra do art. 422 do referido codex.

Quanto às cláusulas gerais alusivas à responsabilidade civil, entretanto, o Código Civil de 2002 apenas faz referência à boa-fé no artigo 187, quando trata da figura do abuso de direito.

---

<sup>337</sup> “Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

<sup>338</sup> Código Civil de 2002: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

<sup>339</sup> Código Civil de 2002: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

<sup>340</sup> Código Civil de 2002: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

<sup>341</sup> Código Civil de 2002: “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.”

<sup>342</sup> Código Civil de 2002: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

A postura metodológica adotada pelo legislador do Codex coloca a necessidade inexorável de se questionar se a boa-fé apenas se articula nos casos de abuso de direito, ou se, distintamente, também se correlaciona com a cláusula geral do delito, contida no art. 186 do Código Civil de 2002. Em caso positivo, segue-se a inelutável necessidade de se perguntar sobre se a boa-fé a ser considerada, nos casos de delito, seria a boa-fé subjetiva, de feição psicológica, ou seria a boa-fé objetiva, de natureza nitidamente normativa.

A depender das respostas obtidas, cumpre-nos ainda perguntar se o regime da boa-fé prevista pela cláusula geral do art. 422 seria também aplicável à responsabilidade civil de natureza extracontratual ou delitual; e, também, se a relação jurídica de responsabilidade civil decorrente de um desvio de padrão de comportamento, apurado segundo os parâmetros da boa-fé objetiva, implicaria a objetivação da própria responsabilidade.

Segundo parece, os questionamentos levantados são de relevante importância dogmática e também prática. Com efeito, a doutrina pátria, aparentemente majoritária<sup>343</sup>, tem considerado que, uma vez que o novo codex adotou o critério objetivo-finalístico para a identificação do abuso de direito, a responsabilidade civil que dele decorre será também objetiva, ou seja, dispensa-se a aferição da culpa do agente.<sup>344</sup>

As respostas aos mencionados questionamentos encontram-se entre os principais focos do presente trabalho e a respeito delas voltar-se-á a tratar no seu último capítulo.

---

<sup>343</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.142; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.94; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**. Coordenado por Antonio Junqueira Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p.293; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.57; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.676-677. Embora esteja de acordo com a formulação objetiva da análise do abuso do direito, Heloísa Carpena critica com veemência a concepção do instituto como espécie de ato ilícito, trazido pelo Código Civil de 2002. O faz por entender que o legislador adota um critério absolutamente anacrônico e obscurece os contornos da matéria, pois acaba por caminhar ao encontro da responsabilidade civil subjetiva, uma vez que, no seu sentir, é “a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude” CARPENNA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187). *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na Perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.382. Em sentido veementemente contrário, mesmo depois da vigência do novo Código Civil, aponta-se: STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil. Doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.124. Adotando uma postura aparentemente conciliadora, pois que admitem o caráter incidental da culpa nos atos abusivos: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.520; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. responsabilidade civil**. v.I. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.448; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. responsabilidade civil**. v.III. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.137.

<sup>344</sup> A esse respeito, veja-se o Enunciado nº. 37 das Jornadas de Direito Civil: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

### 2.2.2.2 Conceito: as cláusulas gerais enquanto técnica legislativa

Como já assinalado, a cláusula geral pode apresentar múltiplos significados, daí porque o seu estudo é cambiante. Bem por isto, Judith Martins-Costa afirma que a doutrina, ao tentar conceituá-la, acaba por arrolar a diversidade de suas características e por rejeitar a tentativa de conceituá-la.<sup>345</sup>

De todo o modo, costuma-se apontar que as cláusulas gerais têm em comum o fato de constituírem em uma técnica legislativa, típica da segunda metade do século XX, período no qual o modo de legislar casuisticamente – tão fundamental ao movimento de codificação do século XIX, que pretendia a lei “clara, uniforme e precisa” – foi radicalmente modificada, por uma maneira de legislar com características de concreção e individualidade, as quais, pelo menos até então, apenas eram vistas nos negócios particulares.<sup>346</sup>

Então, delinear o traço característico essencial da cláusula geral acaba sendo pela negativa, quer dizer: legislar por meio de cláusulas gerais significa não legislar casuisticamente.

Em verdade, essa contraposição foi bastante evidenciada por Karl Engisch, quando afirma que a técnica de legislar por meio de cláusulas gerais se opõe à casuística, compreendida esta como a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condiciona o preceito) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.<sup>347</sup>

Por meio da técnica da casuística – também denominada de “técnica da regulamentação por *fattispecie*” – o legislador fixa, de modo mais completo quanto possível, os critérios para atribuir certa qualificação aos fatos, de maneira que, em face da tipificação das condutas que promovem, pouca margem para indecisão restará ao intérprete para determinar o seu sentido e alcance. Eis a razão pela qual se diz que uma norma com esta estrutura poderá ser aplicada por meio do processo mental conhecido como subsunção.

Como já mencionado, entretanto, o caráter de determinação ou tipicidade da casuística vem sendo apontado como um dos principais – senão exclusivo – fator de rigidez e,

---

<sup>345</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.296.

<sup>346</sup> COSTA, Judith-Martins. O direito privado como um ‘sistema em construção’. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998, p. 07. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

<sup>347</sup> “‘Casuística’ é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.” ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6.ed. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.228.

consequentemente, envelhecimento, dos códigos civis.<sup>348</sup>

De outro lado, por meio da técnica das cláusulas gerais, o legislador estabelece linhas de orientação direcionadas ao juiz e que, ao mesmo tempo em que o vinculam, dão-lhe maior liberdade de conformação, segundo pautas mais ou menos móveis, tais como boa-fé, bons costumes, hábitos do tráfico, justa causa, caráter desproporcionado etc.

Com isso, atribui-se às cláusulas gerais a vantagem da mobilidade, favorecida pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, ou seja, o risco do imobilismo é afastado por que aqui se utiliza o princípio da tipicidade em um grau mínimo.<sup>349</sup> Assim, considerando-a sob o ponto de vista de técnica legislativa, Judith Martins-Costa define a cláusula geral como:

uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, com amplitude de extensão de conteúdo semântico apta a conferir ao juiz “um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; esses elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização desses elementos no interior no ordenamento jurídico.”<sup>350</sup>

As cláusulas gerais, dotadas que são de grande abertura semântica, não têm qualquer pretensão de dar respostas prontas a todos os problemas da realidade. Estas respostas, ao contrário, são construídas paulatinamente pela jurisprudência. Nas palavras de Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais funcionam como metanormas, “cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes.”<sup>351</sup>

Ao assim fazê-lo, as cláusulas gerais criam a possibilidade de circunscrever em uma determinada hipótese legal (estatuição) uma variedade significativa de casos cujas características específicas serão formadas pela jurisprudência e não pelo legislador.

A comparação, em certo segmento, a respeito das significativas diferenças entre as duas técnicas (casuística e por meio de cláusulas gerais), pode auxiliar a esclarecer melhor esse

---

<sup>348</sup> IRTI, Natalino. *Decodificazione e leggi speciali. L'étà della decodificazione*. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1999, p.08.

<sup>349</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.298.

<sup>350</sup> COSTA, Judith-Martins. O direito privado como um ‘sistema em construção’. **Revista de informação legislativa**, v.35, n.139, p.5-22, jul./set. de 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 29 jan. 2013, p.08. A mesma autora, em outra obra: MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p.303.

<sup>351</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p.299.

tópico. Considerando, então, o tema do presente trabalho, utiliza-se emblemático exemplo dado por Judith Martins-Costa<sup>352</sup> a respeito da forma de instituição, aplicação e desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil delitual, nos dois sistemas codificados mais importantes: o alemão e o francês.

A referida autora lembra que o sistema jurídico francês consagra uma cláusula geral de reparação por todos os atos que gerem danos, apontando como tal o dispositivo do art. 1.382 do Code Napoléon. Já para o sistema alemão, todas as *fattispecies* delituais devem estar previstas nos dispositivos dos §§ 823, I e II, 825 e 833 do BGB,<sup>353</sup> adotando-se, pois, neste setor, predominantemente a técnica da casuística.

Assim, com base em estudos desenvolvidos por Clóvis do Couto e Silva, aponta que a jurisprudência francesa veio, progressivamente, estabelecendo deveres de conduta, tais como o *devoir de renseignement* em matéria pré-contratual (reconduzida, no sistema francês, ao campo da responsabilidade delitual), os deveres de cuidado, de diligência, de atenção etc., cuja não observância poderá conduzir à obrigação de ressarcir os danos, ampliando, com este expediente, o campo dos danos indenizáveis. Já o sistema alemão, pela falta de uma cláusula geral nesse setor<sup>354</sup>, não chegou a desenvolver um rol de deveres de conduta, de maneira que a violação pudesse ser considerada delitual, cingindo-se, assim, o desenvolvimento e aplicação da responsabilidade civil extracontratual aos lindes pré-fixados na lei.

Conquanto a cultura francesa seja mais apegada ao exegetismo e receosa do “direito dos juízes”, foi gigantesca a expansão e desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil extracontratual naquele país; em contraposição ao direito alemão, que, apesar de aceitar com muito mais facilidade a aplicação e o desenvolvimento do direito pelos juízes, viu-se preso ao casuísmo espelhado nos §§ 823, 825 e 833 do BGB. Na Alemanha, o maior desenvolvimento nesse setor se deu por meio da cláusula geral de responsabilidade por danos decorrentes de

---

<sup>352</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.299-301.

<sup>353</sup> BGB § 823 – Obrigação de Indenização: 1. “Aquele que, intencionalmente ou por negligência, atentou contra a integridade corporal, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outrem, é obrigado, em relação à pessoa lesada, à reparação do prejuízo causado”. 2. “A mesma obrigação incumbe a quem contravém a uma lei que tem por fim a proteção de outrem. Se, conforme o teor dessa lei, se pode contrair, mesmo que para isto não haja necessidade de culpa, a responsabilidade civil não existe se uma culpa não se produza”. § 825 – Induzindo outros para atos sexuais: “Aquele que seduziu uma mulher por astúcia, ameaça ou abuso da situação da qual ela dependia, deve reparar o dano assim causado”. § 833 – Responsabilidade do detentor de animal: “Se um animal matar uma pessoa ou lhe provocar uma lesão no corpo ou na saúde, a pessoa que detém o animal fica obrigada a indenizar o lesado pelos danos resultantes da ofensa. A obrigação de indenização não existe quando o dano for causado por um animal doméstico destinado a servir na profissão, na atividade econômica ou na subsistência do detentor, e este tenha observado o cuidado exigível no tráfico na vigilância do animal, ou o dano se tivesse verificado mesmo se aquele cuidado tivesse sido observado.”

<sup>354</sup> Diversamente do que ocorrera com as relações contratuais, por influxo dos §§ 157 e 242 do BGB.

atos contra os bons costumes do § 826 do BGB, mas que, mesmo assim, não aconteceu de forma tão significativa como foi na França.<sup>355</sup>

Diante desta constatação, pode-se, então, questionar porque o sistema brasileiro, dotado que é, desde a sua primeira codificação, de uma cláusula geral de responsabilidade civil por danos – no caso, o artigo 159 do Código Civil de 1916 –, não experimentou também o mesmo desenvolvimento visto no sistema francês. A resposta está no fato de que o sistema codificado brasileiro, neste setor, sempre combinou a técnica da cláusula geral com a da regulamentação casuística das hipóteses dos arts. 1.521, 1.522, 1.527 a 1.531, 1.537-1.541, 1.545, 1.546, 1.548 e 1.551, técnica, aliás, que foi reproduzida pelo Código Civil de 2002 (que mescla as cláusulas gerais dos artigos 186, 187 e 927, com as hipóteses casuísticas dos 932, 936 a 940, 948 a 952 e 954)<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> BGB § 826 – Lesão dolosa contra os bons costumes: “Quem causar dolosamente danos a outra pessoa de forma contrária aos bons costumes fica obrigado a indenizá-los.”

<sup>356</sup> Código Civil de 2002: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia; [...] Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior; Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta; Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido; Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro; 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; [...] Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima; Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido; Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez; Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho; Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado. Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele; Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso; Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Consideram-se

De todo modo, concebendo-se o sistema brasileiro como relativamente aberto e móvel, a questão é saber como se aplicam as cláusulas gerais, objeto dos próximos tópicos.

### 2.2.2.3 A estrutura das cláusulas gerais

A análise a respeito da estrutura normativa das cláusulas gerais admite duas posições doutrinárias:

a) a dos que entendem que a cláusula geral não possui qualquer estrutura que lhe seja própria, do ponto de vista metodológico e, neste contexto, as cláusulas gerais não existiriam em um sentido próprio, senão no contexto de normas e preceitos jurídicos dotados de elevados níveis de “generalidade”,<sup>357</sup> tais como as que tragam conceitos jurídicos indeterminados; e

b) a dos que enxergam as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, como normas parcialmente em branco, as quais são complementadas por referência a valores, regras, pautas ou *standards* de conduta que não se encontram descritos nas mencionadas cláusulas e, por vezes, nem mesmo no próprio ordenamento, em razão do que o juiz pode ser direcionado a formar “normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de um diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta.”<sup>358</sup>

Com efeito, distintamente do que acontece com as normas formadas por via da técnica da casuística – cujo critério axiológico já vem indicado com relativa nitidez -, a cláusula geral estabelece no âmbito normativo no qual está inserida “um critério ulterior de relevância jurídica”, a vista do qual o juiz deverá selecionar fatos e comportamentos para cotejá-los com determinado parâmetro e tratar de descobrir, a partir desse confronto, certas consequências jurídicas, as quais, por sua vez, também não são pré-estabelecidas.<sup>359</sup>

Daí, portanto, a distinção essencial: nas estruturas linguísticas das normas criadas pela técnica da casuística, o grau de vagueza é mínima, de sorte que ao magistrado é dado tão somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; no que concerne às normas

---

ofensivos da liberdade pessoal: I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal.”

<sup>357</sup> Para Karl Engisch as cláusulas gerais “não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários.” (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Batista Machado. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.233).

<sup>358</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.329-330.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 330.

elaboradas por intermédio da cláusula geral, ao contrário, dá-se ao juiz um poder extraordinariamente maior, visto que ele não estará apenas estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas, igualmente, criando direito ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências.<sup>360-361</sup>

Para ilustrar o alcance do que se quis dizer, imagine-se o seguinte exemplo: um dado sistema jurídico, em que não exista a hipótese casuística<sup>362</sup> do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor<sup>363</sup>, tampouco a do art. 157, §§, do Código Civil de 2002<sup>364</sup>, mas haja uma cláusula geral de correção e boa-fé, segundo a qual “na conclusão e na execução do contrato as partes devem se ater aos deveres da correção e boa-fé”. Imagine-se, então, que, em determinado contrato de compra e venda de unidade habitacional, o vendedor imponha ao comprador uma contraprestação manifestamente desproporcional em relação à prestação recebida, valendo-se do seu poder econômico e da situação de necessidade vital da aquisição da casa própria pelo comprador. Suponha, por fim, que a vista desta conduta, a parte recorra ao tribunal para rever a respectiva cláusula contratual, ou, se tal não for possível, que seja ela então anulada, impondo ao vendedor, em qualquer dos casos, a obrigação de reparar perdas e danos.

Há de questionar se seria possível, afinal, extrair da mencionada cláusula geral hipotética, as consequências pretendidas pela parte supostamente lesada. A resposta a este questionamento é, certamente, afirmativa, conquanto seja variável, segundo o que se apurar do caso concreto.

De fato. O Tribunal ou juiz do caso, tendo em conta a cláusula geral citada, poderá reconhecer que, em se tratando de contrato de compra e venda não se há de admitir cláusulas que estabeleçam contraprestações ou vantagens que não correspondam à prestação recebida,

---

<sup>360</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.330

<sup>361</sup> No mesmo sentido, Fredie Didier Jr define a cláusula geral como “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v.1. 12.ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.33; No mesmo sentido, o citado autor: DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.56.

<sup>362</sup> Ressalte-se que, segundo a linha adotada no presente trabalho, a referidas hipóteses legislativas, conquanto sejam dotadas de conceitos jurídicos indeterminados, não chegam a constituir-se cláusulas gerais, tal como se esclarece no ponto 3.2.2.5.

<sup>363</sup> CDC: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”;

<sup>364</sup> Código Civil de 2002: “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.



justamente por serem atentatórias dos costumes e da boa-fé no tráfego negocial. Até aqui o judiciário estará estabelecendo os lindes do enunciado normativo.

A partir daí, conforme as circunstâncias do caso, o judiciário poderá ainda: a) anular a mencionada cláusula, se a desproporção entre as prestações é contemporânea à formação contratual, ou b) determinar a revisão das prestações, se a desproporção ocorreu supervenientemente à celebração do contrato, com base na teoria da imprevisão; e c) independentemente das possibilidades anteriores, poderá ainda condenar o vendedor a pagar perdas e danos que eventual e comprovadamente decorram da conduta ilícita. Nestas três situações citadas, o judiciário estará criando direito, visto que elas não foram estatuídas casuisticamente pelo legislador.

Como se vê, o juiz não apenas terá amplos poderes para determinar o significado do enunciado normativo (o que o remete para elementos fora do sistema), mas, uma vez que são indeterminadas as consequências da aplicação, confere-se ao magistrado poder para criar preceitos, cargas eficazes próprias, adaptadas aos casos concretos com os quais se depare (ou seja, lhe é conferido poder para *criar direito*).

#### 2.2.2.4 A função das cláusulas gerais

A partir da análise da sua estrutura normativa é, então, possível compreender a sua grande função: possibilitar a abertura e a mobilidade do sistema.

Segundo a doutrina, esta mobilidade deve ser compreendida em uma dupla perspectiva: a) como mobilidade externa, ou seja, abre o sistema jurídico para inserção de elementos extrajurídicos, por meio do que viabiliza a “adequação valorativa”; e b) como mobilidade interna, ou seja, promove o retorno, de maneira dialética, para outras disposições interiores ao sistema.<sup>365</sup>

---

<sup>365</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.341. Há aqui uma sinonímia entre abertura e mobilidade, postura metodológica que é condenada por CANARIS, como visto. De todo o modo, ainda que conceitualmente possam ser classificadas como fenômenos distintos, parece-nos absolutamente indissociáveis. A propósito, são precisas as palavras de Clóvis do Couto e Silva: “O fato de considerar-se o sistema como ‘aberto’, permite a admissão da mobilidade, ou seja, a aplicação de outras disposições legais para solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista o mesmo fato. Também, não se opõe – antes exige – que se considere o sistema como resultado do pensamento lógico e axiológico, como salienta Canaris (*Systemdenken und Systemgriff*, 1969) composto de círculos escalonados de privacidade e publicidade, como enfatiza Raiser (*Die Zukunft des Privatrechts, in Die Aufgabe des Privatrechts*, cit. págs.

Por tradição, dá-se maior relevo à primeira perspectiva funcional, isto é, de possibilitar a abertura do sistema pela inserção de elementos extrajurídicos. A propósito, Menezes de Cordeiro ressalta que “deve salvaguardar-se uma margem mínima para integrar, no sistema, ocorrências impossíveis de prefigurar nos meios legislativos clássicos, [...] realizando, na vida real, um projecto que o legislador deixou a meio ou, apenas, indiciou”. Ressalta, então, que a boa-fé surge, com maior vigor, “em zonas não reguladas pelas codificações, por delonga do legislador, como nas condições negociais gerais, ou por impossibilidade técnica ou linguística ou, até, por inconveniência, como no abuso do direito”.<sup>366</sup>

Segundo Judith Martins-Costa<sup>367</sup>, a incompletude das normas insertas em cláusulas gerais têm especificamente dois significados: a) primeiro, que elas não têm uma *fattispecie* autônoma, porquanto exigem a sua paulatina formação pelo aplicador por via do reenvio a outras normas do sistema ou a valores e padrões de comportamentos, que, pelo menos num primeiro momento, são extrassistemáticos; b) segundo, a estatuição fica a cargo do magistrado, que, para estabelecê-la, deverá percorrer o referido ciclo de reenvio.<sup>368</sup>

Obtempera, contudo, que esse reenvio para elementos extrassistêmicos não necessariamente implica uma positivação progressiva da moral pré-jurídica. Tem-se, aqui, um dos pontos mais polêmicos quando o assunto é aplicação de cláusulas gerais. Afinal, a questão que tem sido colocada é saber se esses padrões, *standards* ou arquétipos de conduta, tendo em consideração a afirmação de que se encontram fora do sistema jurídico, teriam eficácia própria de norma jurídica, ou, diversamente, pertenceriam ao campo da moral.

Vê-se, então, que o problema costuma ser apresentado a partir de um polêmico entrecruzar do positivismo e do jusnaturalismo, o que não tem mais razão de ser na atual quadra do desenvolvimento da metodologia do direito. Nestes termos, diz-se que a questão costuma ser mal colocada.

---

208-2034). Todas essas posições revelam a grande amplitude de significados e concepções decorrentes da caracterização de um sistema como aberto. A particularidade do pensamento de Wilburg está em admitir não propriamente uma abertura ‘externa’, para receber aspectos e concepções extrajurídicas mas uma ‘abertura interna’ permitindo que se componham soluções de direito obrigacional com ideias fundamentais que formaram, e ainda formam, o Direito das Coisas, ou seja, pretende-se vincular normas que presidem a ordenação dos bens com o Direito das Obrigações (Wilburg, *Zusammenspeil der künftige*, cit., pág. 379).” (COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.39, nota 13).

<sup>366</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.46.

<sup>367</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.299-301.

<sup>368</sup> *Ibidem*, loc.cit.

Como demonstra Miguel Reale, as estruturas sociais, no campo da experiência jurídica, apresentam-se sob a forma de “modelos jurídicos”, os quais, por seu turno, podem ser vistos como “estruturas normativas” que “ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências”.<sup>369</sup>

Essas estruturas normativas são instauradas pelas fontes do direito, por meio de um processo incessante de “modelagem jurídica” da realidade social. Assim, na medida em que estas fontes desenvolvem e ordenam os fatos, vão surgindo distintos modelos normativos, que, por sua vez, correspondem às diversas estruturas sociais e históricas. Por isto, diz-se que, em verdade, a história do Direito corresponde, em boa medida, à história de seus modelos, de seus institutos, instituições e sistemas de normas.<sup>370</sup>

O citado autor aponta, ainda, quatro espécies de fontes geradoras dessas estruturas normativas: a legal, a consuetudinária, a jurisdicional e a negocial. Estas resultam, respectivamente, de quatro formas distintas de manifestação de poder de decidir, presentes na vida em sociedade: a) o poder estatal de legislar; b) o poder social “inerente à vida coletiva”, que se revela por meio da fonte consuetudinária, “através de sucessivas e constantes formas de comportamento”; c) o poder (estatal) que se revela por via do judiciário no desenvolvimento e aplicação das leis; e d) o poder negocial, que se manifesta por meio do “poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem.”<sup>371</sup>

Como se vê, os modelos jurídicos, longe de se constituírem em criações teóricas puramente abstratas, são as estruturas normativas forjadas na concretude da experiência humana e que, portanto, à maneira como surgiram, podem se alterar ou desaparecer em função dos fatos e valores que nela operam. Quer isto dizer que as fontes de produção jurídicas – seja a lei, a jurisdição, o costume ou o negócio jurídico - criam modelos cujos conteúdos são necessariamente móveis, dinâmicos. E, se esses conteúdos não são estáticos, conclui-se que os respectivos modelos ou estruturas normativas também não serão rígidas.

Como dito, os citados standards – ou arquétipos de comportamento – ingressam continuamente no sistema por via das denominadas cláusulas gerais, que, por sua vez, constituem-se em técnicas legislativas aptas justamente a absorver e a concretizar, com força jurígena, os padrões efetivamente vigentes na sociedade, na medida em que constituam

---

<sup>369</sup> REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968, p.161-162; REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.05-09.

<sup>370</sup> REALE, Miguel. **Noções preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.184.

<sup>371</sup> REALE, Miguel. *Op.cit.*, 2002, p.11-12.

modelos jurídicos complexos e de significação variável. Assim, embora as cláusulas gerais sejam “estatuídas em fonte legislativa, têm a sua *fattispecie* necessariamente concretizada por fonte consuetudinária, jurisprudencial e negocial, sendo o seu enunciado propositadamente flexível a fim de possibilitar a variabilidade de uma significação.”<sup>372</sup>

Pensar diferente, negando as premissas acima lançadas, ao argumento de que as fontes consuetudinárias se encontram vinculadas a particulares usos e costumes, seria negar o seu papel de fontes de direito, o que se mostra completamente equivocado.<sup>373</sup>

A verdade, entretanto, é que a discussão a respeito da norma consuetudinária, no sentido originário – isto é, enquanto regra de comportamento entre pessoas, observada durante lapso de tempo considerável e acatada por todos com a consciência de se estar cumprindo um mandado do direito –, apresenta-se, na atualidade, pouca ou nenhuma importância. Contemporaneamente, a norma consuetudinária ganha relevância prática justamente no direito judicial criado pelos denominados precedentes.<sup>374</sup>

O estudo dos precedentes judiciais – que até então era de pouca importância nos países de tradição romanista – cresce dia a dia, como decorrência da necessidade de ajustar as normas legais, de conteúdo semântico cada vez mais aberto – como sói ocorrer com as cláusulas gerais –, às peculiaridades das relações sociais.

Enfim, às fontes costumeiras e negociais cumprem fornecer os modelos dos usos e costumes de acordo com os quais se concretiza o comportamento segundo a boa-fé, cabendo à jurisprudência, por outra via, valorar este modelo, dando-lhe um sentido axiológico compatível com a ordem jurídica vigente, afinal, “um dos campos mais relevantes do mundo normativo”, segundo Reale, “é representado pelos modelos oriundos das decisões jurisdicionais”, visto que a jurisdição é, “antes de mais nada, um poder constitucional de explicitar normas jurídicas e, entre elas, modelos jurídicos.”<sup>375</sup>

Assim, conclui-se que a cláusula geral da boa-fé, enquanto poder endereçado ao juiz para

---

<sup>372</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.334.

<sup>373</sup> Nesse sentido, Miguel Reale: “Esta seria uma visão apegada e errônea da rica produção de regras de direito brotadas diretamente da sociedade civil, como reiteradas formas de ação social dotadas de senso ou sentido autônomo de juridicidade, ora preenchendo as lacunas do ordenamento legal, ora abrindo-lhe novas perspectivas de desenvolvimento, sem falar no seu papel mais habitual de inferir das regras legais modalidades imprevistas de comportamento lícito.” (REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.68).

<sup>374</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1968, p.504-505.

<sup>375</sup> REALE, Miguel. *Op.cit.*, 1994, p.69.

integrar o sistema, desde que corretamente utilizada, tem uma função *individualizadora*, conduzindo o “direito do caso”; mas, secundariamente, também permite a formação de instituições, “para responder aos novos casos, exercendo um controle corretivo do direito escrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela outra parte”.<sup>376</sup> Cite-se, como exemplos de instituições, a *supressio* e a *surrectio*, o *venire contra factum proprium* e a violação positiva do contrato e da *culpa in contrahendo* em sua versão atual.<sup>377</sup>

A cláusula geral, por fim, tem a função de permitir operar a integração intrassistemática, a que Clovis do Couto e Silva denomina de “mobilidade interna”. Por meio desta função, a cláusula geral permite a integração entre as diversas disposições contidas em diferentes segmentos do ordenamento, de sorte a dar-lhes um sentido harmônico e sistêmico.<sup>378</sup>

#### 2.2.2.5 Distinções entre cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios

Em primeiro lugar, cumpre alertar que não se encontra entre os objetivos da presente pesquisa enfrentar todos os aspectos da tormentosa discussão sobre a distinção entre conceitos jurídicos indeterminados, cláusula geral e princípios, mas apenas apresentar, topicamente, os principais conceitos com os quais se lidará ao longo do trabalho e a respeito dos quais não incidem grandes controvérsias.

Assentada a primeira premissa, cumpre salientar que, para bem distinguir dois elementos de um sistema, torna-se imperioso primeiramente buscar compreender em que eles se assemelham e em quais pontos podem ser confundidos.

Nesse sentido, observe-se o quão sutil pode ser a tarefa de distinguir cláusula geral de conceito jurídico indeterminado, considerando que ambos têm em comum o fato de serem uma técnica legislativa por meio da qual se estabelecem textos normativos com conceitos jurídicos abertos e conteúdos semânticos vagos, ou seja, ambos têm em seu texto um alto grau de vagueza e o reenvio a standards valorativos extrassistemáticos.

---

<sup>376</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.41.

<sup>377</sup> Os exemplos são lembrados por Judith Martins-Costa. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.343.

<sup>378</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *Op. cit.*, 1997, p.39, nota13.

Nada obstante a dificuldade apontada, não chega a se tornar impossível o estabelecimento de um traço distintivo. Com efeito, a diferença entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados parece estar em que, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, o magistrado deverá apenas promover o preenchimento axiológico da sua vagueza semântica, aplicando, em seguida, a consequência legalmente determinada, sendo assim um problema de mera subsunção.

Na cláusula geral, diversamente, o juiz “cria o direito”, pois, além da etapa de preenchimento dos conceitos vagos, cumpre-lhe também estabelecer quais os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, acaso estes já venham preestabelecidos, caberá ao juiz graduá-las, segundo as circunstâncias encontradas no caso e à luz das soluções possíveis e dispostas no sistema.<sup>379</sup>

Importa, também, ressaltar a distinção entre cláusulas gerais (e, entre elas, aquelas expressas nos artigos 113, 187 e 422, do Código Civil de 2002) e princípios (dentre os quais se encarta o da boa-fé objetiva, em si).

As cláusulas gerais se constituem, por definição, em fórmulas legislativas, dotadas de conceitos jurídicos abertos e de conteúdos semânticos vagos.

Portanto, apesar das apontadas dificuldades na conceituação do instituto, a cláusula geral pode ser compreendida como uma técnica legislativa que, contrariamente à técnica da casuística, utiliza em seu enunciado uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta – e nisso se identifica com os conceitos jurídicos indeterminados –, mas que confere ao juiz poderes para que, diante do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos que se encontram fora do sistema.

Os princípios<sup>380</sup>, por seu turno, constituem-se em espécies de normas. Para Robert Alexy, os princípios são normas que buscam realizar determinados fins, na maior medida do possível (*mandamentos de otimização*),<sup>381</sup> sendo que a medida da sua satisfação – que variará em grau

---

<sup>379</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.236-237 e 240.

<sup>380</sup> Alerta-se, aqui, que o conceito de princípio é polissêmico, além de ser carregado de divergências doutrinárias que se amontoam ao longo das diversas tradições jurídicas e ao longo do tempo. No centro das divergências estão: a definição da sua natureza (constituem-se ou não normas jurídicas); os modelos linguísticos que podem seguir em cada ordenamento; e a delimitação das suas funções. O sentido de princípio aqui é adotado enquanto norma jurídica, em contraposição às regras.

<sup>381</sup> Robert Alexy, para distinguir as regras de princípios, conceitua estes últimos como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma

– dependerá das condicionantes fáticas e jurídicas que se interponham.

De acordo com a posição de Ronald Dworkin, há uma distinção lógica entre as regras (*rules*) e os princípios, porque uns e outros obedecem a distintas dimensões. Segundo ele, “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas”.<sup>382</sup>

Porém, as duas espécies distinguem-se “quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”, enquanto que os princípios “mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.”<sup>383</sup>

Por essa razão, afirma Dworkin, os princípios, assim como as regras, são normas jurídicas, mas que destas se diferenciam porque atuam em uma dimensão distinta, que é a dimensão do peso ou da importância. Dito de outro modo, o intérprete, ao aplicar a norma que consigna um princípio deve levar em consideração o seu peso, podendo este princípio ser ou não aplicado, em determinado caso concreto, sem que isto implique perder a sua validade para o sistema.<sup>384</sup>

Para Humberto Ávila, os princípios são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”<sup>385</sup>

Seja lá qual for o conceito adotado – dentre os apresentados – uma vez que se admita a natureza normativa dos princípios<sup>386</sup>, o caráter fundante dessa espécie normativa é um dos seus traços mais marcantes, ou seja, os princípios servem como fundamento de outras normas.

---

regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91).

<sup>382</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39.

<sup>383</sup> *Ibidem*, p.39-40.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p.42-43.

<sup>385</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.28-29.

<sup>386</sup> A referência a respeito é muito vasta. A título de exemplo: ALEXY, Roberto. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, 2005; BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Almedina, 2003; e DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, 2002.

Com efeito, Judith Martins-Costa<sup>387</sup>, com base em Riccardo Guastini, aponta que um princípio servirá de fundamento de outras normas em pelo menos três situações distintas: a) quando a norma-princípio é mais genérica que a norma que será fundamentada no princípio, de sorte que esta pode ser deduzida do referido princípio; b) quando a norma princípio servir de *diretriz* para outra norma, que será *meio* para o alcance dos fins propostos pelo princípio; e c) enfim, quando a norma-princípio for uma *norma de competência* e se seguir outra norma, cuja respectiva autoridade promana da primeira.

É justamente quanto a essa última situação que a confusão se apresenta. Diz-se que não soaria adequado entender que a norma fundante seria um princípio, mas, sim, uma cláusula geral. De outro lado, a norma que se segue seria a própria sentença, ou decisão no caso concreto. Ou seja, a cláusula geral é que conferiria ao magistrado competência para ir buscar um valor ou *standard* que sirva de fundamento ao caso concreto. Dito de outro modo, as cláusulas gerais é que serviriam de fundamento para outras regras, no que se identificariam com os princípios.

A objeção apontada, ao que parece, incorre no erro de tentar correlacionar coisas que se encontram em planos analíticos distintos.<sup>388</sup>

Com efeito, as cláusulas gerais constituem em técnica legislativa que se vale de conceitos vagos ou abertos, assim como os princípios, quando expressos ou positivados no ordenamento, também o fazem. Ocorre que os princípios – como normas que são – podem estar implícitos no ordenamento, jamais, entretanto, as cláusulas gerais. Não há como se conceber “cláusulas gerais inexpressas”, visto que se trata de uma técnica legislativa.

Não se pode imaginar, entretanto, uma cláusula geral que não promova o reenvio a outros espaços, dentro ou fora do ordenamento. Assim, às vezes, também, pode ocorrer de as cláusulas gerais promoverem o reenvio a valores representativos de princípios. Neste último caso, diz-se que a cláusula geral contém um princípio. É exatamente o que ocorre com a boa-fé.

Assim, parece com razão Judith Martins-Costa quando afirma que a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, geralmente, do fato de uma “norma que configure cláusula

---

<sup>387</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.322-323.

<sup>388</sup> A esse respeito, conferir Maurício Requião. O citado autor, após fazer um apanhado doutrinário das opiniões a respeito das similitudes e diferenças entre os *conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios*, correlaciona-os a planos analíticos distintos: enquanto os conceitos jurídicos indeterminados atuam no plano semântico, as cláusulas gerais se manifestam no plano da técnica legislativa e os princípios no plano normativo. (REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.35-60).



geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB [correspondente ao art. 422 do Código Civil]. Aí, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral.”<sup>389</sup>

Em sentido semelhante, Fredie Didier Jr. considera que a cláusula geral é essencialmente um texto jurídico, enquanto que o princípio é uma norma. Trata-se, assim, de dois conceitos distintos e que devem atuar em planos diversos do fenômeno normativo. Considerando-se que a norma é – ou pode ser – produto da interpretação de um texto jurídico, um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral e é o que normalmente costuma acontecer. Contudo, pode acontecer de a cláusula geral servir de suporte para o surgimento de uma regra.<sup>390</sup>

### 2.2.3 A boa fé objetiva como cláusula geral: o Código Civil de 2002

É por meio das cláusulas gerais consagradas nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002<sup>391</sup> que a ordem jurídica brasileira consagra a boa-fé objetiva, ou, por outras palavras, é pela aplicação das referidas cláusulas gerais que o princípio da boa-fé se manifesta, pelo menos ao nível das relações obrigacionais.

Apesar da íntima relação, obviamente, que uma coisa não se confunde com a outra. A cláusula geral é um texto jurídico, enquanto que princípio é norma. São institutos que operam em planos distintos do fenômeno normativo, aliás, como já ressaltado anteriormente.<sup>392</sup> Também parece claro que não se pode negar, eventualmente, a condição de princípio à norma que seja derivada da aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva.<sup>393</sup>

O conteúdo principiológico da boa-fé objetiva será objeto de intensa investigação no capítulo seguinte. Por ora, além de entender bem a distinção e os elementos de conexões entre o princípio e a cláusula geral da boa-fé objetiva, importa saber as funções por ela assumidas,

---

<sup>389</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.323.

<sup>390</sup> DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.67.

<sup>391</sup> Código Civil de 2002: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; 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”.

<sup>392</sup> DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.67.

<sup>393</sup> Diz-se “eventualmente”, pois pode acontecer – como visto – de a cláusula geral servir de suporte para o surgimento de uma regra.

visto que é por meio destas funções que bem se compreenderá a questão alusiva à operatividade da boa-fé objetiva, a ser tratada mais adiante.

Conforme já mencionado anteriormente, Judith Martins-Costa<sup>394</sup> indica três tipos de cláusulas gerais, no geral, segundo o tipo de disposições que carrega: a) *de tipo restritivo*; b) *de tipo regulativo*; e c) *de tipo extensivo*. As três cláusulas gerais da boa-fé antes citadas (arts. 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002) transitam por essas vias. Assim, quando o juiz seleciona determinados fatos ou condutas para confrontá-las com um determinado padrão socialmente aceitável poderá encontrar consequências jurídicas diversas e, em princípio, indeterminadas.

Poderá, por exemplo, censurar uma conduta, taxando-a de abusiva, sancionando o negócio jurídico de forma restritiva (por meio de limitação ao exercício de posições jurídicas, imposição de dever ressarcitório ou cominação de nulidade), com base no art. 187 do Código Civil.

Poderá, ainda, ampliar o conteúdo da relação contratual, por meio da inserção de deveres de proteção, informação ou cooperação, não necessariamente criados pelas partes ou pela lei (incidência de deveres laterais de conduta), por meio da regulação propiciada pelo art. 422 do Código Civil.

E, ainda, a boa-fé concita ao ingresso no Código Civil dos princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal (interpretação conforme a boa-fé), pela via do citado artigo 113 do Código Civil.<sup>395</sup>

Daí porque a boa-fé objetiva se assemelha a uma janela que se abre para os modelos de comportamento, deveres de conduta e uma série de valores que radicam imediatamente na Constituição Federal, como a solidariedade, e mediadamente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>396</sup>

Pode-se concluir, enfim, afirmando que a boa-fé, por meio da respectiva cláusula geral,

---

<sup>394</sup> COSTA, Judith-Martins. O direito privado como um 'sistema em construção'. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 29 jan. 2013, p.09. A mesma autora, em outra obra: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.295. Apesar de atribuir-se à Judith Martins-Costa a missão de correlacionar e apontar as funções da cláusula geral da boa-fé objetiva no âmbito do direito positivo brasileiro, em verdade, a estruturação pioneira das referidas funções há de ser tributada a Franz Wieacker, que situa a função da boa-fé objetiva no direito alemão em razão da cláusula geral do § 242. (WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé (Zur Rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)*. Trad. espanhola de José Luis de Carro. Madrid: Civitas, 1976, p.51).

<sup>395</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.167; SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.137.

<sup>396</sup> ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2005, p.167.

constitui na porta de entrada dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais nas relações privadas.<sup>397</sup>

## 2.2.4 A aplicação da cláusula geral da boa-fé: possibilidades e limites

### 2.2.4.1 A tópica jurídica e o pensamento problemático

Como visto, a vagueza semântica intencional da cláusula geral da boa-fé confere ao magistrado a possibilidade ampla (embora não arbitrária) de valorar o conteúdo das relações interpessoais, de acordo com aquilo que se exige no caso concreto, *integrando* o sistema, mesmo na falta de disposições normativas legais ou contratuais.

Assim, por exemplo, o juiz, utilizando-se de pautas ou *standards* de comportamentos socialmente exigidos em determinado tráfico social, estabelece injunções axiológicas que lhe permitirá, por um juízo de verossimilhança, avaliar sobre se houve ou não uma conduta socialmente reprovável e, a partir de então, impor as consequências jurídicas de variada natureza.<sup>398</sup>

Saliente-se que se fala que a atuação do magistrado é ampla, embora não arbitrária, no pressuposto de que toda decisão judicial deve ser passível de controle – tanto mais as que resultem da concretização das cláusulas gerais –, seja por razões formais (incompetência do órgão, falta ou insuficiência de fundamentação), seja por razões substanciais (má compreensão da cláusula geral, por exemplo).<sup>399</sup>

Sem dúvida, é de se esperar que a boa-fé objetiva surja com bastante vigor, obviamente, justamente em zonas não reguladas pelas codificações e nas hipóteses de aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (seja por impossibilidade técnica ou linguística, ou, até mesmo, por conveniência do legislador, como sói ocorrer nas hipóteses de abuso do direito).<sup>400</sup> Nesses espaços, como parece ser intuitivo, deve deter-se o jurista ou o

---

<sup>397</sup> SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.142.

<sup>398</sup> Como visto: por meio de limitação ao exercício de posições jurídicas, imposição de dever ressarcitório ou cominação de nulidade, incidência de deveres laterais de conduta ou uma interpretação conforme a boa-fé. Estas apontadas funções das cláusulas gerais se relacionam com a operatividade da boa-fé objetiva e será objeto de estudo mais aprofundado em capítulo seguinte.

<sup>399</sup> DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.66.

<sup>400</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.46.

intérprete, visto que surge um problema de aplicação.

A dificuldade de aplicação das referidas cláusulas gerais decorre da compreensão – até certo ponto intuitiva – de que elas não se coadunam com a metodologia proporcionada pela lógica subsuntiva.<sup>401</sup>

Com efeito, conquanto a lógica subsuntiva deva permanecer para as hipóteses expressamente definidas pelo direito positivo, a abertura do sistema, proporcionado pela cláusula geral da boa-fé objetiva, exige a complementação pelo pensamento problemático proporcionado pela tópica.

A tópica toma como ponto de partida não um *primum verum* – i.e., proposições primeiras ou verdadeiras, como faz a lógica dedutiva –, mas sim o verossímil, o sentido comum. Assim, o modo de pensar tópico se coloca como um contraponto ao modo de pensar sistemático-dedutivo.<sup>402</sup>

Segundo Garcia Amado, a tópica se caracteriza por três elementos: a) do ponto de vista do seu objeto, é uma técnica de pensamento problemático; b) do ponto de vista do instrumento que opera, o que se torna cerne é a compreensão de *topos* ou lugar-comum; e c) enfim, no que diz respeito ao tipo de atividade, a tópica é uma busca e exame de premissas, ou seja, constitui em um modo de pensar segundo o qual a ênfase recai nas premissas – por meio do discurso, da argumentação – e não nas conclusões.<sup>403</sup>

É preciso, primeiramente, bem compreender o significado da técnica de pensamento problemático, adotando como ponto de partida a ideia de problema, segundo o modelo proposto por Viehweg.

Compreende-se problema como toda questão que aparentemente possibilite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento prévio, que toma o aspecto de questão (que deve ser considerada seriamente) e para a qual se deve buscar pragmaticamente uma resposta como solução.<sup>404</sup>

---

<sup>401</sup> DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.59-60.

<sup>402</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.48-49.

<sup>403</sup> “*El objeto y factor desencadeante del proceso: el problema, la aporia; El instrumento con que se opera: los topoi; El tipo de actividad en que tal proceder se manifiesta: la discusión de problemas, la búsqueda y examen de premisas por medio del discurso, de la argumentación.*” (AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p.90).

<sup>404</sup> Segundo Viehweg, problema é “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar

No mínimo, dois elementos se encontrariam no núcleo ou centro da definição de um problema: a) distintas alternativas, por via das quais, apresentem-se distintas respostas, sendo esta a nota que faz com que a questão se ponha como um problema; e b) a necessidade de uma decisão e, conseqüentemente, de uma eleição entre as alternativas possíveis.<sup>405</sup>

Um bom exemplo de existência de distintas alternativas para o tratamento de determinada questão submetida à apreciação judicial e, por via de consequência, de diferentes respostas é fornecido pela cláusula geral da boa-fé objetiva. Para que se aplique uma norma estruturada em forma de cláusula geral é preciso que o aplicador do direito: a) delimite o seu campo e o seu grau de extensão, o que implicará concretização do *standard* ou do valor ao qual ela reenvia; e b) estabeleça, minuciosamente, as suas consequências.<sup>406</sup>

Assim, o problema da concretização do *standard* dará lugar a questionamentos como: qual o dever de comportamento esperado como sendo aquele de acordo com a boa-fé? Qual, afinal, o conteúdo deste dever? Ele limita o exercício de algum direito subjetivo, ou, ao contrário, ele amplia a extensão dos deveres já existentes? Qual, afinal, os bens e interesses em conflito e de que forma eles devem ser conformados?

A resposta a tais questionamentos conduzirá o aplicador a distintas respostas e, portanto, uma variedade de alternativas para a solução do caso. Apesar desta pluralidade de soluções, o juiz deverá buscar apenas uma resposta, modelando-se, então, o segundo problema antes citado, ou seja, a de eleger quais, dentre os critérios, aquele mais adequado aos fins almejados pelo sistema (estabelecimento de consequências).

Portanto, a definição do conteúdo normativo deve ser obtida, não por meio de lógica de subsunção e uso de conceitos previamente fornecidos pela dogmática, mas, problematicamente, isto é, por meio de alternativas que possibilitem a escolha de uma via viável de atuação, sempre referida à realidade na qual se inserem os fatos, o fenômeno social, entendendo-se nesse contexto os precedentes, as opiniões doutrinárias, os usos e costumes de determinada comunidade, grupo, entidade de classe, profissional ou econômica etc. Nesse sentido, Judith Martins-Costa pondera que:

A escolha do conteúdo que há de ser conferido à norma que caracteriza cláusula geral, não estando indicado no texto legislativo, implica ponderações e valorizações que se reportam a um âmbito de referência tecido por variadas escalas: os

---

a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução.” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p.34).

<sup>405</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p.367.

<sup>406</sup> *Ibidem*, loc.cit.

precedentes, a história institucional, as opiniões consolidadas doutrinariamente, os usos e costumes do tráfico jurídico, as soluções advindas do direito comparado. Os precedentes, de modo especial, têm a relevantíssima função de fixar, embora de maneira não rígida, o concreto desenho dos valores aos quais reenviam as cláusulas gerais, possibilitando a solução do caso.<sup>407</sup>

A resposta ao problema do estabelecimento das consequências, por sua vez, não será encontrada por meio de uma *relação de identidade*, tal como sói ocorrer nos casos sujeitos à subsunção. Ao contrário, dar-se-á pelas *relações de semelhança*, ou com casos representados na realização jurisprudencial precedente, ou que seja indicada pela *communis opinio*, assim compreendido o construído a partir dos processos lentos e contínuos da elaboração do direito.<sup>408</sup> Assim, ganha relevo a argumentação através do exemplo. A resposta, por fim, terá sido alcançada topicamente, servindo assim a boa-fé como um *topos* que possibilitou a solução do problema.<sup>409</sup>

Vale salientar que a tópica é uma *ars inveniende* – isto é, um procedimento de busca de premissas (de tópicos) – que na realidade não termina nunca. Quer isto dizer que o repertório de tópicos é necessariamente provisório e elástico. Eis porque os tópicos devem ser compreendidos, funcionalmente, como possibilidades de encaminhamentos, tal qual “fios condutores do pensamento que só permitem alcançar conclusões curtas”.<sup>410</sup>

Evidentemente que o juízo de valor do magistrado não deve corresponder a uma tomada de posição conforme a um sentimento interno ou irracional.

Segundo Gustavo Tepedino, torna-se fundamental a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública.<sup>411</sup>

Pode-se dizer que, por essa via, assegura-se a efetividade da Constituição. Mas, é dever advertir-se que, para que o trabalho de concretização das cláusulas gerais esteja legitimado, aquela atividade há de ser racional, objetiva e, especialmente, controlável, pois nada é mais avesso à ideia de Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado, que esteja acima dos critérios de interpretação.

---

<sup>407</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.368.

<sup>408</sup> *Ibidem*, p.369.

<sup>409</sup> “É nesse sentido que se diz que as cláusulas gerais têm função ressystematizadora” (MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 1999, p.369).

<sup>410</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.49.

<sup>411</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: **A parte geral do novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XX.

Cumpra, então, ao aplicador do direito a missão de integrar o sistema jurídico em conformidade com a axiologia constitucional, disseminando-a no sistema infraconstitucional por meio da abertura propiciada pelas cláusulas gerais. Ademais, o aplicador deverá buscar para cada caso específico uma solução, traduzindo para o seu contexto o enunciado da norma, sendo que, a cada concretização, os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, servindo de precedentes para futuras aplicações em uma constante reoxigenação.

Daí porque se sobleva a importância da fundamentação das decisões judiciais. Esse controle se faz, evidentemente, pelo discurso jurisprudencial.

Segundo Viehweg, o modelo de jurisprudência tópica está assentada em três premissas: a) “A estrutura total da jurisprudência só poder ser determinada a partir do problema”. Assim, a *aporia* fundamental é o problema de estabelecer o que é justo aqui e agora; b) “As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições, precisam ficar ligadas de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidas a partir dele”; e c) “Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve a sua vinculação ao problema.”<sup>412</sup>

A grande crítica que se pode fazer ao modelo de pensamento tópico – fonte, inclusive, de muitas discussões quanto à insegurança jurídica que pode gerar<sup>413</sup> – diz respeito justamente à definição da grande *aporia* fundamental, fundada que é na indagação sobre o ordenamento justo.<sup>414</sup>

Conclui-se, então, que o problema não consiste – ou não deve consistir - em proclamações vazias sobre justiça, mas sim em afirmar algum método – ou algum elemento de controle – que permita discutir racionalmente as questões de justiça contidas na decisão.

Daí porque a importância da discussão a respeito dos precedentes, da motivação das decisões e dos limites impostos ao discurso jurídico, tratados pela teoria da argumentação, pontos que extrapolam, entretanto, o objeto do presente trabalho.

---

<sup>412</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p.89. Importante, nesse contexto, o estudo e referência das questões atinentes aos precedentes judiciais, tópico a ser tratado no próximo capítulo.

<sup>413</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Trad. portuguesa por Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gubenkian, 2004, p.546-547; VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 2009, p.434; e DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.65-66.

<sup>414</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.55.

#### 2.2.4.2 A complementação recíproca entre o pensamento sistemático e tópico.

O pensamento viehwegiano foi duramente criticado por Canaris<sup>415</sup>, para quem o Direito, na essência, não é tópico, antes surgindo como sistemático, em sentido não axiomático<sup>416</sup>, numa tradição que remonta ao Direito Romano.

Muito embora Canaris reconheça que o jurista – e até mesmo o aplicador – possa pensar problematicamente, isto é, mesmo depois de captados os diversos pontos de vistas (*topoi*) que possam ser relevantes para a solução do problema (por si sós, ou em conjunto com outros), esses tópicos não surgem “de modo algum vinculativos no sentido de serem Direito vigente”.

Portanto, um tópico será sempre, no máximo, uma proposta de decisão, sendo, assim, insuficiente para explicar toda a teoria e prática do Direito. Na visão do referido autor, o *topos* precisaria ainda de “um critério complementar para proporcionar a sua adstringibilidade”, de sorte a vincular a escolha entre os diversos pontos de vista colhidos das circunstâncias específicas de um determinado caso, para a solução de um determinado problema.<sup>417</sup>

Nesse sentido – afirma Canaris –, ficaria claro que a tópica “desconhece, no fundamental, a essência da Ciência do Direito”, visto que não é hábil a determinar qual seria o direito vigente ou qual o ponto de vista vinculativo, em regra, por meio do *sensu comum*, ou da *opinião de todos* ou da *maioria* ou *dos mais sábios*.<sup>418</sup>

Segundo uma linha sistemática – francamente adotada pelo presente trabalho – poderia aparentemente ser difícil justificar um pensamento tópico para explicar a aplicação das cláusulas gerais, visto que a contraposição entre lógica e tópica seria justamente uma das ideias centrais da obra de Viehweg. Segundo Atienza, por exemplo, “o modo de pensar tópico surge, assim, como um contraponto ao modo de pensar sistemático-dedutivo.”<sup>419</sup> Ocorre que

---

<sup>415</sup> Vale salientar que, além de Canaris, pode-se ver contundentes críticas à jurisprudência tópica em: AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorías de la tópica jurídica*. Madri: Civitas, 1988.

<sup>416</sup> Para Canaris, limitar o sentido de sistema a uma ordem puramente lógico-formal é, em certo sentido, arbitrária e nada justificável, constituindo verdadeira *petitio principii*. Toma, pois, o sistema em um sentido teleológico. A propósito, conferir: CANARIS, Claus-Wihelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5.ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 2012, p.69-71 e 76-78.

<sup>417</sup> CANARIS, Claus-Wihelm. *Op.cit.*, 2012, p.259-260.

<sup>418</sup> *Ibidem*, p.260.

<sup>419</sup> Segundo Atienza, por exemplo, “o modo de pensar tópico surge, assim, como um contraponto ao modo de pensar sistemático-dedutivo, do qual a geometria de Euclides é o exemplo paradigmático na Antiguidade. A



este ponto é também um dos aspectos mais discutidos com relação à tópica viehwegiana.

Com efeito, para Viehweg, a tópica abandonaria as longas cadeias dedutivas das construções sistêmicas, em substituição aos curtos enlaces entre o problema e os *topoi*, estes últimos eleitos a partir do primeiro. Sucede que, nesse particular, o texto de Viehweg apresenta-se ambíguo, abrindo uma fecunda discussão sobre até que ponto, ele, realmente, teria situado o pensamento tópico-problemático como algo incompatível com o modelo sistemático.<sup>420-421</sup>

Judith Martins-Costa<sup>422</sup>, por exemplo, obtempera que o tipo de atividade mental que se estabelece na fixação do conteúdo das cláusulas gerais, também se estenderia, em certa medida, à concretização de toda e qualquer norma, sujeito sempre que se encontra o intérprete a uma pré-compreensão do caso<sup>423</sup>. Segundo a autora, residiria aí “o equívoco de Viehweg, ao contrapor sistema e problema. O que a realidade do direito indica é, diversamente, a complementariedade entre sistema e problema”. Portanto, o pensamento jurídico não se desenvolveria nem numa forma “puramente” tópica, tampouco “puramente” sistemático-dedutiva.

Não obstante a forte crítica, o próprio Canaris reconhece que, pelo menos em alguns setores do sistema, a tópica faz a sua erupção. Seguro o referido autor, o pensamento problemático se mostra essencial, “sempre que faltem valorações jurídico-positivas suficientemente concretizadas”, pois nestas hipóteses o aplicador se esbarra em limites intransponíveis, sob o ponto de vista sistemático. Nas palavras do próprio autor:

as normas só podem aqui ser preenchidas, em termos de conteúdo, através do juiz, de tal modo que este deve actuar como o legislador, decidindo, efectivamente, acerca da máxima do ‘comportamento correto; ele fica adstrito, no campo da sua ‘auto-avaliação’, a considerar os valores e as instituições jurídicas, culturais e

---

desqualificação da tópica e a sua perda de influência na cultura ocidental teriam acontecido precisamente a partir do racionalismo e método matemático-cartesiano.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.46 e 49.

<sup>420</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p.241.

<sup>421</sup> Conquanto estabeleça uma forte crítica aos debates então celebrados (por carecerem de rigor lógico, conceitual e metodológico), vale citar o apanhado a respeito da evolução de tais debates, trazido por Garcia Amado, oportunidade em que sintetiza o posicionamento de diversos autores, a exemplo de Bullweg, Coing, Canaris, Kriele, Otto, Esser, Müller, Castanheira Neves, dentre outros (AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópica jurídica**. Madri: Civitas, 1988, p.155-173).

<sup>422</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p.369-371.

<sup>423</sup> De acordo com a teoria hermenêutica – que serviria a explicar a questão –, o intérprete, ao se deparar com determinado caso a resolver, é tomado por um “horizonte de expectativas”, o qual vincula o texto. Esta, por sua vez, é guiada por uma espécie de antecipação de sentido, seja do caso em si, seja das normas na quais o juiz deverá buscar a solução para o caso, sendo esta, portanto, a própria pré-compreensão, hábil a extrair dos textos sentidos não necessariamente declarados. (GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. **Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 7.ed. São Paulo: Vozes, 2005, p.368-37).

sociais dominantes na comunidade jurídica em causa.<sup>424</sup>

Trata-se, justamente, das hipóteses das lacunas legais ou no manuseio das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Na primeira hipótese, deve-se primeiro levar em conta certos casos de lacuna da lei, ou seja, casos para cuja interpretação o Direito positivo não compreenda valorações. Nestes casos, não restaria mesmo mais nada senão socorre-se das diversos pontos de vistas colhidos do caso e ponderá-los entre si, ou seja, “proceder em termos tópicos, num movimento, característico para a tópica, fortemente orientado para o problema singular e, até, para o caso concreto no qual surge o remeter há muito dominante – para a ‘vontade hipotética das partes’.”<sup>425</sup>

Na segunda hipótese, tem-se a técnica legislativa das cláusulas gerais, naturalmente carecidas de preenchimento de valorações. Também, aqui – afirma Canaris –, não chega a surpreender o recurso ao pensamento tópico. Assim, por exemplo, a determinação do conteúdo do “cuidado necessário no tráfego”, no sentido do § 276 do BGB, o aplicador deverá se socorrer das pautas de valorações colhidas no caso concreto considerado, para buscar qual o sentido do “comportamento justo” para o vendedor, para o transportador etc.<sup>426</sup>

Portanto, perante o pensamento sistemático, a tópica se apresenta como uma função complementadora e inteiramente legítima a cumprir, qual seja, servir como uma forma de estruturação do argumento de equidade, para a solução de determinado caso, sem que se possa afastar, liminarmente, qualquer dos pontos de vista colhidos do caso, tal como ocorre no pensamento sistemático. Nas palavras do autor:

a tópica ordena-se na equidade, portanto, na tendência individualizadora da justiça; ela representa o processo adequado para um problema singular formulado o mais estritamente possível ou uma argumentação de equidade, orientada para o caso concreto, na qual, no essencial, nenhum ponto de vista discutível se pode rejeitar liminarmente como inadmissível, tal como é típico do pensamento sistemático abstrato, apoiado na tendência generalizadora da justiça.<sup>427</sup>

Além de Judith Martins-Costa, Clóvis do Couto e Silva também admite a concomitância do raciocínio dedutivo com o casuístico na história do pensamento ocidental, o qual se manifesta em quase todas as épocas. Tal conjugação aponta para um “novo pensamento sistemático”, o qual se apoia no reconhecimento da sua abertura externa e da sua mobilidade interna. Nesse sentido, então, afirma o citado autor que a ciência do direito “é predominantemente

<sup>424</sup> CANARIS, Claus-Wihelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5.ed. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 2012, p.259-270.

<sup>425</sup> CANARIS, Claus-Wihelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5.ed. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 2012, p.270-271.

<sup>426</sup> *Ibidem*, p.271-272.

<sup>427</sup> *Ibidem*, p.272.

sistemática, mas dá larga margem para que se possa pensar casuísticamente, do que pode resultar a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos.”<sup>428-429</sup>

---

<sup>428</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushastsky, 1976, p.80.

<sup>429</sup> A respeito do tema, Castaneira Neves: “Por tudo o que, se não confundirmos o sistema com o sistema axiomático (ou, mesmo para além desse estrito tipo de sistema, se não identificarmos o sistemático com uma sua definição a priori) e reconhecermos que uma ordem é sempre um sistema (unitária e congruente pluralidade) – posto que manifesta uma qualquer forma de racionalidade, que exclui o arbítrio, e logra um qualquer todo, suscetível de realizar uma consistente integração -, teremos, na verdade, de dizer com MARCIC que ordem e sistematicidade são ‘transcendentais’ do direito; tal qual o arbítrio e a desintegração (com conseqüente anomia), que intencionalmente quer no plano da realização são o contrário de direito.” (NEVES, A. Castaneira. A unidade do sistema jurídico. *In: Digesta: escritos acerca do direito, pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v.2. Coimbra: Coimbra, 1995, p.115-116).

### 3 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

#### 3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS DIMENSÕES OBJETIVAS

##### 3.1.1 A dupla dimensão dos direitos fundamentais

Na teoria liberal, os direitos fundamentais eram concebidos como limites impostos ao Poder Público, em face dos quais se estabeleciam os correspondentes deveres jurídicos de abstenção. Por meio desta fórmula simples, transpôs-se para o Direito Constitucional a categoria do direito subjetivo, desenvolvida pela dogmática do Direito Civil ao longo do século XIX. Esta transposição, em um primeiro momento, mostrou-se compreensível, em se considerando o patamar de elaboração científica até então alcançado pelo direito privado.

Ocorre que, a partir do advento do Estado Social, houve uma significativa mudança na concepção dos direitos fundamentais, fato para o qual colaborou a progressiva sofisticação dos estudos de Direito Constitucional.

Não apenas novos direitos foram positivados, ligados à garantia da igualdade substancial e das condições materiais básicas de vida dos cidadãos, como também a visão dos antigos direitos liberais sofreu uma alteração significativa: isto é, deixam de ser vistos a partir de uma perspectiva exclusivamente subjetiva.<sup>430</sup>

Conquanto não despreze a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a doutrina, agora, passa a desvelar uma nova face desses direitos, que “virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais.”<sup>431</sup>

Ultrapassadas as perspectivas puramente individualistas relacionadas a concepções atomísticas da sociedade, é hoje entendimento assente que os direitos fundamentais não constituem apenas direitos subjetivos, mas também direito objetivo, em outros termos, os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas sob o ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que são titulares perante o Estado, para deste se defenderem, mas, também, valem juridicamente como pontos de vista da comunidade, ou seja, “como

---

<sup>430</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.133.

<sup>431</sup> *Ibidem*, p.134.

valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida, através da acção estadual.”<sup>432</sup>

Dito de outro modo, os direitos fundamentais – até mesmo aqueles de matriz liberal –, deixam de constituir-se em puros limites à atuação do Estado, convertendo-se, também, em norte de sua atuação. Segundo Perez Luño<sup>433</sup>, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, os direitos fundamentais deixam de ser meros limites ao exercício do poder político, quer dizer, garantias negativas dos interesses individuais, para definir um conjunto de valores e fins diretivos de ações dos poderes públicos.

José Carlos Vieira de Andrade<sup>434</sup> observa, entretanto, que a dimensão objetiva deve ser concebida em dois sentidos: a) valorativo ou funcional; e b) estrutural.

Por um lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, os preceitos constitucionais estatuem espaços normativos predeterminados pelos preceitos constitucionais a serem preenchidos por valores ou interesses afirmados com bases objetivas da ordenação da vida em comunidade. Neste caso, quer se tome em consideração apenas um preceito, quer se considere o conjunto de todos eles, ter-se-ão normas que revelam as decisões constitucionais fundamentais e que devem servir de norte para a atuação estatal e da própria comunidade.

Mas, por outro lado, a dimensão objetiva deve também ser concebida como estruturas produtoras de efeitos jurídicos suplementares dos efeitos subjetivos. Assim, por meio delas se extraem efeitos que não reconduzem totalmente às posições jurídicas subjetivas até então conhecidas, conquanto estatuem deveres e obrigações – normalmente para o Estado – sem que haja necessariamente a atribuição de qualquer direito subjetivo aos sujeitos.

José Carlos Vieira de Andrade<sup>435</sup> lembra que a doutrina constitucional costuma se referir à dimensão objetiva, entretanto, em contextos e com alcances variados (v.g. a “eficácia externa ou horizontal” dos direitos; o seu “efeito de irradiação” para a toda a ordem jurídica; os “deveres de proteção” do Estado contra terceiros; e normas de “direito organizatório” e de “direito procedimental”), sendo que, em algumas destas funções e efeitos, verifica-se que há, afinal, um alcance subjetivo, na exata medida em que se aceita haver faculdades ou direitos subjetivos à proteção, à organização, ao procedimento, assim como direitos a prestações, de participação e de defesa.

---

<sup>432</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.109, nota 5.

<sup>433</sup> LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p.21.

<sup>434</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, 2010, p.109-110.

<sup>435</sup> *Ibidem, loc. cit.*

Por isso, o citado autor propõe autonomizar todos os efeitos característicos de dimensões subjetivas, remetendo-se, por via de consequência, para uma dimensão objetiva em sentido estrito “apenas aqueles efeitos que complementem ou transcendam o âmbito específico da categoria de ‘direito subjetivo’”.

O propósito, aqui, é bem mais modesto. Limitar-se-á a apontar os conceitos das duas dimensões e especificar, com relação aos denominados “efeito de irradiação.”, “eficácia externa ou horizontal” e os denominados “deveres de proteção” do Estado contra terceiros, eventuais dimensões subjetivas, assim como suas eventuais estruturas e funções, de sorte a facilitar a compreensão dos tópicos a serem desenvolvidos no presente capítulo.

### 3.1.2 Conceito e características essenciais do direito subjetivo fundamental

O conceito de direito fundamental pode ser utilizado para se referir ao núcleo subjetivo de posições jurídicas individuais ativas ou de vantagens, entendendo-se, aqui, num sentido bem amplo.

Com efeito, não se trata, aqui, de travar discussão exaustiva a respeito do conceito doutrinário de direito subjetivo, elaborada pelo direito privado, sobretudo quando transposto para o âmbito do Direito Constitucional para explicar os direitos fundamentais, até porque é bastante comum questionar-se da prestabilidade daquele para este fim.<sup>436</sup>

Pretende-se apenas tomar em consideração a ideia comum (*topos*) de que a figura do direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efetiva de interesses reconhecidos pela ordem jurídica como próprios do respectivo titular, acrescentando-lhe as características que se apresentam como próprias.

Portanto, deixe-se claro que os direitos subjetivos fundamentais, apesar de pertencerem ao gênero, não são equiparáveis à generalidade dos direitos subjetivos privados, visto que apresentam características únicas, entre as quais, a mais destacada é a qualidade dos seus sujeitos envolvidos: tem por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado.

Mas não é só. Os direitos subjetivos fundamentais se distinguem dos direitos subjetivos

---

<sup>436</sup> A propósito deste assunto, recomenda-se o excelente apanhado no capítulo 2 da obra: AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p.21-35. A respeito da diversidade de estrutura e consequências, vale conferir: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.95-125.

privados pela multiplicidade dos seus conteúdos, a complexidade estrutural e a diversidade funcional, segundo o regime constitucional que lhes é próprio.<sup>437</sup>

Assim, os direitos subjetivos fundamentais, pela sua dimensão relativa, visam às situações jurídicas reguladas para a salvaguarda da dignidade humana individual, como nos casos de liberdade de crença religiosa, liberdade de manifestação do pensamento etc. Ou seja, afastam-se do seu âmbito de incidência aquelas situações que, pelo seu caráter objetivo, não são suscetíveis de serem imputadas a cada uma das pessoas concretamente consideradas.<sup>438</sup> Estas situações, por seu turno, costumam ser asseguradas pelas denominadas garantias institucionais (entre elas, as que rodeiam o funcionalismo público, o magistério, as confissões religiosas, a independência dos juízes, entre outras).

Pode-se aduzir, ainda, a sua natureza de fundamentalidade, como o seu próprio nome sugere, ou seja, a sua importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana “num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade.”<sup>439</sup>

Cumprido, por fim, frisar que os direitos fundamentais, mesmo na sua condição de direito subjetivo, não se encontram funcionalmente limitados aos clássicos direitos de liberdades, ainda que, nestes, indubitavelmente, apareça de forma mais acentuada a nota da subjetividade, no sentido de exigibilidade.<sup>440</sup>

Uma das maiores discussões que se colocam em relação à denominada dimensão subjetiva dos direitos fundamentais diz respeito à sua atual estrutura e funcionalidade. Conquanto se aceite que esta representação dos direitos fundamentais compõe uma esfera juridicamente personalizável e protegida face ao Estado e eventualmente perante terceiros, torna-se complexa e problemática com relação às consequências jurídicas que dela se possam extrair.

O cerne da discussão concentra-se em saber até que ponto essa esfera de proteção asseguraria ao sujeito que detém posições individuais de vantagem uma pretensão juridicamente reforçada com a correspondente judicialidade.

---

<sup>437</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.109-110.

<sup>438</sup> *Ibidem*, p.114.

<sup>439</sup> *Ibidem*, p.132.

<sup>440</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.178.

Alexy<sup>441</sup>, por exemplo, defende que, em caso de dúvida, deve-se partir da presunção do caráter de direito subjetivo dessas mencionadas posições, à maneira do que se passa com os direitos subjetivos privados. Assim o faz considerando a natureza própria da essencialidade desses direitos e da conseqüente necessidade da sua otimização.

Jorge Reis Novais<sup>442</sup>, entretanto, obtempera que esta presunção em favor da existência de um direito subjetivo, nela implicando uma proteção dos direitos individuais face ao Estado, não seria possível senão mediante algumas reservas.

Segundo o referido autor, com essa postura, conferir-se-ia uma verdadeira ação popular de garantia de todas as situações de vantagens objetivamente conferidas, o que colocaria em risco a paralisação da jurisdição constitucional.

Ademais, as relações jurídicas em que estão em causa direitos fundamentais são cada vez mais compreendidas como relações multipolares, visto que, ao lado dos cidadãos, podem haver diferentes interesses individuais de conteúdos frequentemente opostos e, por conseguinte, pretensões subjetivas a ações ou omissões estatais em sentidos contrapostos. Nestas circunstâncias, a presunção em favor da subjetivação, em lugar de constituir-se num reforço da proteção individual face ao Estado, significa antes reforço da proteção de interesses individuais em face de outros interesses individuais.

Não parece, em princípio, que a primeira justificativa seja algo a ser considerada sob o ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais num país de modernidade tardia como o Brasil, em que se impõe uma necessária concretização destes direitos, especialmente considerando-se a abissal desigualdade social existente. Contudo, está-se de acordo com relação à segunda observação, no que concerne à posição de Alexy, visto que denota a complexidade estrutural dos direitos subjetivos fundamentais, em especial no que concerne a conflitos envolvendo particulares, quando, então, mostrar-se-á a necessidade da conformação de interesses e a eventual possibilidade do controle da constitucionalidade da decisão estatal que assim o faça.<sup>443</sup>

---

<sup>441</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.434 *et seq.*

<sup>442</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.97-98.

<sup>443</sup> Com base nessas considerações, Jorge Reis Novais considera que, “das normas de direitos fundamentais, para além dos deveres objectivos impostos ao Estado e das conseqüentes vantagens de que, de algum modo, beneficiam sempre os indivíduos no acesso aos bens jurídicos protegidos por essas normas, decorrem, em princípio, posições individuais juridicamente protegidas – espaços protegidos de liberdade onde o indivíduo é titular de posições jurídico-subjetivas face ao Estado – e é nessa sua natureza que se revela primariamente a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, na possibilidade de o particular se autodeterminar numa



De todo o modo, é importante notar que a citada complexidade não passou despercebida pelo próprio Alexy<sup>444</sup>, com base no qual é possível edificar os direitos fundamentais, em sua dimensão subjetiva, a partir de três espécies: a) direitos a algo, que englobam os direitos a ações negativas e positivas por parte do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestação; b) as liberdades, no sentido de negação de exigências e proibições; e c) os poderes, consubstanciados nas competências e autorizações.

### 3.1.3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

O denominado direito subjetivo fundamental, conquanto assuma posição central na teoria dos direitos fundamentais, mostra-se incapaz de justificar todas as consequências jurídicas resultantes da consagração dos direitos fundamentais.

José Carlos Vieira de Andrade explica que é justamente nesse amplo espaço deixado em aberto pela insuficiência conceitual do direito subjetivo fundamental, que a dimensão objetiva se manifesta, “quer no sentido valorativo ou funcional, quer em sentido estrutural,”<sup>445</sup> tal como antes já explicitado.

Em sentido semelhante, Jorge Reis Novais<sup>446</sup> pondera que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais decorreu da adoção de algumas teorias dos direitos fundamentais orientadas à superação da concepção liberal tradicional, esta última associada ao caráter negativo e de defesa dos direitos fundamentais, no que se apresentava mais

---

área juridicamente tutelada, desde logo, pela imposição ao Estado dos correspondentes deveres de observância, no mínimo, do dever geral de abstenção ou respeito.” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.99).

<sup>444</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.193-253.

<sup>445</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.134.

<sup>446</sup> Segundo o citado autor, os exemplos mais conhecidos dessas teorias que desempenharam a expansão ou desenvolvimento dos direitos fundamentais são: a) a teoria institucional, segundo a qual os direitos fundamentais apresentam um “lado” jurídico-individual, na medida em que assegura aos seus titulares um direito subjetivo público, e um “lado” institucional objetivo, enquanto garantias constitucionais de âmbito de vida de liberdade juridicamente ordenados e conformados. Nessa perspectiva, o indivíduo viveria os direitos fundamentais como consequência da proteção reflexa derivada do deveres estatais, num quadro da correspondente instituição e respectiva conformação legislativa; b) a teoria dos valores, para a qual, para além dos deveres individuais e de defesa, os direitos fundamentais constituem valores objetivos, bens jurídicos que, em razão da sua consagração constitucional, impõe-se à observância de todos; e c) a teoria social, que considera que a titularidade de direitos fundamentais em um Estado Democrático e Social de Direito traz para o Estado, não apenas o dever de prestar assistência nas situações de necessidade e de garantir aos particulares a participação nas correspondente prestação, como também a obrigação de criar os pressupostos materiais de um exercício efetivo da liberdade, o que se reflete numa progressiva consagração dos direitos sociais, como também na reinterpretação social dos tradicionais direitos de liberdade (NOVAIS, Jorge Reis. *Op.cit.*, 2003, p.59-65).

vinculada à dimensão puramente subjetiva dos direitos fundamentais.

Assim, para o citado autor, os preceitos fundamentais passam a ser considerados enquanto fundamentos da ordem jurídica de toda a comunidade, integrando o ordenamento jurídico enquanto diretivas para toda e qualquer atuação do poder público, designadamente o legislador.<sup>447</sup>

Em sentido semelhante, Perez Luño<sup>448</sup> afirma que os direitos fundamentais passaram a se apresentar, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos, não mais apenas como garantias negativas dos interesses individuais.

Embora possa parecer um truísmo, não custa observar que a referência a uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa considerá-la como o reverso da medalha de um direito subjetivo fundamental, ou seja, na acepção de que toda posição subjetiva pressupõe uma ordem objetiva que a preveja. Absolutamente, não é isto. A faceta objetiva dos direitos fundamentais, a que ora se faz referência, significa a outorga de uma função autônoma às normas que preveem os direitos fundamentais, que transcende a dimensão puramente subjetiva.<sup>449-450</sup>

Nesse sentido, então, é que se manifestam os efeitos associados a diversos tipos de “garantias institucionais”, à “eficácia externa ou horizontal” dos direitos fundamentais e seus “efeitos de irradiação”, os “deveres de proteção” do Estado contra terceiros, as normas de “direito organizatório” e de “direito procedimental”, que alargam a eficácia das relações jurídicas privadas para muito além dos ditos direitos subjetivos.

### 3.1.3.1 Garantias institucionais

Com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração, os constitucionalistas alemães, a partir de Carl Schmitt, perceberam também a existência de um conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, com base nos quais pudessem proteger as instituições.

---

<sup>447</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.65-66.

<sup>448</sup> LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p.20-21.

<sup>449</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.168.

<sup>450</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina. 2010, p.108.

Com efeito, o surgimento dos direitos sociais fez eclodir a consciência de que, tão importante quanto salvaguardar o indivíduo – tal como ocorria na função clássica dos direitos de liberdade –, era também proteger a instituição, “uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais.”<sup>451</sup>

Nesse sentido, é comum que a constituição estabeleça regras ou imponha deveres, especificamente aos poderes públicos, com o fito principal de proteger, realizar e promover a dignidade da pessoa humana, centrada em posições subjetivas, mas sem investir os indivíduos em posições de poder.

Esses, assim denominados “deveres sem direitos”, conquanto formem uma zona de proteção das mencionadas posições subjetivas, apenas o fazem de maneira indireta, na medida em que seus efeitos se referem diretamente apenas às normas que visam proteger as mencionadas posições, não sendo, no geral, referenciáveis individualmente (i.e, não são passíveis de subjetivação). Constituem, pois, figuras que apresentam um caráter objetivo e instrumental.<sup>452</sup>

São direitos fundamentais, mas que não se confundem com os da liberdade, porquanto a sua estrutura é lógica e juridicamente distinta. É da essência da garantia institucional a limitação, bem com a destinação a determinados fins e tarefas, diversamente do que se opera na dimensão subjetiva.<sup>453</sup>

Jose Carlos Vieira de Andrade<sup>454</sup> lembra que tais figuras referiam-se, inicialmente, àqueles institutos ou instituições existentes no ordenamento jurídico, algumas muito antigas, que costumavam ser reguladas pelo legislador ordinário, mas que a Constituição quis reconhecer e às quais pretendeu atribuir uma especial proteção.

Essas instituições se apresentam como um complexo normativo, muitas vezes com milhares de anos, muitos dos quais centrados na ideia de autorresponsabilidade e de autodesenvolvimento pessoal, como, por exemplo, a autonomia privada, em suas diversas manifestações, individuais e familiares (a liberdade contratual, a propriedade, a herança, o

---

<sup>451</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.565.

<sup>452</sup> Além dos exemplos já citados – como as garantias que rodeiam o funcionalismo público, o magistério, as confissões religiosas e a independência dos juízes – podemos ainda exemplificar aquelas atinentes ao sistema partidário, a autonomia administrativa, a instituição prisional etc.

<sup>453</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*, 2006, p.566.

<sup>454</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.135-136.

casamento, a família, a filiação, a responsabilidade familiar pela educação dos filhos etc.).<sup>455</sup>

Por vezes, entretanto, a mesma técnica é utilizada para consagrar complexos normativos, como regra geral, abertos à conformação do legislador ordinário, mas cujas feições básicas ficam asseguradas pela concretização do direito fundamental a que eles visem (v.g., a autonomia universitária, o serviço único de saúde etc.).

O importante, aqui, é compreender que, independentemente da espécie a que pertença, as garantias institucionais se referem ao complexo normativo na sua existência e não à realidade social que lhe é subjacente, em razão do que, “é com este alcance que vinculam o legislador, admitindo um espaço maior ou menor, de liberdade de conformação legal, mas proibindo-lhe, sempre, a destruição, bem como a descaracterização ou a desfiguração da instituição (do seu núcleo essencial).”<sup>456</sup>

### 3.1.3.2 Eficácia irradiante, efeito externo e dever estatal de proteção

É bastante usual ligar-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais à ideia de uma “eficácia irradiante” dos preceitos constitucionais que os preveem, fruto do seu intento conformador da ordem jurídica.

A tese da “eficácia de irradiação” surge com o objetivo de aperfeiçoar a concepção da “ordem objetiva”, segundo a qual as normas jurídicas fundamentais têm força conformadora e potencialmente expansiva a toda a ordem jurídica, mas padecia de imprecisão inibidora de consequências intersubjetivamente partilhadas.<sup>457</sup>

De acordo com Jorge Reis Novais<sup>458</sup>, a tese da “eficácia de irradiação”, sem chegar a por em xeque a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, reconhece-lhes, nada obstante, um conteúdo jurídico-objetivo adicional enquanto eficácia irradiadora a toda ordem jurídica, na medida em que condiciona a interpretação das normas

---

<sup>455</sup> Paulo Bonavides, com base em Carl Schmitt, nega expressamente a natureza de garantias institucionais às normas que cuidam dos institutos jurídicos de direito privado (propriedade, direito sucessório, a família, o casamento), sob o argumento de que estas últimas constituem “relações jurídicas e complexos normativos típicos, tradicionalmente sólidos, ao passo que as garantias institucionais são pertinentes a institutos de direito público.” Quando muito, seriam “garantias do instituto” previstas na Constituição. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.566).

<sup>456</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.137.

<sup>457</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.80.

<sup>458</sup> *Ibidem*, p.80-81.

infraconstitucionais àquele quadro referencial de valores.<sup>459</sup>

Daí se segue, concretamente, a proibição de qualquer disposição normativa, relativa a qualquer ramo do direito – e não apenas o direito civil – contrariar o mencionado sistema de valores, sob pena de inconstitucionalidade.

José Carlos Vieira de Andrade<sup>460</sup>, entretanto, obtempera que mais correto é falar-se em um “efeito externo” dos direitos fundamentais, resultante da força vinculativa dos preceitos respectivos. Isto porque, se considerarmos que os direitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva (ou interna) apenas vinculam os particulares e o Estado, é possível admitir que os direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, enquanto valores comunitários, justificam e exprimem “a respectiva eficácia fora do âmbito dessas relações, em especial nas relações dos particulares entre si.”

Ou seja, tendo em conta que os sujeitos da relação jusfundamental seriam o cidadão e o Estado, a eficácia externa das normas relativas aos direitos fundamentais é concebida como uma eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*).

A questão que se levantou neste domínio foi, inicialmente, a de saber até que ponto os preceitos constitucionais tinham uma aplicação direta ou apenas imediata no âmbito das relações privadas, ou seja, se e até que ponto os sujeitos de direito privado poderiam suscitar direitos fundamentais também perante outros sujeitos particulares, ou se, distintamente, a influência apenas seria possível através de preceitos e cláusulas gerais próprias do direito privado. A tese da “eficácia irradiante” nasce, pois, neste contexto histórico.

Contudo, não se demorou a perceber que, afinal, não se pode limitar a irradiação e a eficácia externa dos direitos fundamentais ao âmbito do direito privado, visto que tais fenômenos não de forçosamente repercutir em toda a ordem jurídica, “designadamente no direito administrativo, substantivo e procedimental, bem como no direito criminal e no direito processual.”<sup>461</sup>

Para Jorge Reis Novais<sup>462</sup>, residiria também nesta força irradiante dos direitos fundamentais a sua natural propensão para o desenvolvimento de uma função de garantia e fomento a complexos normativos mais abrangentes da inserção ambiental e social do indivíduo, de sorte

---

<sup>459</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.80-81.

<sup>460</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.137-138.

<sup>461</sup> *Ibidem*, p.138.

<sup>462</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op.cit.*, 2003, p.82-83.

a protegê-lo contra as denominadas intervenções fáticas no âmbito protegido dos direitos fundamentais, assim como viabilizar a eliminação dos condicionamentos fáticos que impeçam o exercício efetivo do direito fundamental. Neste, digamos assim, encargo constitucional do Estado de prover as condições materiais mínimas necessárias e, também, as “prestações normativas, judiciais e administrativas”, encontram-se o designado âmbito de organização e procedimento.<sup>463</sup>

Na atualidade, tende-se a dar menos valor à ideia da irradiação objetiva, seja direta ou mediata, das normas constitucionais, pois que estaria verdadeiramente em causa, ao invés disso, a vinculação de todos os Poderes Públicos aos preceitos constitucionais que consagram os direitos fundamentais, em especial do legislador e do juiz, na generalidade das suas respectivas atuações.<sup>464</sup>

De outro lado, vem se dando maior importância à existência dos denominados deveres de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado, em especial perante terceiros. Nesta perspectiva, a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais não se restringiria ao cumprimento do clássico dever de abstenção, ou, mesmo, apenas de prestação ou garantia de participação, segundo a natureza do direito do particular, mas, antes, implicaria o dever de promover a proteção dos direitos perante quaisquer ameaças, para assim assegurar a sua efetividade.<sup>465</sup>

Por meio dessa visão, considera-se que o Estado está obrigado, nomeadamente pela atuação do legislador ordinário, mas, também, em caso omissão deste, a uma atuação normativa, judicial ou fática, que vise assegurar e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos também contra agressões provindas de outros particulares, ou seja, terceiros na relação jurídica

---

<sup>463</sup> Segundo José Carlos Vieira de Andrade, outras áreas de intensa irradiação normativa dos direitos fundamentais são àquelas relacionadas à organização e ao procedimento das atividades do Poder Público, que durante muito tempo foram desvalorizadas pela sua natureza instrumental em relação aos direitos subjetivos. Na atualidade, entretanto, admite-se que a generalidade dos direitos fundamentais, embora de formas e em medidas distintas, têm um papel de relevo na criação de normas organizatórias e procedimentais. Segundo o citado autor: “Desde logo, verifica-se ou afirma-se a existência de direitos fundamentais a um procedimento, como, por exemplo, os direitos a acesso aos tribunais, o velho direito de habeas corpus, o direito de audiência prévia (em procedimentos sancionatórios) – estamos aqui perante verdadeiros direitos fundamentais procedimentais, cujo conteúdo principal é justamente a existência de um determinado procedimento, o qual, para além de integrar, no essencial, a dimensão subjetiva do direito, vai colocar naturalmente exigências normativas de segundo grau que estabeleçam os termos específicos desse procedimento.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.142).

<sup>464</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, 2010, p.138; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.433 *et seq.*

<sup>465</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.22-26, 28-29 e 36.

primária de direito fundamental.<sup>466</sup>

Sob tal perspectiva, torna-se possível discutir em que casos e até que ponto a evocação dos direitos fundamentais impõe ao Estado um dever de criminalizar determinada conduta, ou proceder a uma intervenção pública nas relações e, em geral, nas atividades dos particulares, valendo-se das funções clássicas de proibição de intervenção/vedação de excesso, em paralelo com um princípio de imperativo de tutela/proibição de déficit, ponto sobre o qual retornaremos no decorrer do presente capítulo.

### 3.2 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo a doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais estariam restritos à regência das relações do cidadão com o Estado. Estes direitos eram vistos, assim, como limites ao exercício do poder estatal e que, por isso mesmo, não se projetavam nas relações jurídico-privadas.

Com efeito, a concepção unidirecional dos direitos fundamentais como direitos oponíveis exclusivamente aos poderes públicos tem suas bases no Estado liberal de direito, que, por sua vez, tem a sua razão de ser na necessidade da salvaguarda da liberdade individual frente ao que se considera a sua principal ameaça: o próprio Estado. É evidente que, no âmbito das relações entre os cidadãos, também havia a preocupação com a proteção recíproca às liberdades, porém esta proteção não se dava na quadra dos direitos fundamentais, mas se impunha por meio do respeito às normas de direito civil ou direito penal.<sup>467</sup>

Nesse cenário, os direitos fundamentais – ditos de primeira geração – constituíam, essencialmente, liberdades negativas, que por sua vez implicavam deveres de omissão

---

<sup>466</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.88.

<sup>467</sup> Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade: “Evidentemente, também os indivíduos estavam obrigados juridicamente a respeitar a liberdade dos seus concidadãos e competia ao Estado assegurar esse respeito, prevenindo ou castigando abusos e violações e solucionando conflitos. Porém, esse respeito devido e essa proteção não eram entendidos no quadro de direitos fundamentais, mas no âmbito do autónomo direito privado e do direito criminal. Se um particular atentasse contra a integridade física de outrem, este último não invocaria o direito fundamental previsto na Constituição, mas o artigo correspondente no Código Penal. Ou, no caso de uma violação de um direito real, não seria invocado o direito fundamental de propriedade, mas o preceito próprio do Código Civil.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.233, nota 5).

oponíveis ao Estado.<sup>468</sup>

Essa visão, que é tributária do individualismo que caracterizava o constitucionalismo liberal-burguês, encontra-se hoje anacrônica. Este anacronismo decorre da percepção de que a opressão e a violência contra a pessoa não provêm apenas do Estado, mas também da multiplicidade dos atores privados presentes nos diversos espaços de atuação da vida na sociedade contemporânea, tais como o mercado, a família, a sociedade civil, e empresa etc.<sup>469</sup>

Com efeito, à proporção em que o processo de socialização verificado nas sociedades contemporâneas veio demonstrar que não se está diante de uma sociedade de homens iguais – à maneira idealizada pelo liberalismo, por meio de uma afirmação jurídica sem qualquer correspondência com a realidade de fato –, manifesta-se a imperiosa necessidade de se estender a proteção dos denominados direitos fundamentais às próprias relações jurídicas travadas entre os cidadãos, ditas, assim, interprivadas.<sup>470</sup>

De fato, não apenas o Estado-Administração começa a comparecer às relações sociais cada vez mais nas vestes de sujeito privado, como, também, por outro lado, as entidades privadas, paulatinamente, passam a exercer tarefas de interesse coletivo ou a determinar em termos fundamentais os comportamentos dos indivíduos em diversas áreas sociais<sup>471</sup>. De outro lado, tornam-se mais frequentes as analogias entre o poder público e o poder privado, especialmente naquelas situações marcadas por uma disparidade substancial entre as partes. Sem dúvida que a ausência de simetria na relação dá ensejo a que a parte que detenha a posição dominante, por causas econômicas ou sociais, acabe por condicionar a decisão da parte mais débil da relação.<sup>472</sup>

Diante desse quadro, transpõe-se a unidimensionalidade da teoria liberal dos direitos

---

<sup>468</sup> “De facto, para a concepção liberal, os direitos fundamentais tinham a sua razão de ser na relação indivíduo-Estado e não incluíam regras de comportamento para os particulares. Há uma separação estrita entre o Estado e a sociedade civil, virtualmente abandonada ao jogo livre das forças sociais.” (MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.14).

<sup>469</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.193.

<sup>470</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *Op.cit.*, 2005, p.16.

<sup>471</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.233.

<sup>472</sup> Como bem pontua José Carlos Vieira de Andrade, “torna-se patente que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado como pressupunham as teorias liberais burguesas. A área da sociedade deixa de ser (ou poder ser vista como) o palco de actuações individuais, à medida que se verifica a profunda diversificação e imbricação entre os interesses das pessoas e se multiplica a actividade dos partidos e dos grupos de interesse – sindicatos, associações patronais, igrejas, grupos económicos, associações cívicas, profissionais, desportivas etc. – que dispõem, cada vez mais, de elevado poder social e político.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, 2010, p.234).



fundamentais – reconduzida que era a qualidade de simples direitos de defesa – visto que passa agora a ser exigível do Estado proteger os direitos e liberdades dos indivíduos perante as agressões e ameaças de outros indivíduos.

Assim, muito embora a concepção de direitos fundamentais tenha tido sua origem na garantia das liberdades do indivíduo frente ao Estado (Estado/cidadão), o processo histórico alargou o espectro e o campo de eficácia desses direitos,<sup>473</sup> de sorte que, nos dias de hoje, a concepção de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos entre particulares (cidadão/cidadão) – ou que têm eficácia horizontal – é amplamente aceita.<sup>474</sup> O ponto das discussões, na atualidade, centra-se na verificação da forma como se dá tal eficácia.

Seria incorreto simplesmente transplantar o particular para a posição do sujeito passivo do direito fundamental (no caso, o Estado), de sorte a equiparar o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos. Isto porque o indivíduo, diferentemente do Estado, também é titular de direitos fundamentais, além de estar investido, pela própria Constituição, em um poder de autodeterminação dos seus próprios interesses privados.

Assim, o ponto fulcral da questão é encontrar um mecanismo pelo qual se faça uma compatibilização entre, de um lado, uma efetiva tutela dos direitos fundamentais – em um cenário no qual as ameaças e agressões vêm de todos os lados – e, do outro, a salvaguarda da proteção da autonomia privada do indivíduo.

A questão pode, então, ser resumida ao seguinte: *como e em que medida* os direitos fundamentais incidem nas relações travadas entre os particulares? A questão de saber *como* os direitos fundamentais influem nas relações entre os particulares é o que Alexy denomina problema de construção; já a questão de saber *em que medida* incidem seria, para o citado

---

<sup>473</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.19.

<sup>474</sup> Para Robert Alexy, as questões que devem ser resolvidas a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas são basicamente duas: “como” e “em que medida”. Nas suas palavras: “Atualmente a ideia de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direito fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.528).

autor, um problema de colisão.<sup>475</sup>

Acerca da questão da construção, duas posições tradicionais assumem relevo: a) os do que postulam a eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais (posições monistas); e b) os que buscam restringir a sua incidência a uma forma mediata ou indireta (posições dualistas).

Entre os espaços determinados por essas duas posições – diga-se, assim, mais puras - não faltaram, obviamente, teorias que buscam soluções diferenciadas, que visavam a equilibrar os valores confluentes em jogo. Nesse passo, pela importância que ela assumiu no direito alemão – e, em especial, para o presente trabalho –, cita-se a teoria dos *deveres de proteção estatal perante terceiros*, de que se tratará logo em seguida.

### 3.2.1 Teorias de construção

#### 3.2.1.1 Teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais

As *posições monistas* defendem que os direitos fundamentais têm uma validade absoluta enquanto direitos subjetivos ou normas de valor, e incidem diretamente nas relações privadas, independentemente da mediação do legislador.

A teoria da eficácia imediata foi inicialmente defendida na Alemanha, por Hans Carl Nipperdey, no início da década de 50. Para o citado autor, a ameaça para os direitos fundamentais do cidadão do século XX não decorriam apenas dos atos do Estado, mas também de condutas atribuídas aos grupos sociais, que detém nas sociedades de massa um poder social ou econômico cada vez maior. Este poder pode ser imposto aos indivíduos de variadas formas, de sorte a afetar zonas ou aspectos relevantes de sua personalidade.<sup>476</sup>

Os direitos fundamentais, por seu turno, são normas de valor que devem prevalecer para todo o ordenamento jurídico, o que equivale dizer que a ordem jurídica privada não se encontra excluída da sua incidência.

Segue-se, então, que, muito embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua própria natureza, podem ser suscitados

---

<sup>475</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.528.

<sup>476</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.238.

diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer interposição do legislador.<sup>477</sup> Nisto consiste o cerne da sua teoria.

Assim, por um lado, os direitos fundamentais valem como direitos subjetivos exercitáveis contra entidades privadas que venham a formar verdadeiros poderes sociais ou ainda perante indivíduos que, nas relações com outros, disponham de uma situação real de poder, social ou economicamente falando. Por outro lado, entre os “cidadãos” comuns, ou iguais, os preceitos constitucionais concernentes aos direitos fundamentais também se aplicam diretamente, mas apenas como valores comunitários. Mesmo aqui, alerta-se, não seriam apenas regras de interpretação ou preenchimento de cláusulas gerais, mas revestiriam a natureza de proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado.<sup>478</sup>

Portanto, segundo a concepção da incidência imediata, os direitos fundamentais se dirigem não apenas contra o Estado, mas também eventualmente contra os sujeitos de direito privado, não carecendo, assim, de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado para produzir eficácia. A norma constitucional, então, é aplicada não como uma simples regra hermenêutica, mas como norma de comportamento apta a incidir no conteúdo das relações entre os particulares.<sup>479</sup>

Uma vez que não carecem de qualquer transformação para o sistema de regras, os direitos fundamentais conduziram, sem mais, a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado e a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado. Sob tal perspectiva, os direitos fundamentais contém implicitamente uma proibição legal, que veda, em princípio, a sua restrição por meio de disposições negociais; e um direito subjetivo de defesa em face de

---

<sup>477</sup> “Así, para Nipperdey sólo algunas disposiciones de derechos fundamentales aúnan un doble carácter: además de su tradicional significación de derechos públicos subjetivos, son principios objetivos que informan la totalidad del ordenamiento jurídico, incluyendo el derecho privado. La aplicación de estas normas constitucionales al derecho privado de ningún modo llega a afectar en exceso la esfera de libertad del individuo, pues solo podrá e irá a restringirla hasta donde fuera absolutamente necesario en el interés de una ‘vida social sana’; de este modo la *Drittwirkung* aparece como la consecuencia lógica de las transformaciones que implica el concepto de Estado social, en especial la primacía del interés general sobre las motivaciones particulares y la realización efectiva del mandato de igualdad.” (ESTRADA, Alexei Júlio. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2000, p.104-105).

<sup>478</sup> “Não seriam válidas quaisquer cláusulas negociais que implicassem o dever de agir ou de não reagir em situações que têm de ser de decisão totalmente livre. Por exemplo, a obrigação de casar ou não casar, de abraçar ou deixar certa religião, segundo a vontade de outrem, a obrigação, assumida pelo marido, de nunca viajar sozinho etc. Também seriam contrárias à dignidade humana e, por isso, nulas as estipulações contratuais em que, por dinheiro, se aceitassem certas restrições à liberdade. Por exemplo, se um atleta se obriga a não entrar em competições desportivas ou o dono de um jornal a não consentir num anúncio” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.238).

<sup>479</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.318-319.

outros sujeitos de direito privado e “cuja violação gera, em princípio, dever de indemnizar”.<sup>480</sup>

A doutrina de Nipperdey foi posteriormente desenvolvida por Walter Leisner e abraçada por Reinhold Zippelius que admite expressamente haver formas distintas de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>481</sup> Apesar disto e de também existirem alguns julgados alemães sufragando a teoria, a verdade é que ela não foi bem recebida pela doutrina e pela jurisprudência naquele país.<sup>482</sup>

Costuma-se criticar as *posições monistas* sob os seguintes argumentos: a) gerariam insegurança jurídica, na medida em que permitem que conflitos privados sejam resolvidos com base em princípios constitucionais, vagos e abstratos, cuja aplicação é na maior parte das vezes imprevisível; b) acusa-se, também, de serem antidemocráticas, por importarem uma atribuição excessiva de poderes ao juiz, em detrimento do legislador, a quem, no âmbito do seu poder conformador, caberia ponderar os interesses e direitos eventualmente em jogo, nos conflitos privados; e c) por fim, considera-se a implicação excessiva da autonomia privada.<sup>483</sup>

Quanto à primeira crítica, o argumento não procede. Com efeito, os direitos fundamentais vinculam o poder público em todas as relações que estabelecem com os cidadãos, gerando direitos subjetivos para os particulares, apesar da indeterminação das respectivas normas. Assim, não parece haver razão que justifique a não aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares, sob tal fundamento. De mais a mais, a indeterminação dos direitos fundamentais certamente não é menor do que o que decorre das cláusulas gerais (que, aliás, no mais das vezes tem seus conceitos preenchidos pelo quadro de referência axiológica dos princípios constitucionais).<sup>484</sup>

A segunda crítica tem uma relação muito forte com o princípio democrático e está relacionada com a discussão a respeito do princípio da separação dos poderes. De fato, em um Estado

---

<sup>480</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.53.

<sup>481</sup> Reinhold Zippelius cita como exemplo de eficácia direta, o art. 9, parte 3, da Constituição de Bohn, que toma por nulos os ajustes privados que atentem contra o direito de coligação dos partidos políticos, mas não exclui a possibilidade da prévia eficácia indireta, mediante a utilização dos valores constitucionais como diretrizes de interpretação de outras normas jurídicas, como nos casos dos conceitos jurídico indeterminados, como “bons costumes”. Segundo o citado autor, a ordem de valores constitucionais deve nortear e impulsionar a legislação, administração e judicatura (ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p.173-174).

<sup>482</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.193

<sup>483</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.71-86.

<sup>484</sup> *Ibidem*, p.71-72.

Democrático de Direito, cumpre ao legislativo, em primeiro lugar, conformar os diversos interesses e posições de direitos fundamentais que colidem. Ocorre que a legislação não pode tudo prever, de modo exaustivo, tampouco pode contemplar todas as situações ou conflitos possíveis. Surgem, incessantemente, ameaças e novas formas de agressão em cenários insuspeitos.<sup>485</sup> Como a exigência constitucional deve ser satisfeita, em se tornando necessária a intervenção do judiciário, este será chamado a concretizar. Argumenta-se, ainda, que o órgão legislativo omissivo pode, a qualquer tempo, chamar para si a questão, permanecendo sempre aberta a via legislativa.<sup>486</sup>

Trata-se, em verdade, de crítica que se relaciona com a questão relativa à denominada dificuldade contramajoritária, por meio da qual se discute a possibilidade de um órgão não eletivo, como um tribunal ou juiz singular, sobrepor-se a uma decisão do legislativo. A pergunta que se coloca então é onde estaria a legitimidade desses órgãos judiciais para anular atos de representantes legítimos da maioria?<sup>487</sup>

A resposta está nas próprias constituições, que costumam atribuir esta missão ao judiciário e, em especial, às cortes constitucionais. Diz-se que as constituições, em termos democráticos, devem desempenhar dois grandes papéis: a) estabelecer as regras do jogo, mediante ampla participação, governo da maioria e alternância de poder; e b) proteger valores e direitos fundamentais, mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Portanto, a democracia não se resume ao princípio majoritário.<sup>488-489</sup>

Segue-se daí o papel do poder judiciário nessa atuação: ou seja, velar pelas regras do jogo democrático e também pelos direitos fundamentais. Nesta atuação, obviamente, segue-se o dever de uma motivação racionalmente controlável das decisões e a criação de instâncias de

---

<sup>485</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.313.

<sup>486</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.73.

<sup>487</sup> STRECK, Lênio Luis. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito: ainda é possível falar em “constituição dirigente e compromissária”? *In*: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS**. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS, 2001, p.83; BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, publicado em 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 04 dez. 2011, p.11.

<sup>488</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Op.cit.*, 2008, p. 11.

<sup>489</sup> Segundo Lênio Streck, “o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. A soberania do parlamento cedeu passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado.” (STRECK, Lênio Luis. *Op.cit.*, 2001, p.83).

decisão e controle.<sup>490</sup>

Importa, contudo, ressaltar o alerta feito por Luis Roberto Barroso, no sentido de que a atuação contramajoritária não pode ser tão ampla e sem limites a ponto de implicar supressão da política, do governo da maioria, tampouco do papel do legislativo, pois “cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas.”<sup>491-492</sup>

Acerca da crítica quanto à excessiva implicação da autonomia privada, opõe-se que a incidência direta não se dará em todos os casos, sendo antes necessária ver, para cada espécie de direito fundamental, se ele realmente vincula o comportamento do particular e, em caso positivo, até que ponto. Sem dúvida, a maior preocupação das teorias monistas é a salvaguarda dos indivíduos em face dos poderes sociais, o que não significa desprezo pela liberdade e autonomia privada: ao contrário, busca-se preservá-las.

O próprio Nipperdey considera que seus opositores não levavam em conta a circunstância de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é distinta da que ocorre nas relações cidadão/Estado. Isto porque, nas relações cidadão/cidadão há de ser levado em conta que ambos são titulares de direitos fundamentais e podem recorrer aos direitos de liberdade. Assim, a aceitação da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não implica limitação da liberdade individual, a ponto de não tomar em consideração a autonomia privada. Esta última, como valor jurídico-constitucional tutelado, deverá ser tomada em conta e devidamente ponderada com os demais interesses eventualmente imbricados. Pelas mesmas razões, não procede o argumento de que a incidência direta desvirtuaria os direitos fundamentais, na medida em que os converteria em deveres.<sup>493</sup>

Portanto, como se vê, mesmo os adeptos da teoria da eficácia imediata não desconhecem a existência de especificidades nessa incidência, como o fato de que todos envolvidos na relação são titulares de direitos fundamentais; ou a indispensabilidade de se ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares.<sup>494</sup>

---

<sup>490</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 12.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p.173.

<sup>491</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, publicado em 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 04 dez. 2011, p.11-12.

<sup>492</sup> Sobre a ideia contemporânea de democracia, conferir: ZIPPELIUS, Reinhold. *Op.cit.*, 1977, p.172-174.

<sup>493</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.81-82.

<sup>494</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.532.

Vale ainda dizer que, muito embora ela não tenha obtido uma boa aceitação na Alemanha, tornou-se teoria majoritariamente aceita na Espanha e Portugal.<sup>495</sup>

### 3.2.1.2 Teoria da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos fundamentais

Para as *posições dualistas* as relações entre particulares são essencialmente reguladas por um conjunto especial de leis, sendo que os denominados direitos fundamentais podem aí atuar enquanto princípios objetivos, influenciando-lhes a interpretação.

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*) foi primeiramente apresentada na Alemanha, em 1956, por meio da obra de Günter Dürig.<sup>496</sup> A partir de então, tornou-se a teoria dominante na doutrina e na jurisprudência do direito germânico.

Segundo Dürig e seus seguidores, o princípio constitucional da liberdade (e do livre desenvolvimento da personalidade) deve continuar a ser o postulado básico, o valor fundamental a se ter em mira na solução de questões de direito privado. Os direitos fundamentais, por outro lado, constituem-se essencialmente direitos de defesa da liberdade

---

<sup>495</sup> Na Espanha não há dispositivo expresso no texto constitucional que consagre a incidência direta, mas muitos dos seus doutrinadores a acolheram. A propósito, conferir: UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.318 *et seq.* e 334 *et seq.*; LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p.22-23; CRUZ, Rafael Naranjo de La. **Los Límites de los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre Particulares**: La Buena Fe. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p.210-246; e GRAU, Maria Venegas. **Derechos Fundamentales e Derecho Privado**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2004, p.201- 203, 231-232. A Constituição de Portugal consagra expressamente a teoria, no seu art. 18.1 (“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas”). Apesar disto, ainda, perdura a discussão por lá, pelo menos a nível doutrinário. A favor da eficácia direta, confira-se: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.121 *et seq.*; e PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.136- 140. Outra parte da doutrina adota a teoria da eficácia indireta, a despeito da literalidade do dispositivo constitucional. Ainda quando admita a incidência direta em casos extremos (de omissão legislativa): PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.72 a 75. Por fim, há ainda os adeptos de uma posição intermediária, na qual se admite genericamente a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas ressalva-se a necessidade da ponderação com a autonomia e liberdade negocial, tais como: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.247-264; FARIA, Miguel José. **Direitos Fundamentais e Direitos do Homem**. v.I. 3.ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001, p.139-140; MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.86-91; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.320-327; e PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n.82, 1987, p.47-51.

<sup>496</sup> CRUZ, Rafael Naranjo de La. *Op.cit.*, 2000, p.169.

contra o poder do Estado e, por isso, não se justificaria que se estendessem aos particulares.

Dessa forma, os direitos fundamentais não entram no cenário das relações privadas como direitos subjetivos que possam ser invocados a partir da Constituição.<sup>497</sup> Não quer isto dizer, também, que o Estado, enquanto sujeito passivo dos direitos fundamentais, não tenha o dever de proteger os ataques que lhe sejam movidos, mesmo quando praticados por outros particulares. Apenas esta proteção não se dará por via de instrumentos do direito constitucional, mas sim através de mecanismos próprios do direito privado, de sorte que a força jurídica dos preceitos fundamentais alcançaria os particulares apenas de forma mediata, por meio da atividade do legislador.<sup>498</sup>

A teoria da eficácia indireta rivaliza com a teoria da incidência direta dos direitos fundamentais, sob o argumento de que esta última exterminaria a autonomia da vontade e desfiguraria o direito privado, ao convertê-lo em mera concretização do Direito Constitucional. Considera-se que, em razão do elevado grau de indeterminação que marca as normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais, a adoção da teoria da eficácia horizontal direta acabaria por outorgar um poder exagerado ao juiz, pondo em risco a liberdade individual, que ficaria inteiramente jungida à discricionariedade judicial.<sup>499</sup>

Em verdade, os argumentos utilizados pelos defensores da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais são mitigações daqueles defendidos pelos que negam qualquer tipo de incidência destes direitos nas relações privadas, com uma única diferença: o reconhecimento, por parte dos primeiros, de que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia a todos os campos do ordenamento, inclusive o do direito privado, cujas normas devem ser interpretadas segundo o aquele quadro de referência axiológica.<sup>500</sup>

Com efeito, sem embargo das premissas utilizadas para dar sustentação à sua teoria, Dürig admite a necessidade de se estabelecerem certas pontes entre as normas regentes das relações privadas e a Constituição, para o fim de submeter aquelas primeiras à pauta de valores estabelecida por esta última.

Essas pontes são justamente as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados

---

<sup>497</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.210.

<sup>498</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.236-237.

<sup>499</sup> HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p.59-61.

<sup>500</sup> SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, 2003, p.212.



acolhidos pelo legislador, que servem como verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais nas relações privadas. A vagueza semântica dos dispositivos de lei permite que eles sejam sempre interpretados pelos juízes em conformidade com a ordem de valores que fundamentam os direitos fundamentais.<sup>501</sup>

Os direitos fundamentais, enquanto “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, exercem influência sobre a ordem privada, sobretudo, pela concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, podendo essa influência, por outro lado, estar presente “em toda e qualquer interpretação de uma norma de direito privado e, em casos especiais, chega até a fundamentar decisões contra o teor literal da lei”.<sup>502</sup>

Portanto, a teoria da eficácia indireta se correlaciona com a concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>503-504</sup>

Dito de outro modo, os partidários da teoria da eficácia indireta entendem que a Constituição não outorga direitos subjetivos aos particulares em face de outros particulares. Nada obstante, admitem que ela possui normas objetivas, cuja irradiação de efeitos impregna as leis civis de valores constitucionais.<sup>505</sup>

Portanto, os destinatários das normas relativas aos direitos fundamentais são, de forma direta, o Estado e os seus órgãos, mas não os particulares.

Assim, ao legislador cabe, antes de qualquer outro, a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares, fixando a sua disciplina de maneira compatível com os valores constitucionais. Portanto, a ele cumpre proteger os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, mas sem descuidar da tutela da autonomia privada. Assim o faz por meio de uma ponderação entre os interesses constitucionais conflitantes, valendo-se da ampla

---

<sup>501</sup> ESTRADA, Alexei Júlio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2000, p.111.

<sup>502</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.529.

<sup>503</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.211.

<sup>504</sup> Trata-se da teoria da irradiação, explicada por Alexy, mediante o auxílio do Tribunal Constitucional Federal, que “procura conceber o ‘efeito irradiador’ das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico com o auxílio do conceito de ordem objetiva de valores. Para usar as palavras do tribunal: ‘Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, ela representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.’” (ALEXY, Robert. *Op.cit.*, 2008, p.524-525).

<sup>505</sup> HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p.57-58.

liberdade de conformação, que lhe é constitucionalmente assegurada.

De sua feita, ao judiciário restaria a função de preencher as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados criados pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, assim como rejeitar a aplicação de normas privadas incompatíveis com aqueles direitos, por inconstitucionalidade,<sup>506</sup> atuando, assim, como legislador negativo.

Nesses casos, sempre que o poder judiciário resolver os conflitos privados, interpretando as normas ordinárias em descompasso com os direitos fundamentais, acaba por causar uma lesão a tais direitos, em razão do que seu ato se sujeitará à censura. Esta formulação teórica, em verdade, foi a saída encontrada pela Corte Constitucional alemã para apreciar, em sede de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), decisões judiciais que não tenham atribuído o peso devido aos valores constitucionais durante a sua atividade de interpretação e aplicação das normas de direito privado.

Entre os casos mais conhecidos de aplicação indireta, vale destacar o caso Lüth, sempre lembrado pela doutrina. O caso versava sobre uma disputa relacionada à legitimidade de um boicote, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, no ano de 1950, contra um filme dirigido pela cineasta Veit Harlan, de passado reconhecidamente nazista. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram da Justiça Estadual de Hamburgo uma decisão injuntiva, por meio da qual se determinava a imediata cessação do boicote, com base no art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”.

Lüth, inconformado com a citada decisão, interpôs uma queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG), que acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do direito privado, como a dos “bons costumes”, referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas segundo a ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em conta os direitos fundamentais. Segundo o Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), a decisão da Corte de Hamburgo não se baseou nessa ordem de valores, reconhecendo, então, a lesão desta ao direito fundamental de Lüth.<sup>507</sup>

Vale salientar que, apesar da rígida formulação da teoria da eficácia mediata, tal como acima

---

<sup>506</sup> HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p.63-67.

<sup>507</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.215.

exposto, alguns autores como Karl Larenz<sup>508</sup>, Carlos Alberto Mota Pinto<sup>509</sup> admitem – ainda que apenas em casos excepcionais de lacuna do ordenamento privado e inexistência de cláusulas gerais ou de conceitos jurídicos indeterminados – a possibilidade de o juiz aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, isto é, independentemente da interposição do legislador.

No mais, cabe acrescentar que, assim como se dá com as posições monistas, as posições dualistas também costumam sofrer severas críticas.

A teoria da incidência horizontal indireta costuma ser criticada, por exemplo, porque não seria hábil a oferecer uma proteção integral e efetiva aos direitos fundamentais, no âmbito do direito privado, visto que o deixa totalmente dependente do humor do legislador ordinário.<sup>510</sup>

Trata-se de crítica ponderável. Contudo, passa a ser questionável se considerarmos a possibilidade do juiz, ainda que em casos excepcionais, i.e., diante de um determinado caso de lacuna ou omissão do legislador, proceder a uma aplicação direta dos direitos fundamentais para solução de conflitos entre particulares.<sup>511</sup>

Há ainda quem afirme que a impregnação do direito privado com valores constitucionais poderia levar a uma erosão do princípio da legalidade, na medida em que amplia demasiadamente a indeterminação e insegurança na aplicação das normas civis.<sup>512</sup>

---

<sup>508</sup> A respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, Karl Larenz assevera: “*Su concretización corresponde, en primer término, a los autores de las leyes ordinarias, y a los tribunales, sólo en tanto en cuanto aquéllos hayan dejado margen para ello. La vinculación del juez a la ley conforme a la Constitución (art. 97, ap. I, de la Ley Fundamental) condiciona la ‘primacia de concretización’ del legislador. Em tanto que el legislador haya dictado una regulación específica y está se mantenga dentro de los límites prefijados por los principios constitucionales, el juez, por tanto, ha de tomarla en consideración y no puede eludirla mediante una distinta concretización de los principios a la cual quisiera dar preferencia. Por ello solo hay margen para una concretización directa de los principios constitucionales por la jurisprudencia en tanto en cuanto el legislador no haya hecho uso de Le su derecho preferente de concretización, y por tanto, especialmente, cuando el Derecho legal ordinario pone de manifiesto lagunas, así como en el caso de que la regulación legal no pueda ser interpretada conforme la Constitución y, por consiguiente, se Le haya de negar validez, lo cual, en el Derecho postconstitucional, solo puede tener lugar por medio del Tribunal Constitucional Federal.*” (LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picaven. Madrid: Edersa, 1978, p.100-101).

<sup>509</sup> Segundo o referido autor, “em casos absolutamente excepcionais, por não existir cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado adequado, uma norma constitucional reconhecadora de um direito fundamental aplica-se independentemente da mediação de uma regra de direito privado [...]” (PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.74).

<sup>510</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.219.

<sup>511</sup> BRAGA, Paula Sarno. **A aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p.125.

<sup>512</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.312-313.

Em verdade, a crítica deve ser direcionada, não contra a teoria da eficácia horizontal indireta, mas contra os desvios e eventuais abusos que podem ser praticados pela jurisprudência na aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, os quais, aliás, foram argutamente apontados por Franz Wieacker<sup>513</sup>. Para o citado autor, a técnica legislativa das cláusulas gerais possibilita ao juiz fazer valer a parcialidade, as suas valorações pessoais, o entusiasmo jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e o espírito da ordem jurídica. Além disto, o uso indiscriminado de cláusulas gerais pelo legislador colocaria sobre os ombros do juiz uma responsabilidade social que não seria do seu ofício.

Apesar dos pertinentes apontamentos feitos por Wieacker, entende-se que a aplicação das cláusulas gerais não deve consistir em proclamações vazias de justiça, mas na afirmação de um método que permita discutir racionalmente as questões de justiça contidas na decisão, como já afirmado em capítulo anterior.<sup>514</sup>

De todo o modo, a teoria em voga – naturalmente mais conservadora – oferece menos riscos à segurança jurídica que a sua rival, que propugna a incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Por fim, uma das críticas mais severas é que a teoria da incidência horizontal indireta acabaria sendo supérflua, na medida em que termina por se reconduzir inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição.<sup>515</sup>

De fato, a teoria da eficácia horizontal indireta não explica suficiente e especificamente de que forma os direitos fundamentais podem incidir nas relações privadas. A sua construção acaba se apresentando como um corolário de que a lei fundamental é uma norma jurídica e de que as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas conforme a mesma.

A questão, então, seria saber se, além dessa função interpretativa, os direitos fundamentais seriam, pelo menos em alguns casos específicos, oponíveis frente aos particulares de um modo direto, ou seja, se o seu conteúdo pode ser utilizado de alguma forma como limite ao

---

<sup>513</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Trad. portuguesa por Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gubenkian, 2004, p.546-547.

<sup>514</sup> A nosso viso, neste contexto é que se coloca a importância da discussão a respeito dos precedentes, da motivação das decisões e dos limites impostos pelo discurso jurídico, que serão discutidos em no último capítulo.

<sup>515</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.316-318.

exercício da autonomia da vontade em relações jurídicas amparadas pelo direito privado.<sup>516</sup>

### 3.2.1.3 Teoria dos deveres de proteção estatal perante terceiros

José Carlos Vieira de Andrade chama a atenção para o fato de que, no âmbito do direito alemão, embora ainda se verifique a prevalência das ideias da aplicabilidade mediata, há uma tendência doutrinal à sua superação, em favor da construção da denominada *teoria dos deveres de proteção estatal dos direitos fundamentais*.<sup>517</sup>

A partir das bases teóricas anteriormente expostas, um segmento da doutrina alemã mais atual, no qual se incluem autores como Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, tem sustentado que a teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais constitui o ponto de partida mais exato para solucionar a questão da proteção destes direitos no âmbito das relações privadas, de sorte a respeitar a sua essência e conteúdo.<sup>518</sup>

Segundo essa teoria, os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigem-se, em linha de princípio, às relações firmadas entre entidades privadas e poderes públicos. Contudo, para além do dever de os respeitarem e criarem condições mínimas para a sua concretização, os poderes públicos têm, também, o dever de proteger os particulares contra quaisquer ameaças que parem sobre os seus bens jurídicos fundamentais, constitucionalmente assegurados, ainda que tais ameaças resultem da atividade de outro particular.<sup>519</sup>

A partir da leitura do artigo 1º, nº. 3, da LF<sup>520</sup>, Canaris<sup>521</sup> sustenta que os poderes executivo, legislativo e judiciário encontram-se imediatamente vinculados aos direitos fundamentais, cumprindo, assim, ao Estado, não apenas abster-se de violá-los, mas, também, protegê-los em face de agressões ou ameaças oriundas de terceiros, inclusive quando tais agressões partam de outros particulares.

---

<sup>516</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.63.

<sup>517</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.241.

<sup>518</sup> ESTRADA, Alexei Júlio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2000, p.141; SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.236.

<sup>519</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *Op.cit.*, 2005, p.28-29.

<sup>520</sup> Lei Fundamental de Bonn: “ARTIGO 1º (**Proteção da dignidade humana**) [...] 3. Os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente.”

<sup>521</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.22-26, 28-29 e 36.

De acordo com a citada teoria, a proteção dos direitos fundamentais dos particulares se dá em primeiro plano, a nível legislativo, i.e., pelas normas de direito privado e seus institutos. Isto porque o legislador se encontra imediatamente vinculado aos direitos fundamentais. Portanto, embora haja um amplo espaço de liberdade concedida pela Constituição ao legislador ordinário para a conformação do direito privado, ele deve fazê-lo em respeito aos seus preceitos fundamentais.

Da conclusão de que os direitos fundamentais valem imediatamente para o legislador ordinário, decorre, em seguida, a dedução de que não se pode adotar posição diversa para a aplicação e desenvolvimento do direito infraconstitucional, missão esta que cumpre ao judiciário.

A afirmativa supra é reforçada pelo artigo 93º, nº. 1, alínea 4a da LF<sup>522</sup>, visto que, segundo este preceito, também uma decisão do tribunal cível pode ser impugnada pela queixa constitucional (*Verfassungbeschwerde*), com fundamento na violação de um direito fundamental, o que pressupõe, claro, que aquela decisão possa resultar da aplicação equivocada do direito fundamental. Vale salientar que, nestes casos, o objeto da vinculação e controle pelos direitos fundamentais não é propriamente a sentença ou acórdão, mas a proposição que lhe subjaz e a sustém, que há de ser formulada em forma de uma norma: a denominada *ratio decidendi*.<sup>523</sup>

Canaris<sup>524</sup>, pondo-se assim radicalmente contra a concepção de “eficácia de irradiação”, adotada na decisão do Tribunal Constitucional Federal em relação ao caso Lüth – a qual chamou de insatisfatória, destituída de qualquer sentido jurídico e supérflua – propõe que todos os problemas relativos à eficácia horizontal dos direitos fundamentais possam ser resolvidos recorrendo-se às funções normais destes últimos, como as *proibições de intervenção* e os *imperativos de tutela*.

Assim, a partir do estudo crítico do caso Lüth, Canaris constata que a simples observação da

---

<sup>522</sup> Lei Fundamental de Bonn: “artigo 93º (**Tribunal Constitucional Federal; competência**) 1. Compete ao Tribunal Constitucional Federal apreciar: [...] 4a) As queixas constitucionais, que podem ser interpostas por toda a gente com a alegação de ter sido lesado, pelo poder público, num dos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos consagrados no n. 4 do artigo 20º., assim como nos artigos 33.º, 38.º, 101.º, 103.º e 104.º.”

<sup>523</sup> Segundo CANARIS, “deve conceber-se a *ratio decidendi* de uma decisão judicial como norma, e comprovar se esta violaria um direito fundamental, sendo que há partir-se, aqui, da aplicação imediata deste – de forma não diferente do que se passa perante o legislador de direito privado. Esta é a consequência lógica a extrair da circunstância de a aplicação e o desenvolvimento da legislação constituírem a sua necessária concretização, devendo, por esta razão, ser equiparados à lei quanto à proteção dos direitos fundamentais.” (CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.41-43).

<sup>524</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Op.cit.*, 2003, p.43-50 e 132.

*ratio decidendi*<sup>525</sup> da decisão do tribunal cível seria o suficiente, sem maiores esforços, para se concluir pela sua inconstitucionalidade. Com efeito, se por força do § 826 do BGB<sup>526</sup> for proibido a um sujeito de direito privado pôr em prática um boicote, uma decisão de tal natureza representaria uma interferência tamanha no direito à livre expressão da opinião, que a sua *ratio decidendi* seria passível de controle, com base no artigo 5º, nº. 1, da LF<sup>527</sup>, na sua função de proibição de intervenção/vedação de excesso, à luz de um juízo de proporcionalidade.<sup>528</sup>

No caso em questão até houve o reconhecimento da inconstitucionalidade da decisão da corte inferior, contudo, o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) fundamentou sua decisão na tese da “ordem de valores objetiva”, no que é criticada por Canaris. Para ele, em verdade, a decisão do tribunal cível procedeu a uma intervenção demasiada na liberdade de expressão e opinião de Lüth, supostamente em favor da proteção da liberdade de expressão e propriedade da produtora e distribuidora do filme, sem que houvesse uma razão justificadora para tal tutela (como o apelo ao uso do boicote com abuso de poder econômico, por exemplo).

Note-se, portanto, que a teoria dos deveres de proteção é concebida a partir da distinção entre as funções dos direitos fundamentais enquanto proibições de intervenção – ou direitos de defesa em relação ao Estado – e direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela – ou deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado. Enquanto os deveres de defesa objetivam a que o Estado se omita de fazer intervenções indevidas – seja na conformação da lei ordinária, seja na aplicação e no desenvolvimento do direito privado –, os imperativos de tutela visam que este assegure que terceiros se abstenham de intervenções nesses direitos, protegendo-os.<sup>529</sup>

O dever de proteção surge associado a um imperativo de proteção eficiente, formulado de

---

<sup>525</sup> A decisão, segundo Canaris, teria a seguinte *ratio decidendi*: “um apelo ao boicote de um filme, mesmo quando proferido por um particular sem o emprego de meios de pressão financeiros ou semelhantes e sem intenção de concorrência, gera uma obrigação de indenizar os proprietários dos cinemas atingidos, e, no caso de existir um risco de reiteração da conduta, poderá ser proibido por iniciativa destes, mediante uma ação inibitória.” (CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.48).

<sup>526</sup> Código Civil alemão: “§ 826º (**Lesão dolosa contra os bons costumes**) Quem causar dolosamente danos a outra pessoa de forma contrária aos bons costumes fica obrigado a indemnizá-los.”

<sup>527</sup> Lei Fundamental de Bonn: “ARTIGO 5º (**Direito à liberdade de expressão**) 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela palavra, por escrito e pela imagem, bem como o direito de se informar, sem impedimentos, por meio de fontes acessíveis a todos. São garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informações por rádio, televisão e cinema. Não haverá censura.”

<sup>528</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Op.cit.*, 2003, p.48-49 e 56-57.

<sup>529</sup> *Ibidem*, p.116.

forma negativa como proibição de déficit<sup>530</sup> (*Untermassverbot*), à maneira do que se passa com a função de proibição de intervenção e a vedação do excesso.<sup>531</sup>

A proibição de déficit – ao contrário do princípio simétrico<sup>532</sup> - é entendido como um princípio orientador e, portanto, não necessariamente tem de corresponder a uma proteção mínima, tampouco a uma proteção máxima, seja na medida em que deve respeitar o princípio da proporcionalidade quando colidir com outros direitos e liberdades ou valores comunitários relevantes (em especial, a autonomia privada), seja na medida em que se há de respeitar a liberdade constitutiva do legislador, que pode e deve graduar a proteção de acordo com os valores e bens jurídicos em jogo, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autodefesa do particular.<sup>533</sup>

Em suma, segundo a teoria dos deveres de proteção, cabe primeiramente ao legislador, ao elaborar as leis que visem a regular as relações entre os particulares, enquanto desenganadamente vinculados aos direitos fundamentais, procurar protegê-los por meio de intervenções na liberdade, gradualmente, pelo estabelecimento de regras de direito penal, direito administrativo, direito assistencial, direito civil.<sup>534</sup>

Também o legislador civil, ao conformar as regras de direito privado, cabe graduar a

---

<sup>530</sup> Ou *insuficiência*, como consta da tradução da obra de CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>531</sup> O princípio da proibição do excesso articula-se com o postulado da proporcionalidade. Segundo Luis Roberto Barroso, “o princípio de razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. [...] O princípio também funciona como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.261).

<sup>532</sup> A referência aqui é feita ao princípio da proibição de excesso, que vale, no Estado de Direito, como critério de controle de constitucionalidade das leis e da legitimidade da atuação Administração Pública.

<sup>533</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.242.

<sup>534</sup> Segundo CANARIS, a função de imperativo de tutela realiza-se, em primeiro lugar, com auxílio do direito ordinário, pois “pertence fundamentalmente a este – e não ao direito constitucional – a tarefa de disponibilizar os instrumentos de protecção – que vão desde o direito penal, passando pelo direito administrativo, tributário e social, até o direito privado -, já que, caso contrário, com qual tarefa acabaria, quer por se exigir demasiado, quer por se desnaturar a Constituição. Aqui se reflecte, pois, de novo, a mencionada (supra IV, 3, c) diferença teórico-estrutural entre a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela e como proibições de intervenção: enquanto na última se trata de controlar segundo os princípios fundamentais uma disciplina já existente – isto é, uma norma, um acto da administração ou similar – no caso da função de imperativos de tutela está em causa justamente o contrário, isto é, a ausência de uma tal disciplina – ou seja, uma omissão estatal em contraposição a uma intervenção -, com a consequência de que existem diversas possibilidades alternativas de regime a considerar, as quais se situam, em princípio, entre os dois extremos de uma total negação da protecção e da necessidade de aprovação de normas penais.” (CANARIS, Claus Wilhelm. *Op.cit.*, 2003, p.116)



intervenção por meio do estabelecimento, por exemplo, de casos de responsabilidade civil extracontratual, complementarmente com hipóteses de responsabilidade objetiva, casos de indenizações compensatórias por ato lícito etc. Nesse sentido, Canaris, após afirmar que o objetivo principal da função de imperativo de tutela, no âmbito das relações entre particulares, é o de proteger os bens jurídico-fundamentais perante intervenções fáticas por parte de outros sujeitos de direito privado, sobretudo se elas forem ilícitas, assim como contra eventuais ameaças relevantes, prescreve que:

É sobretudo através dos chamados deveres do tráfico, cuja função principal reside justamente na protecção contra situações de perigo, que o vigente direito da responsabilidade civil extra-contratual cumpre esta tarefa. Complementarmente, entram em cena a responsabilidade pelo risco e, em parte, também a responsabilidade por actos lícitos. Uma vez que, como é sabido, estas se não baseiam num juízo de ilicitude da conduta, depara-se aqui a questão de saber se pode ser jurídico-constitucionalmente imperativa uma protecção do cidadão também contra ameaças, por outros cidadãos, que não são ilícitas, ou se o Estado apenas pode autorizar a assunção de certos riscos se criar simultaneamente, em compensação, uma pretensão ressarcitória que não depende da ilicitude da conduta – nem, portanto, e por maioria de razão, da culpa do agente. Isto não pode, de modo algum, ser liminarmente negado, e verifica-se, portanto, uma vez mais (mesmo se o ponto não pode ser aqui aprofundado), que a problemática da função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela não pode ser integralmente apreendida com a categoria da ilicitude.<sup>535</sup>

Contudo, não apenas ao legislador cumpre efetuar tal protecção. Ao judiciário incumbe, também, enquanto indudiosamente vinculado aos direitos fundamentais, ao atuar no desenvolvimento e aplicação do direito infraconstitucional, procurar protegê-los por meio de proibições de intervenção e imperativos de tutela.

Dois exemplos de aplicação da teoria no direito alemão talvez ilustrem melhor. O primeiro diz respeito à liberdade de conformação do legislador e o segundo ao desenvolvimento e à aplicação do direito pelo juiz. Em ambos fica evidenciada a função de imperativo de tutela do direito fundamental em causa.<sup>536</sup>

Como primeiro exemplo, cita-se o caso mais emblemático e polêmico que se desenvolveu na Alemanha acerca da abolição do crime de prática de aborto, operada pela lei 1974. A discussão era saber em que medida, afinal, o Estado alemão estaria obrigado a proteger a vida do nascituro. A pergunta poderia ser feita nos seguintes termos: para a protecção que a ordem constitucional confere ao nascituro é necessária a tipificação e a sanção criminal da prática do

---

<sup>535</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.110-111.

<sup>536</sup> Não há qualquer relação necessária entre a atividade legislativa e a função de proibições de intervenção e a atividade judiciária e a função de imperativo de tutela. São funções que se articulam, portanto, não se apresentam isoladamente, e que se evidenciam tanto na atividade legislativa quanto na judiciária.

aborto, ou seria suficiente àquele propósito as normas privadas existentes a respeito dos direitos do nascituro?

O Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), apreciando arguição abstrata e controle de inconstitucionalidade do referido ato, decretou a invalidade da lei em questão. Neste julgamento, defendeu-se a relevância ímpar do direito à vida dentro da ordem de valores consagrados pela Constituição de Bonn, afirmando que a proteção à vida não começa apenas com o nascimento. Antes dele o feto já é uma “existência humana em desenvolvimento”, que merece tutela. Assim, embora o Tribunal tenha reconhecido a relevância do direito à privacidade da mulher grávida em questões alusivas à procriação, diante da impossibilidade de uma solução compromissória no caso, visto que o aborto importa em destruição da vida do feto, afirmou que uma ponderação, pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana teria como resultado a “proeminência do direito à vida do feto em detrimento do direito de autodeterminação da mulher grávida.”

Com base nessas premissas, o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) julgou, pela primeira vez, de maneira consciente,<sup>537</sup> utilizando-se da função de imperativo de tutela de um direito fundamental. Assim, considerou que “o dever de proteção impõe ao Estado que este proteja e promova esta vida em desenvolvimento, o que significa, sobretudo, salvaguardá-la de intervenções ilegais de terceiros.”<sup>538</sup> Portanto, uma vez que o legislador tem a obrigação constitucional de proteger o direito à vida do feto, o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) firmou o entendimento de que descriminalização do aborto, considerando a relevância do bem jurídico em causa, não poderia ser operada, “a não ser em certas situações especiais (risco de vida ou saúde da mãe, aborto eugênico, situação dramática da família) e mesmo nestas, com uma série de cautelas que a Corte especificou”. Em conclusão, ao descriminalizar o aborto, o legislador teria violado o dever de proteção ao bem jurídico vida, ao qual estava adstrito.<sup>539</sup>

O segundo exemplo versa sobre o caso *Blinkfuer*, em que se tem a primeira decisão do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) reconhecendo, substancialmente, a função de um direito fundamental como imperativo de tutela e solucionando a questão da eficácia em

---

<sup>537</sup> Cumpre ressaltar que, ao falar-se em “de maneira consciente”, não se está a defender o acerto (tampouco o desacerto) da decisão. Intenciona-se, apenas evidenciar que a Corte Constitucional se valeu, de forma deliberada e expressa, da teoria dos deveres de proteção, o que de resto também foi feito por Canaris.

<sup>538</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.31.

<sup>539</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.163.

relação a terceiros com base nela.

No caso em tela, a distribuidora de publicações periódicas *Springer-Verlag* pôs em prática o boicote contra a revista *Blinkfuer*, ao argumento de que ali vinham impressos os programas da República Democrática Alemã. Para fazer valer o seu boicote, ameaçou cortar relações com todas as empresas que não aderissem ao referido boicote. O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH) rejeitou a ação civil do editor da *Blinkfuer*. Este interpôs uma queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) ao Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), que, em seguida, cassou a decisão da corte inferior, sob o fundamento de que “para a protecção da instituição da livre imprensa tem de ser assegurada a independência dos órgãos da imprensa contra intervenções de grupos de poder econômico (...)”, entendendo-se, portanto, que a decisão do *Bundesgerichtshof* (BGH) lesou o direito fundamental do requerente, previsto no artigo 5º, nº. 1 da LF.<sup>540</sup>

Como se vê, a teoria dos deveres de proteção funda-se na ideia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais incumbe, em princípio, ao legislador, mas não ao judiciário. De todo o modo, ela resguarda a possibilidade do judiciário intervir, seja por meio do controle de constitucionalidade das normas de direito privado, sempre que o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo; ou quando ele, agindo de modo inverso, promover uma intervenção demasiada na liberdade dos particulares, não conferindo o devido peso à proteção da autonomia dos particulares;<sup>541</sup> seja, ainda, por meio do controle de constitucionalidade das próprias decisões dos tribunais, em situações idênticas.

Conquanto a teoria dos deveres de proteção venha ganhando adeptos, não lhe faltam críticas. A mais relevante talvez seja aquela que lhe aponta a pecha de produzir os mesmos efeitos práticos da teoria da eficácia mediata, havendo assim pouca diferença entre elas. De fato, ela se assemelha à teoria da aplicabilidade mediata, na medida em que espousa a ideia de que os destinatários das normas de direito fundamental são, em linha de princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado.<sup>542</sup> Costuma-se, inclusive, questionar o valor da teoria dos deveres de proteção estatal, ao considerar que não há um dever diretamente oponível aos sujeitos de direito privado, em especial quando tal vinculação entre os atos dos particulares e os direitos fundamentais, acaba, afinal, sendo feita pela

---

<sup>540</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.37.

<sup>541</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.261.

<sup>542</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.110-111.

jurisprudência.

Apesar de tratar-se de uma crítica impressionável, é inegável que a teoria dos deveres de proteção estatal alarga a medida da incidência dos direitos fundamentais, para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, na medida em que impõe ao poder público o dever de velar para que, de forma efetiva, não haja ofensas aos direitos fundamentais das entidades privadas.

Contudo – e isso é importante ressaltar –, esse alargamento apenas é possível se nos questionarmos a respeito da função dos direitos fundamentais em jogo: como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela.<sup>543</sup>

De fato, com esses sentidos de limites mínimos e máximos à liberdade de conformação do legislador, a proibição constitucional da medida legislativa insuficiente e a proibição de excesso, respectivamente, revelam-se importantes no desenvolvimento das funções objetivas dos direitos fundamentais – para além do que a teoria da “eficácia de irradiação” poderia alcançar –, além de serem essenciais para a efetividade dos referidos direitos.<sup>544</sup> Ademais disto, ao vincular o juiz ao direito fundamental, impondo-lhe deveres objetivos de proteção, induz, inexoravelmente, à vinculação do próprio particular.<sup>545</sup>

#### 3.2.1.4 Posição adotada: os três níveis de Alexy

Após apresentadas as principais teorias a respeito da teoria da eficácia horizontal, percebe-se que, apesar das pontuais divergências, em verdade, todas elas caminham para o mesmo resultado prático,<sup>546</sup> valendo ainda notar que a teoria dos deveres de proteção estatal perante terceiros significa, segundo o nosso juízo, um aperfeiçoamento da teoria da eficácia mediata.

De fato, por meio de uma análise das premissas jusfilosóficas das três teorias (eficácia direta, indireta e deveres de proteção), pode-se imaginar serem elas bem distintas, quando, em verdade, todas partem de preocupações comuns, como, por exemplo, de que ambos os sujeitos

---

<sup>543</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.56.

<sup>544</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.77.

<sup>545</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.66-67.

<sup>546</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.533.

envolvidos na relação são titulares de direitos fundamentais.

Assim, embora discrepem quanto à maneira como se dará tal incidência, as citadas teorias acabam alcançando resultados práticos parecidos. Ademais, todas contribuem, cada qual ao seu modo, para uma efetiva tutela dos direitos fundamentais nas relações particulares.<sup>547</sup>

A propósito, para Alexy<sup>548</sup> a polêmica a respeito dos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros, pelo menos até então, vinha sendo travada como se uma das três construções tivesse que ser a correta, o que seria uma premissa falsa. Para o citado autor, apenas um modelo teórico que abarque todos os aspectos das três teorias seria hábil a oferecer uma solução completa e, neste sentido, adequada. Assim, ele propõe um modelo que se divide em três níveis: a) o do dever estatal; b) o dos direitos em face do Estado; e c) e das relações jurídicas entre sujeitos de direitos privado.

A teoria da eficácia mediata está situada no nível do dever estatal. Assim, o fato de as normas de direitos fundamentais valerem como princípios objetivos para todo e qualquer ramo do direito implica que o Estado tem o dever de levá-los em conta, tanto na conformação da legislação ordinária, quanto na jurisprudência civil.

Já no segundo nível situam-se “os direitos em face do Estado que sejam relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros”. Neste nível operaria a teoria dos deveres de proteção. Trata-se, aqui, do dever que tem o juiz de levar em consideração a ordem de valores dos direitos fundamentais na sua atividade de desenvolvimento e aplicação do direito civil. Portanto, sempre que o judiciário, ao solucionar conflitos interprivados, não levar em consideração os direitos fundamentais eventualmente em jogo, procurando protegê-los por meio de proibições de intervenção e imperativos de tutela, estará violando um direito fundamental do cidadão.

O terceiro nível do modelo de Alexy diz respeito aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os sujeitos privados. Aqui se situa a teoria da eficácia imediata, na exata medida proposta pelos seus seguidores, isto é, tomando em consideração que os direitos fundamentais, aqui, em razão da dupla titularidade, possui outra “intensidade de efeitos” na relação cidadão/cidadão, se comparada com a relação cidadão/Estado. A preocupação é que não se anule a autonomia privada. Assim, a conformação entre os interesses implica uma

---

<sup>547</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.261.

<sup>548</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.533-542.

questão de ponderação, a demandar uma fundamentação e argumentação suficiente do judiciário ao solucionar os casos concretos.

Assim, conclui Alexy, com base em Leisner, que “o efeito perante terceiros será, no final das contas, sempre um efeito direto.” Contudo, ressalva, que “tal afirmação não pode ser compreendida como se houvesse apenas o nível de efeitos diretos, no sentido já mencionado”. Existem os três níveis, sendo que, “cada um deles abarca um aspecto da mesma questão.” Decidir sobre qual será utilizado para fundamentar a questão passa a ser, então, um problema de conveniência, muito embora “nenhum deles pode pretender a primazia sobre os outros.”<sup>549</sup>

Parece correto este ponto de vista. De fato, embora partam de pontos de vista filosóficos distintos, as três teorias dividem preocupações, métodos e objetivam fins semelhantes. Todas as três teorias, por exemplo, levam em conta que ambos os sujeitos da relação jurídica são titulares de direitos fundamentais, que precisam, pois, ser conformados. Também, todas tomam em consideração que a gradação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas decorre de uma ponderação de interesses. Por fim, as três teorias buscam, em maior ou menor grau, permitir que a ordem privada seja permeada com os valores constitucionais, mas sem que se tenha solapada a autonomia privada.

Em razão disso, todas as três obtêm resultados práticos parecidos, na medida em que conformam a autonomia privada com os direitos fundamentais. Ademais, na busca da construção de um melhor modelo teórico, cada uma delas alerta a respeito de um aspecto específico importante da teoria dos direitos fundamentais, havendo, em alguns casos, diante de certas circunstâncias, concessões ao modelo de construção da teoria rival. Assim, na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é possível que se valha, em um mesmo sistema jurídico, de teorias diversas, a depender da circunstância e do interesse em causa.

Demonstrando, assim, uma visão eclética do problema, pode-se dizer que as concepções teóricas da eficácia mediata são utilizadas e, em certa medida, absorvidas pela teoria da eficácia imediata, na medida em que esta última prega a aplicação dos direitos fundamentais nas questões privadas, com ou sem a mediação do legislador. A teoria da eficácia mediata, por sua vez, tem as suas possibilidades eficaciais ampliadas se for complementada com a

---

<sup>549</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.540.

contribuição teórica dos deveres de proteção perante terceiros.<sup>550</sup>

Em conclusão, tem-se que, em princípio, as leis ordinárias representam a concretização dos direitos fundamentais e, portanto, devem ser elas aplicadas com prioridade a qualquer outra possibilidade metodológica, se for o caso, mediante o recurso do preenchimento dos seus conceitos jurídicos indeterminados ou das cláusulas gerais segundo a ordem objetiva de valores da Constituição.

Contudo, a questão não depende exclusivamente do legislador ordinário, tampouco se exaure na interpretação e aplicação das cláusulas gerais do direito privado. Na ausência ou na inconstitucionalidade de tais leis, cumpre ao judiciário aplicar diretamente os deveres fundamentais nas relações privadas.<sup>551</sup> Neste caso, valendo-se sempre que necessário dos direitos fundamentais nas suas funções de proibições de intervenção e imperativos de tutela.

Uma vez que é apontada a tomada de posição com relação às mencionadas teorias, importa agora situar a questão no sistema constitucional brasileiro.

### 3.2.1.5 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro

A doutrina nacional, em sua grande maioria, adota a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, embora sempre destacando a necessidade de conformá-los com a liberdade negocial.<sup>552</sup>

---

<sup>550</sup> Nesse sentido: BRAGA, Paula Sarno. **A aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p.138-139. Em sentido semelhante: MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.107-112.

<sup>551</sup> PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação de entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n.82, 1987, p.46.

<sup>552</sup> Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.392-400; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p.135-137; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.244-247; TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *In: Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.67-70; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.271- 274; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p.185-186; ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.155-156; SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.146 *et seq*; e BRAGA, Paula Sarno. **A aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Editora JusPodivm. 2008, p.138-145. Em sentido contrário, isto é, em prol da teoria da eficácia indireta ou mediata: DOMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.111-114; e DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. *In: MARQUES, Cláudia Lima*

Daniel Sarmiento, embora também extraia do sistema brasileiro a aplicação direta dos direitos fundamentais na esfera privada – o que inclui a possibilidade da mediação do legislador – leva em conta os deveres do Estado brasileiro em defendê-los.<sup>553</sup>

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 é de índole intervencionista e social, tal como é revelado pelo seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (artigos 6º e 7º, CF), muitos deles oponíveis direta e imediatamente aos particulares – como ocorre com os direitos trabalhistas. Mas, vai mais além: trata-se de uma constituição que indica como objetivos precípuos a igualdade substancial, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade (art. 3º, CF).

Portanto, pode-se dizer que a Constituição de 1988 consagra um modelo de Estado Democrático de Direito<sup>554</sup>, dirigido à realização da igualdade substancial, o que reflete significativamente na discussão a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares. Com efeito, a nossa carta política não se baseia nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a rígida separação entre o Estado e a sociedade civil, tal como idealizada pelas constituições liberais e que serviram, por muito tempo, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Nesse sentido, afirma-se que a Constituição de 1988 não se afina com uma solução compromissória da eficácia apenas indireta e mediata dos direitos fundamentais, tendo em vista o nítido caráter conservador desta teoria, que torna a incidência desses direitos fundamentais dependentes da vontade do legislador ordinário, ou os restringe ao modesto papel de vetores interpretativos das cláusulas gerais.<sup>555</sup>

---

(coord.). **A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.98 e 120.

<sup>553</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.298.

<sup>554</sup> Carlos Ari Sundfeld, entre outros, refere-se a um Estado Social e Democrático de Direito: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.56-57.

<sup>555</sup> Daniel Sarmiento destaca a importância de marcar as diferenças entre o sistema de direitos jusfundamentais alemão, base das três teorias antes citadas, e aquele adotado pela Constituição brasileira, a fim de evitar mimetismos descabidos. Como ele aponta, “a Constituição alemã consagra expressamente a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos fundamentais (art. 1.3), mas silencia em relação à submissão dos particulares aos mesmos direitos. Ela, por outro lado, diferentemente da Carta brasileira, não consagra direitos fundamentais expressamente dirigidos contra atores privados, com exceção do art. 9.3, que garante, em face dos empregadores, a liberdade de associação sindical dos empregados. No Brasil, dá-se o contrário, com a previsão de inúmeros direitos voltados contra particulares, como todos os direitos trabalhistas do art. 7º da Constituição Federal. Ademais, a Lei Fundamental de Bonn prevê expressamente o princípio do Estado Social (art. 20), mas não enuncia diretamente nenhum direito social ou econômico, diferentemente do que ocorre na Carta brasileira, pródiga na garantia de prestações sociais. Assim, o sistema de direitos fundamentais inscrito na Carta brasileira está mais caracterizado pela socialidade do que o sistema germânico. Portanto, se é certo que, mesmo no cenário alemão, já parece extremamente discutível a correção da tese da eficácia apenas



Ademais, existe um dado social relevante e que não pode ser menosprezado: a sociedade brasileira é extremamente injusta e assimétrica, sem termos de comparação com a sociedade alemã, por exemplo, que serviu de berço às concepções teóricas antes citadas. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo e a sociedade é uma das mais desiguais. As concepções teóricas demasiadamente calcadas na proteção da autonomia privada não podem descurar que a propalada autonomia efetivamente só existe quando o agente desfrutar de mínimas condições de liberdade.

Assim, esses traços da sociedade brasileira dissipam qualquer tentativa teórica de se afastar a eventual incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, sendo ainda de se considerar os deveres<sup>556</sup> que impõem ao Estado brasileiro, não de exclusivamente abster-se de intromissões indevidas nas liberdades, mas de efetivamente salvaguardar os direitos fundamentais contra lesões ou ameaças a lesões, seja no âmbito das relações públicas, seja nas relações entre os particulares.

Esse dever de proteção, embora incumba primeiramente ao legislador, no âmbito do seu amplo espaço de conformação de interesses, não exclui a vinculação dos demais poderes, em especial do judiciário no que diz respeito à sua missão constitucional de aplicação e desenvolvimento do direito legislado, cumprindo-a por meio do preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais – como fontes de irrupção dos direitos fundamentais –, ou até, nas hipóteses de omissões legislativas, por meio da integração das lacunas.

Segundo a premissa sustentada no presente trabalho, para o preenchimento desses conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, mostra-se insuficiente a teoria da “eficácia de irradiação”, na medida em que ela apenas remete à noção mais do que sedimentada da interpretação conforme, segundo o quadro de valores objetivamente extraídos dos direitos fundamentais. O aplicador deve proceder a tal preenchimento por meio da ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, valendo-se das suas funções de proibição de intervenção/vedação de excesso e imperativo de tutela/proibição de déficit, facilitando, assim, com tal proceder, um controle da *ratio decidendi* da sentença ou acórdão, à luz de um de juízo

---

indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, no contexto brasileiro esta teoria não pode vingar.” (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.279-280).

<sup>556</sup> O sentido de deveres aqui utilizado é o objetivo, isto é, um dever vinculado a um sujeito, mas que não está em relação com qualquer titular concreto. Nesse sentido, cria-se um dever objetivo do Estado, mas não necessariamente garante-se um direito subjetivo. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 1254)

de proporcionalidade e razoabilidade.<sup>557</sup>

Para encerrar, tendo em vista o objetivo do presente trabalho, é de fundamental importância a compreensão dos referenciais teóricos relativos à aplicação das cláusulas gerais, em especial as que tratam da boa-fé objetiva (arts. 113, 187 e 422 do Código Civil) e do ato ilícito indenizativo (arts. 186, 187 e 927 do Código Civil), assim aqueles outros vinculados aos denominados deveres de proteção estatal, pontos derredor dos quais – segundo a nossa percepção – se enlaçam a relação jurídica da responsabilidade civil e o princípio da boa-fé.

Sobre esse enlace e as demais consequências daí advindas voltar-se-á a falar no decorrer dos próximos tópicos e, em especial, nos capítulos seguintes. Antes, porém, é de fundamental importância alertar que a medida da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares poderá variar, segundo critérios diversos, encontrando-se na experiência vivencial, alguns deles apontados como senso comum doutrinário, entre os quais se incluem, por exemplo, a desigualdade supramencionada.

### 3.2.2 Solução de conflitos: a medida da incidência

Solucionada a questão de saber como os direitos fundamentais influenciam as relações privadas (problema de construção), impõe, agora, saber em que medida o fazem (problema de colisão).

Com efeito, o fato de os particulares se vincularem de forma imediata aos direitos fundamentais não significa dizer que a incidência se dê na mesma medida em que é estabelecida com o poder público. Assim, impõe-se apontar as necessárias distinções que justifiquem o tratamento diferenciado.<sup>558</sup>

Na relação entre particulares, seja no âmbito contratual, seja no âmbito extracontratual, a

---

<sup>557</sup> Saliente-se que a referência ao controle da *ratio decidendi* leva em conta o controle difuso de constitucionalidade, visto que, no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, a questão é resolvida no dispositivo da decisão que faz coisa julgada *erga omnes*.

<sup>558</sup> Nesse passo, cumpre ressaltar os autores propõe soluções variadas. J.J. Gomes Canotilho, por exemplo, distingue: as situações de eficácia horizontal expressamente consagrada pela Constituição; as situações de eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada; a mediação do juiz; os poderes privados; e as situações de particulares em igualdade (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Almedina, 2003, p.1289-1294). Já Jorge Miranda estabelece três situações típicas de relação: relação dentro de grupos, associações, pessoas coletivas, entre os seus membros e os poderes instituídos; relações entre particulares e poderes sociais de fato e relações entre particulares em igualdade (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.326).

questão relacionada à medida de incidência dos direitos fundamentais é, na verdade, um problema de conflito de direitos.<sup>559</sup>

Como visto, o particular envolvido com aquele indivíduo que pleiteia proteção com base em direito fundamental será também titular de outros direitos fundamentais, que, pois, poderão entrar em conflito com os do primeiro.

Assim, é a medida da incidência dos direitos fundamentais na relação entre os particulares não levanta problemas específicos: trata-se de um problema de ponderação, visando a obter uma concordância prática, caracterizada, em última instância, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, além da conservação, na medida do possível, da essência de cada um deles.<sup>560</sup>

O princípio da unidade do ordenamento jurídico obriga uma tarefa de otimização, ou seja, devem-se estabelecer limites aos dois bens em conflito para que ambos possam chegar a uma eficácia ótima, valendo salientar que este princípio da concordância prática se aplica por via do critério da proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito.<sup>561</sup>

Portanto, a solução do conflito jamais poderá fugir a uma análise das circunstâncias específicas de determinado caso concreto, levando-se em consideração todas as suas peculiaridades. De todo o modo, vale o esforço da doutrina em estabelecer parâmetros para esses casos de colisão, visando com isto a estabelecer alguns limites para a atuação discricionária do judiciário.

Como já mencionado antes, em um Estado que respeita o princípio democrático, a ponderação acima referida deve ser realizada, primeiramente, pelo legislador. Contudo, diante da necessidade de preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, inadequação da legislação em face dos valores constitucionais em causa, ou, até mesmo, omissão legislativa, considerando-se o imperativo de proteção dos direitos constitucionais, tal ponderação deverá ser feita pelo judiciário.

Nesses casos, assevera-se que a solução da colisão não terá como fugir de uma análise tópic-

---

<sup>559</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.112-113.

<sup>560</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.5428; SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2000, p.157; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.302.

<sup>561</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.319-320.

sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto.<sup>562</sup> Deve-se, então, partir-se de critérios que sirvam de premissas para o desenvolvimento do raciocínio a ser construído na decisão que sirva de solução.

Um dos critérios que têm sido mais adotados para estabelecer a medida da incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares diz respeito à desigualdade fática entre os envolvidos. Então, diz-se que, quanto mais assimétrica for a relação, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em questão.<sup>563</sup>

Assim, em caso de uma relação contratual absolutamente simétrica, por exemplo, é natural que se considere que o ajustamento recíproco dos interesses, já constitui a própria concordância prática entre os direitos fundamentais em tensão.<sup>564</sup>

Contudo, mesmo nessas relações simétricas, a questão de saber até que ponto as liberdades ou bens pessoais podem ser limitados por contrato, mediante o consentimento dos interessados, envolve a discussão sobre se o contrato resulta ou não de uma vontade verdadeiramente livre.<sup>565-566</sup> Considera-se que as hipóteses de renúncia cabíveis são aquela em que mais longe se pode alcançar a garantia da liberdade contratual, mediante o afastamento da incidência de determinado preceito fundamental, desde que se tenha como limite a concepção de dignidade da pessoa humana.

De outro modo, quando haja na relação uma desigualdade fática entre as partes, tanto os adeptos das teorias dualistas como os das teorias monistas estão de acordo que há de se fazer uma vinculação mais intensa das entidades particulares dotadas de poder social.<sup>567</sup> Com efeito, considerando que os direitos fundamentais, em última instância, visam justamente a estabelecer limites ao exercício do poder, de modo a permitir que o indivíduo tenha meios de

---

<sup>562</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.159.

<sup>563</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.303.

<sup>564</sup> MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.100.

<sup>565</sup> *Ibidem*, p.101.

<sup>566</sup> Segundo J.J. Gomes Canotilho, “a renúncia a direitos fundamentais, mesma a admitir-se, pressupõe sempre como conditio sine qua que o titular do direito disponha sobre a sua posição jurídica de forma livre e autodeterminada. Dispor contra si próprio exige liberdade e autodeterminação.” E, assim, propõe uma séria de soluções diferenciadas, como por exemplo: “(1) é irrenunciável qualquer direito medularmente inerente à dignidade humana”; “(2) os direitos fundamental, como totalidade, são irrenunciáveis; (3) os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também irrenunciável, devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) [...]” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Almedina, 2003, p.464-465.

<sup>567</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2000, p.140.

reagir contra os abusos que incidam em desfavor da sua esfera de liberdade, não resta dúvida de que deve haver mesmo uma vinculação mais intensa das entidades privadas que disponham de poder econômico ou social sobre os indivíduos.<sup>568</sup>

Nesses casos, então, os particulares poderão, de acordo com a natureza, a razão de ser e a intensidade do poder contra si exercido, na falta ou insuficiência da lei que os proteja, invocar os direitos fundamentais que assegurem a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, para: a) arguir a invalidade de atos e negócios jurídicos que ofendam aos preceitos constitucionais; ou b) reclamar as perdas e danos causados.<sup>569</sup>

Não haveria realmente qualquer sentido proteger as liberdades dos particulares em face da ingerência estatal, desconsiderando a possibilidade de atender a outros possíveis conflitos entre o poder e liberdade, tão comuns na sociedade brasileira contemporânea, em que o homem concreto se encontra sujeito a múltiplas situações de dependência perante os demais indivíduos ou grupos sociais.<sup>570</sup> Esta dependência, por sua feita, não necessita ser jurídica. Em verdade, qualquer forma de poder fático que seja objetivamente determinável.<sup>571</sup>

Com relação ao tema dos deveres de proteção estatal, Canaris<sup>572</sup> aponta ainda uma série de fatores que justificam a função de determinado direito fundamental como imperativo de tutela e que, portanto, devem ser levados em conta na ponderação. Tais fatores seriam: a) a ilicitude da intervenção, por um sujeito de direito privado, no bem garantido pelo direito fundamental de outro particular; b) o tipo de direito fundamental a proteger; c) a sua colocação em perigo por um sujeito de direito privado; d) a gravidade da intervenção que se ameaça e a intensidade do perigo; e) a dependência (ou falta de alternativa) do titular do direito fundamental para o exercício efetivo do direito fundamental em voga; f) as possibilidades de autoproteção eficaz

---

<sup>568</sup> Para José Carlos Vieira de Andrade, além dos casos em que a Constituição expressamente concebe direitos subjetivos perante privados, também “deverá aceitar-se esta transposição direta dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações entre particulares quando se trate de situações em que pessoas coletivas (ou, excepcionalmente indivíduos) disponham de poder especial de carácter privado sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.247-248).

<sup>569</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, 2010, p.250.

<sup>570</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.334-338.

<sup>571</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, 2010, p.247-248; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 1293.

<sup>572</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.110-114.

pelo titular do direito ameaçado; g) bem como o peso dos interesses contrapostos.<sup>573</sup>

Esses fatores funcionariam conjuntamente, sob a forma de proposições comparativas com a estrutura do tipo “quanto mais e quanto mais forte tanto mais”, funcionando como uma espécie de “sistema móvel”, no sentido empregado por Wilburg, conforme visto em capítulo anterior. Nas palavras de Canaris,

quanto maior o nível de direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades de seu titular para uma eficiente auto-protecção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção. Chega-se, assim – o que, do ponto de vista da dogmática civilista, é tudo menos surpresa -, a um funcionamento conjunto de critérios, ao modo de um ‘sistema móvel’ no sentido de Wilburg.<sup>574</sup>

Exemplifique-se o que quer dizer o citado autor, mediante alguma hipóteses. Em primeiro lugar, note-se que a própria definição de ilicitude da intervenção pode resultar dos termos da constituição. Como se viu no caso *Blinkfuer*, ambos particulares disputavam pela liberdade de opinião e manifestação do pensamento, sendo que um deles apelou para a utilização do boicote, o que seria, em linha de princípio, uma conduta aceita. Contudo, a utilização de pressão econômica no debate das opiniões – ou seja, o meio empregue – não pôde realmente ser admitido, o que tornou ilícita a conduta.<sup>575</sup>

Com relação às ameaças ao bem juridicamente protegido, a ordem jurídica tem de facultar instrumentos tais que, em situações de perigo típicas, garantam uma protecção eficiente ao bem fundamental em risco. É justamente através dos denominados deveres no tráfico<sup>576</sup>, cuja

---

<sup>573</sup> Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie aponta ainda mais um critério a ser considerado na resolução dessas situações de colisão, qual seja, a irreversibilidade da intromissão nos direitos fundamentais. (MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.107).

<sup>574</sup> Assim, “quanto maior o nível de direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades de seu titular para uma eficiente auto-protecção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção. Chega-se, assim – o que, do ponto de vista da dogmática civilista, é tudo menos surpresa -, a um funcionamento conjunto de critérios, ao modo de um ‘sistema móvel’ no sentido de Wilburg.” (CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.114).

<sup>575</sup> Esta constatação, aliás, está em consonância com a premissa firmada por Felipe Peixoto Braga Netto para fins de definição do ilícito. Segundo o referido autor, “houve um progressivo deslocamento da órbita do sistema jurídico, cujo centro passou a ser a Constituição e seus valores fundamentais. Com esse fenômeno, o direito civil passa a ser apenas mais um setor, sem status diferenciado, devendo pautar seus institutos, conceitos e normas pelo crivo dos valores institucionalizados na Constituição”. Assim, conclui o referido autor “difícilmente teremos, no plano do direito civil, uma conduta aberrantemente agressora das convicções sociais como conforme ao direito.” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Ilícito civil, esse desconhecido...* In: DIDIER JR., Fredie. EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p.179).

<sup>576</sup> A respeito dos deveres no tráfico, Antonio M. da Frada pondera: “Da fisionomia e articulação das previsões básicas da responsabilidade aquiliana deduz-se que ela se apresenta fundamentalmente concebida enquanto

principal função é justamente a proteção de situações de perigo, que o direito da responsabilidade civil cumpre esta tarefa, complementada com a responsabilidade pelo risco e, em parte, também, pela responsabilidade por atos lícitos.

Assim, haver-se-á tanto mais de reconhecer a existência de um imperativo de tutela – se for o caso, por meio do estabelecimento de uma responsabilidade objetiva ou até mesmo por ato lícito –, quanto maior forem os riscos de potenciais danos a bens de terceiros, gerados pela atividade de determinado indivíduo ou grupo e quanto menor for o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos.<sup>577</sup>

Com relação ao tipo do bem juridicamente tutelado, cite-se o exemplo da vida e da saúde, que ocupam, abstratamente falando, uma posição hierárquica superior com relação à liberdade e ao patrimônio. Neste sentido, haver-se-á tanto mais de reconhecer um imperativo de tutela quanto mais elevada for a posição hierárquica do bem a ser tutelado, de maneira que, em caso de ameaça à vida ou à saúde, será mais fácil encontrar uma fundamentação para a estipulação de tal dever de proteção do que se estivesse em jogo a liberdade ou a propriedade.

No que pertine à dependência ou falta de alternativa do titular de um direito fundamental para

---

sistema de protecção contra a lesão de certas posições jurídicas. Aquilo que é em primeira linha decisivo para desencadear a obrigação de indemnizar é a ofensa dessas posições. Pouco importa o *modo* por que a lesão é perpetrada e os *meios* para tal empregues pelo lesante. Está precisamente aí a ponta de verdade da tese que avalia a ilicitude pelo *resultado da acção* danosa. Bem sabemos que na conhecida querela entre o *Erfolg sunrecht* e o *Verhaltenssunrecht* - se me é consentida a comodidade do emprego destas expressões germânicas -, é na segunda concepção (aquela para a qual na ilicitude se apresenta como central, não a infracção de um dever de evitar um resultado, mas o *modo como o sujeito lida com um perigo para o bem jurídico protegido*), que se pode alicerçar devidamente a ilicitude no caso das ofensas meramente *mediatas* aos bens jurídicos. Mas a doutrina dos deveres no tráfico compreende-se fundamentalmente ainda como reforço da defesa das posições jurídicas indicadas nas várias disposições delituais e não com autonomia relativamente a elas.” (FRADA, Manoel A. Carneira da. «VINHO NOVO EM ODRÉS VELHOS»? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação de danos. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 59 II, Lisboa, abril de 1999. Disponível em: <[www.apdi.pt/pdf/Vinho%20novo%20em%20odres%20velhos.pdf](http://www.apdi.pt/pdf/Vinho%20novo%20em%20odres%20velhos.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2013, p.665 *et seq.*).

<sup>577</sup> Aqui, vale a observação feita por Canaris a respeito da proibição de insuficiência. O citado autor lembra que, conquanto a realização dos direitos fundamentais seja algo imposto, coloca-se à disposição do direito infraconstitucional um amplo espectro de diferentes instrumentos, mas que apenas “na sua globalidade” e “no seu funcionamento conjunto” devem assegurar uma eficiente protecção. Portanto, seria incorreto imaginar que um determinado preceito esteja subtraído à disposição do legislador ordinário. Assim, por exemplo, o legislador poderia “reduzir, de modo não irrelevante, a protecção pela responsabilidade extracontratual, da vida, da saúde e da propriedade, em favor da liberdade geral de acção, sem dessa forma estar a cometer uma violação à Constituição. É claro que o legislador também poderia substituir, em grande medida, a responsabilidade civil extracontratual e a responsabilidade civil pelo risco por uma solução do tipo de um seguro, desde esta solução fosse conformada de forma a oferecer ao lesado uma protecção eficiente.” Contudo, Canaris assevera que existem limites, para além dos quais, haveria uma violação da proibição de insuficiência. Tal violação seria de se supor, por exemplo, se o legislador, desconsiderando o atual potencial de riscos da técnica, promovesse “uma supressão total da responsabilidade pelo risco e um retorno a um puro princípio de culpa.”. Numa tal situação, haveria uma lacuna de protecção tão massiva que não se teria satisfeita, minimamente, a exigência de uma realização eficiente da função de imperativo de tutela. (CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.118-119).

o seu exercício efetivo, imagine-se o caso de um locatário, que disputa com o senhorio, em razão de omissão no instrumento contratual de locação (e por isto com base no art. 422 do Código Civil), o direito de instalar uma antena parabólica no teto do imóvel locado, ao argumento de que o imóvel se situa em local onde não há estação retransmissora de sinal televisivo.

Parece defensável e mais razoável que, na contraposição entre a liberdade de informação do inquilino e a liberdade e o direito de propriedade do senhorio, busque-se tutelar o primeiro, em consideração, em especial, ao fato de que o exercício da liberdade de informação daquele está na dependência do sacrifício, ainda que parcial, dos direitos fundamentais do segundo. Observe-se que, em linha de princípio, não haveria outra alternativa para exercê-lo.

Imagine-se a mesma relação contratual, porém, agora, o inquilino pretende utilizar as paredes externas da casa para fazer propaganda eleitoral de um conhecido adversário político do proprietário, que, evidentemente, se insurge. Neste caso, ambos disputam a interpretação da cláusula contratual omissa com base na liberdade de informação. Contudo – diferente da situação anterior –, não se visualiza a impossibilidade do inquilino poder realizar a referida propaganda por outro meio, sem atingir a esfera de proteção de liberdade do locador do imóvel. Em resumo, haver-se-á de reconhecer tanto mais um dever de proteção quando mais dependente for o efetivo exercício do titular de um direito fundamental, em relação ao comportamento do outro sujeito de direito privado.

E, assim, sucessivamente... Os exemplos seriam infinitos. O importante, contudo, é ressaltar que a medida da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares dar-se-á, em maior ou menor grau, a depender da presença desses fatores, que devem ser tomados em conta na ponderação.

### 3.3 A BOA-FÉ E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

#### **3.3.1 A solidariedade como critério de coesão social em uma sociedade plural**

Numa sociedade marcadamente liberal, como a que resultou da Revolução Francesa, a concepção de solidariedade ficou restrita a uma noção de caridade ou liberalidade. De fato, apesar de a Revolução ter partido de três ideais – liberdade, igualdade e fraternidade –, a



burguesia ascendente cuidou logo de homenagear os dois primeiros, deixando de lado o terceiro. Assim, nessa época, a solidariedade não passava de uma questão de ética, despida de qualquer significação jurídica. O sujeito tinha a liberdade de optar pelo cumprimento de um dever moral de auxiliar o próximo, em caráter apenas filantrópico.

Portanto, diz-se que o *Code Napoléon* chancelou a propriedade e os contratos como valores fundamentais daquela época, porém desvinculou o titular dos direitos deles decorrentes de qualquer dever perante a sociedade de que fazia parte.<sup>578</sup>

Em verdade, o ideal da igualdade de todos perante a lei, apesar de representar uma grande conquista para aquela época – pela derrocada dos privilégios monárquicos – chocava-se com o reconhecimento de que os destinatários das normas poderiam não ser – e certamente não eram –, de fato, iguais.

Essa visão de solidariedade apenas se manteve até o final da Segunda Grande Guerra Mundial. A partir da segunda metade do século XX – como já referido em tópico anterior –, as constituições deixam de ser simples cartas de intenções políticas, passando a prever um extenso rol de direitos fundamentais, traduzindo um novo vetor axiológico: abandona-se o paradigma do indivíduo hipervalorizado dos códigos para o ser humano concreto, que lhe é subjacente e portador de dignidade.

Segundo a lição de Paulo Bonavides, com a chegada dos direitos fundamentais de terceira geração – isto é, aqueles resultantes da fraternidade – “um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, [...] têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de uma afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”<sup>579</sup>

A partir de então, a solidariedade deixa de ser uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo status de princípio jurídico, com forte atuação nas relações sociais concretas, por meio de imposição de deveres decorrentes do aludido princípio. Os sujeitos passam, então, a ser titulares de deveres que decorrem do princípio da solidariedade.<sup>580</sup>

---

<sup>578</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.171.

<sup>579</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.569.

<sup>580</sup> Paulo Bonavides lembra que a teoria, com base em Karel Vasak, já identificou pelo menos cinco direitos que decorrem da fraternidade – ou solidariedade –, que se dizer, de terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação. O rol não é taxativo e o catálogo, obviamente, pode e continua a ser ampliado. (BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*, 2006, p.569-570).

Do ponto de vista da moderna sociologia, o indivíduo, enquanto tal, não existe por si mesmo, mas coexiste, juntamente com os demais indivíduos que compõe a sociedade. Nesse sentido, a relação com os demais indivíduos passa a ser constitutiva da própria existência do indivíduo, razão pela qual o sujeito não pode mais ser considerado, à maneira do que havia feito o pensamento liberal-individualista, “como uma pequena ‘totalidade’, uma microcélula, autônoma, autos-suficiente e auto-subsistente. Por outro lado, evidentemente, a noção não se esgota na espécie, cada ser humano é único, em sua completa individualidade. Único e plural a um só tempo, parte da comunidade humana, mas possuidor de um destino singular”.<sup>581</sup>

No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou um Estado Democrático de Direito, traçando, entre os seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).<sup>582</sup>

A expressão “sociedade solidária” – apesar da sua vagueza semântica – pode ser compreendida como o imperativo de superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos membros da sociedade, configurando, portanto, verdadeiro elemento de coesão social. Trata-se de “norma-objetivo”<sup>583</sup> ou “diretriz”<sup>584</sup> – no intento da construção de uma sociedade solidária – não só para a realização de políticas públicas, mas, por igual, para a imposição de certos deveres de solidariedade em todas as relações sociais.<sup>585</sup>

Trata-se, em essência, de princípio constitucional fundamental, vinculante para o Estado e para toda a sociedade, que se inaugura com a Constituição Federal de 1988.<sup>586</sup> Por meio da

---

<sup>581</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coords.). **Os princípios da constituição de 1988**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p.159.

<sup>582</sup> Constituição Federal de 1988: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

<sup>583</sup> A expressão “norma-objetivo” é utilizada por Eros Grau para indicar o modelo de normas que não configuram nem normas de conduta nem normas de organização, mas que impõe fins a serem perseguidos e que passam a compor o ordenamento quando o Estado passa a ser um implementador de políticas públicas. Não se confundem com as normas programáticas, pois que obedecem a distintos critérios classificatórios, visto que, enquanto estas últimas tomam em conta o critério da eficácia, as normas-objetivo são assim classificadas em razão do seu conteúdo. (GRAU, Eros Roberto. Interpretando o código de defesa do consumidor: algumas notas. **Revista Direito do Consumidor**, v.5. 1983, p.183).

<sup>584</sup> A expressão “diretriz” é utilizada por Ronald Dworkin para indicar as pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, em regra referidos a aspectos econômicos, políticos ou sociais, sendo assim distintas dos princípios, visto que estes têm conteúdo axiológico, voltando-se funcionalmente ao atendimento de imperativos de justiça, de honestidade ou de outras dimensões da moral. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.141-158).

<sup>585</sup> A respeito do conceito e a proximidade entre “norma-objetivo” (Eros Grau) ou “diretriz” (Dworkin), conferir: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.142.

<sup>586</sup> A distinção entre princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios garantia é feita por JJ Gomes Canotilho. Para o citado autor, no amplo conceito de princípios constitucionais fundamentais, estão aqueles que: “pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para interpretação, integração, conhecimento e aplicação do

diretriz da solidariedade, por exemplo, é possível se estabelecer entre o mercado e a política uma relação de dialética complementariedade, ambas constituindo perspectivas distintas, situadas por vezes em tensão, por vezes em coincidência, porém complementarmente correlacionadas e mutuamente implicadas no processo de ordenação jurídica da experiência social.<sup>587</sup>

Parece, também, que essa implicação mútua não deve estar presente apenas nas hipóteses de liberdade de iniciativa: por questões lógicas – e com muito maior razão - deve estar presente e condicionar a concordância prática a ser feita quando estejam em tensão quaisquer das formas de manifestação da liberdade dos particulares e o referido princípio da solidariedade, ponto sobre o qual voltar-se-á a falar em tópico mais adiante, quando abordarmos a questão da dignidade da pessoa humana.

### 3.3.2 A boa-fé como concretização da solidariedade nas relações privadas

Como dito, é bastante vaga a expressão “solidária”, constante do artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988. Conseqüentemente, a alusão aos denominados “deveres que decorrem da solidariedade social” sofre do mesmo mal.

Apesar disso, cumpre ao intérprete da Constituição buscar a sua concreção, não apenas porque lhe incumbe atribuir às normas constitucionais um sentido que lhes dê maior efetividade<sup>588</sup>, como também porque o objetivo que decorre do citado princípio constitucional foi destacado no texto constitucional como fundamental – dando-lhe, com isto, a nota da essencialidade. Isto faz com que ele desfrute de proeminência, seja na sua realização pelos Poderes Públicos e demais destinatários do preceito constitucional<sup>589</sup>, seja na tarefa de interpretá-lo e, à sua luz,

---

direito positivo”. (CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1.164-1.167).

<sup>587</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. Entre cosmos e taxis. A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Reconstrução do direito privado**. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.620; Ainda, sobre os princípios reitores da ordem econômica e o perfil de uma “economia de mercado socialmente controlada”, conferir: REALE JÚNIOR, Miguel. Inconstitucionalidade do controle de preços. Parecer. In: **Casos de direito constitucional**. São Paulo: RT, 1992, p.19.

<sup>588</sup> Sobre o princípio da máxima efetividade: CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p.223-224.

<sup>589</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, Ano 86, v.737, março de 1997, p.19.

interpretar todo o ordenamento jurídico nacional.<sup>590</sup>

Portanto, apesar da sua ampla vagueza semântica, os denominados “deveres que decorrem da solidariedade social” possuem largo espectro de incidência, espraiando-se por uma grande diversidade de relações jurídicas e por diversas formas.

Judith Martins-Costa<sup>591</sup>, por exemplo, aponta que operatividade da diretriz da solidariedade, ou seja, a especificação e a imposição dos deveres que dela decorrem no âmbito das relações sociais podem ser feitas:

a) por atos legislativos, como nos casos das normas que determinam alguns preceitos de direito administrativo, preceitos de direito urbanístico, normas de direito ambiental, normas de direito de família, normas de direito previdenciário, as regras que consagram a responsabilidade civil objetiva etc.;

b) por meio de atos judiciais, neste último caso, em especial por meio da atividade de complementação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, que tornem mais fácil a consagração da diretriz em determinado âmbito de regulação social; ou, ainda,

c) por meio da atuação judicial negativa, no exercício do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, ou por meio de uma atuação positiva, em caso de preenchimento de lacunas legais.

### 3.3.2.1 A concretização por via da atuação legislativa e administrativa

Por via da atuação legislativa, a concretização dos citados deveres exige a mediação da lei ordinária e do ato administrativo. Quer dizer, então, que os mencionados deveres devem estar previstos na legislação infraconstitucional e voltar-se para a regulação das situações intersubjetivas específicas, casuisticamente, previstas.

Esses deveres serão estatuídos pelo legislador, dentro do amplo espaço de liberdade conformadora que lhe é conferida pela Constituição, o que também implica em um juízo de ponderação dos interesses fundamentais que se encontrem em tensão. Tanto é assim que os

---

<sup>590</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Almedina, 2003, p.1.165.

<sup>591</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. Entre cosmos e taxis. A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Reconstrução do direito privado**. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.628-639.

atos legislativos e administrativos são passíveis de controle de constitucionalidade, por via da máxima da proporcionalidade,<sup>592</sup> que se qualifica como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

Um bom exemplo desta conformação solidarista, por via do ato legislativo, advém das hipóteses de cobertura dos danos decorrentes do acidente do trabalho, a cargo da previdência social, previstas no arts. 120 e 121 da Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991.

Nesses casos, o legislador ordinário, diante da inevitabilidade do infortúnio trabalhista e das trágicas consequências que ele possa trazer para a família e a própria pessoa do empregado, mas, de outro lado, considerando o valor social do trabalho e a dignidade do próprio trabalhador, assegura-lhe uma forma de compensação, por meio de benefícios previdenciários (auxílio-doença, auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez acidentária), custeados por toda a sociedade.

Esses benefícios funcionam como uma garantia mínima de que o trabalhador, vítima do infortúnio, não ficará ao desamparo, caso não se obtenha sucesso na ação de responsabilidade civil contra o empregador, na qual se demanda a comprovação do dolo ou culpa deste último. A conformação do legislador de um sistema de seguridade, nesses termos, encontra total respaldo nos arts. 7º, XXVIII, 195 e 201 da Constituição Federal de 1988,<sup>593-594</sup> e representa a

---

<sup>592</sup> O STF, por exemplo, no julgamento de Recurso Extraordinário 365368, manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, em sede de controle concentrado, reconheceu a inconstitucionalidade de decreto legislativo da Câmara Municipal do Município de Blumenau, por meio do qual se criava um determinado número de cargos em comissão, cujo perfil mais de adequava ao provimento por meio de cargos efetivos. Ademais, constatou-se que, dos 67 funcionários do referido poder legislativo municipal, 42 eram de livre nomeação e apenas 25 eram de provimento efetivo. Reconheceu, assim, uma violação ao princípio da proporcionalidade, por não se haver guardada uma correlação necessária entre o número de cargos efetivos e em comissão, de sorte a existir um mínimo de estrutura para a atuação do Poder legislativo local. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 365368**, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de maio de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469872>>. Acesso em: 03 jul. 2013). Outro exemplo nos é dado pelo Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Mandado de Segurança nº. 200501182740, a referida Corte apreciou a validade da pena de demissão aplicada a servidor público do Ministério da Justiça, sob o fundamento de que ele teria causado dano ao erário da ordem de R\$ 46,00 (quarenta e seis reais), quando da prestação de contas de auxílio-transporte por ele recebido. A Terceira Seção daquela Corte, considerando que a gravidade da sanção imposta, diante da insignificância da conduta, ofenderia o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, anulou o ato administrativo sancionador. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº200501182740**, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 28 de junho de 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=635688&sReg=200501182740&sData=20061002&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=635688&sReg=200501182740&sData=20061002&formato=PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2013).

<sup>593</sup> Constituição Federal de 1988: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; [...] Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o

construção de um direito baseado na solidariedade social, visto, assim, como uma tentativa de superação do conflito entre a socialização e individualização.<sup>595</sup>

Outro bom exemplo de atuação do princípio constitucional da solidariedade, pela via legislativa, vem da responsabilidade civil. Com efeito, no âmbito do direito privado, costuma-se apontar o forte impacto da solidariedade na modificação da “canônica finalidade de moralização da responsabilidade civil”. Assim, atualmente, vislumbra-se o instituto da responsabilidade civil como um meio de concretização do dever geral de solidariedade, que se encontra no antigo aforismo do *neminem laedere*, pelo estabelecimento de normas jurídicas que consagrem hipóteses casuísticas de responsabilidade objetiva.<sup>596-597</sup>

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, dentro de um contexto maior de releitura do direito civil, em que seja levada em conta a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares, a objetivação da responsabilidade civil é uma das formas de representar a passagem do modelo individualista-liberal, compatível com os códigos oitocentistas, para o denominado modelo solidarista, baseado na Constituição Federal de 1988, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado. Neste contexto, a preocupação passa a ser a proteção da vítima e não mais, como outrora, sobre se há razões ou não para que o autor do dano seja responsabilizado.<sup>598</sup>

De acordo com o que se vem sustentando no presente trabalho, acredita-se que a objetivação da responsabilidade civil, sem dúvida, encontra amparo no modelo constitucional conformado pela diretriz da solidariedade, sendo, assim, um dos instrumentos de que dispõe o legislador –

---

lucro; II - dos trabalhadores; I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos; IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. [...] Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

<sup>594</sup> LAGO JÚNIOR, Antonio. A responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho. In: LEÃO, Adroaldo; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. (Coords.). **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.77-87.

<sup>595</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coords.). **Os princípios da constituição de 1988**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.169.

<sup>596</sup> A título de exemplo: arts. 931, 932, 933, 936 e 938 do Código Civil de 2002, art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e arts. 12 e 14 da Lei 8.078/90.

<sup>597</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. *Direito, Estado e Sociedade*. v.09. n.29. Jul/dez 2006. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Bodin\\_n29.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf)>. Acesso em: 08 dez. 2011, p.238.

<sup>598</sup> *Ibidem*, p.250.

dentro de um amplo espectro de distintos instrumentos – para assegurar uma eficiente proteção à vítima dos danos. Melhor seria dizer aos direitos fundamentais da vítima, pois, afinal, a realização dos direitos fundamentais é algo imposto ao Estado.

Entretanto, não se pode perder de vista que ao legislador cabe um amplo espaço de conformação do direito infraconstitucional, sendo certo ainda que, apenas pela observação daqueles instrumentos na sua totalidade, é que se mostra possível aferir uma efetiva proteção aos direitos fundamentais em jogo.

Por sua vez, não se pode ignorar que esses direitos fundamentais, tais como a vida, a integridade física, a propriedade e a liberdade geral de ação, especialmente quando esteja em jogo a análise de eventual responsabilidade, entram em constante tensão, não se podendo afirmar, a priori, em qual medida ou intensidade se imporá ao legislador um imperativo de tutela, a ponto de justificar a objetivação da responsabilidade.

### 3.3.2.2 A concretização judicial por via da atividade de complementação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados

Mas a concretização do princípio da solidariedade não se dá apenas pela via legislativa. De fato, muito embora a primazia da conformação dos direitos fundamentais caiba, pelo menos em linha de princípio, ao legislador, torna-se indispensável a atuação judicial na aplicação e no desenvolvimento do direito legislado.

Assim, conquanto o legislador ordinário possa prever casos específicos de concretização dos deveres de solidariedade, precisando-os de forma casuística, poderá, ao invés disto, dar ensejo a que tal especificação seja feita por meio de atividade judicial. Para estes casos, contemplam-se as denominadas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, por meio dos quais se possibilite o acolhimento concreto da diretriz da solidariedade em um determinado âmbito de regulação material.

Como visto em tópico anterior, as cláusulas gerais constituem técnica legislativa que consagra meio idôneo para permitir o ingresso no ordenamento codificado, de princípios, *standards*, arquétipos de comportamento e deveres de conduta não previstos em lei ou no contrato, de direitos e deveres configurados segundo os usos e costumes do tráfego. Portanto, é a cláusula geral o meio idôneo para o propósito do acolhimento de diretivas da solidariedade nas

relações sociais, por meio de atividade judicial.

Diz-se, então, que a utilização da cláusula geral consagradora do princípio da boa-fé serve de meio de concretização do princípio da solidariedade, mediante a criação dos deveres de cooperação nas relações jurídicas obrigacionais. Cuida-se de mais uma forma de operatividade da diretriz da solidariedade – tal como a que se tratou anteriormente –, apenas que, agora, dá-se por meio da atuação judicial e em articulação com o princípio da boa-fé.<sup>599</sup>

Vale alertar – tal como já foi feito anteriormente – que a boa-fé objetiva tem a natureza de princípio jurídico, em razão do que atua em uma dimensão distinta daquela que é atribuída à regra jurídica: sua dimensão é a do peso e do valor. Por isto mesmo, não é de se estranhar que a sua atuação concreta se dê, articuladamente, com outros princípios.

No caso em tela, é justamente o que ocorre com a incidência do princípio da solidariedade no âmbito das relações obrigacionais, por exemplo.

Segundo Emilio Betti<sup>600</sup>, as mencionadas relações obrigacionais constituem nada mais nada menos do que relações de cooperação. A compreensão desta afirmativa nos fornece a exata dimensão do sentido de concretização da solidariedade no âmbito destas relações.

As relações obrigacionais – segundo lição basilar – têm como elemento nuclear a prestação (positiva ou negativa). Esta, por sua vez, apresenta-se como o desenvolvimento de uma conduta, como resultado de um agir, ou como assunção de uma garantia por riscos.

Emilio Betti afirma que há de distinguir dois momentos bem distintos na existência da prestação: o momento subjetivo, que se refere à conduta de cooperação; e o momento objetivo, referido à utilidade que a prestação é concitada a trazer para o credor, utilidade esta de caráter típico e que, normalmente, coincide com cada uma das condutas de cooperação esperadas. O adimplemento da prestação deve resultar da conjugação desses dois momentos. A relação obrigacional passa, então, a se desenvolver como um processo em direção a sua finalidade – que é o adimplemento.

A cooperação se sobressai no momento subjetivo – assim denominado porque está relacionada à conduta dos agentes – e não se encontra, de forma alguma, reduzida ao

---

<sup>599</sup> “Assim, os deveres de cooperação derivados da conduta segundo a boa-fé densificam e especificam, neste campo da vida jurídica, a diretriz constitucional da solidariedade social, seja na relação contratual, seja na relação obrigacional lato sensu considerada, inclusive a resultantes dos atos ilícitos”. (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. Entre cosmos e taxis. A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Reconstrução do direito privado**. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.634).

<sup>600</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral de las obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p.37-43.



cumprimento do dever principal: ao contrário, diluiu-se por uma série de deveres secundários, anexos, colaterais ou instrumentais.<sup>601</sup>

Essencialmente, então, as relações obrigacionais passam a ser informadas pela ideia de cooperação, que implica a criação de uma série de deveres anexos de conduta.<sup>602</sup> Em outros termos, para o fiel adimplemento, não basta apenas cumprir o dever principal de prestação – à maneira concebida pelo direito civil oitocentista –, devendo-se, ainda, atentar para os mencionados deveres anexos ou instrumentais, que se relacionam e vinculam, não só as partes envolvidas da relação jurídica obrigacional, mas, eventualmente, até terceiros.

Essa fundamental colaboração intersubjetiva prova que, mesmo na seara das relações obrigacionais – durante muito tempo, fechada aos interesses coletivos –, haverá a concretização, em larga medida, dos deveres de solidariedade. Ou seja, a cooperação, segundo a boa-fé objetiva, é uma forma de dar densidade e especificar o princípio da solidariedade social, no âmbito das relações interprivadas, servindo ao correto direcionamento do contrato à realização do seu fim.<sup>603</sup>

O princípio da solidariedade se concretiza, pois, mediante a criação de deveres, independentemente da vontade e dos interesses individualistas das partes, mas por meio do auxílio do princípio da boa-fé.

Se assim se passa em relação à criação de deveres, da mesma forma torna-se possível a imposição de limites ao exercício de direitos subjetivos ou de direitos formativos, no âmbito das relações obrigacionais, como resultante da incidência da boa-fé, em articulação com o princípio imperativo de solidariedade.

Mas não sem antes, claro, conceber-se a mudança paradigmática. De fato, diante dos deveres de cooperação, derivados da solidariedade, cumpre revisitar o próprio conceito de direito subjetivo fornecido pela teoria tradicional, de perfil nitidamente liberal. Em uma sociedade

---

<sup>601</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como um processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.10 e 111-120.

<sup>602</sup> A respeito desses deveres instrumentais, abordaremos com maior profundidade no próximo capítulo. Apenas para exemplificar, cita-se o rol trazido por Judith Martins-Costa, segundo a qual seriam eles: “os deveres de lealdade, de cuidado, de previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa do patrimônio da contraparte; de abstenção de condutas que possam pôr em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses, deveres que podem anteceder o contrato, na chamada fase pré-contratual, ou mesmo prolongar-se findo o negócio, hipótese da responsabilidade pós-contratual.” (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. Entre cosmos e taxis. A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Reconstrução do direito privado**. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.635).

<sup>603</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.*, 2002, p.633.

solidária, o sistema só legitima a satisfação de interesses particulares na medida em que o seu exercício seja valorado como socialmente útil, podendo o uso disfuncional vir a se constituir em um exercício abusivo de direito.<sup>604</sup>

As hipóteses de uso abusivo de direitos têm sido afastadas mediante a utilização de *standards* fornecidos pelo princípio da boa-fé, invocando-se, por exemplo, a regra que veda o *venire contra factum proprium*, por meio da aplicação da teoria dos atos próprios; afastando-se do credor o exercício do poder formativo extintivo da relação contratual parcialmente descumprida, por meio da teoria do adimplemento substancial; quando se impede a exigibilidade de um direito quando o seu titular tenha permanecido inerte por muito tempo (*supressio*), entre outros.<sup>605</sup>

Assim, na medida em que se tome as relações obrigacionais pelo viés da solidariedade, percebe-se que o ordenamento apenas legitimará a titularidade e o exercício de um direito crédito, na exata medida em que o interesse por ele veiculado atenda também aos objetivos de natureza coletiva, que devem ser delimitados pelas cláusulas gerais, em especial a da boa-fé.<sup>606</sup>

Note-se, a propósito, que esses mencionados deveres e limitações não são passíveis de definição *a priori*, na medida em que se apresentam como necessários a cada “programa contratual” – compreendido no seu aspecto objetivo e econômico-social –, concretamente considerado. As especificações dependem de cada contrato e da consideração ao contexto econômico-social que lhe sirva de base. Por esta razão, Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que a aplicação da boa-fé “implica a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isto leve para fora do círculo de vontade.”<sup>607</sup>

Essa criação normativa de deveres instrumentais, atendendo-se à realidade social e

---

<sup>604</sup> Nesse sentido, Pietro Perlingieri, a respeito do direito italiano: “No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitação para o titular. Os chamados limites externos, de um ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.121-122).

<sup>605</sup> A respeito desses tópicos, retomaremos o assunto no próximo capítulo, para aonde remetemos o leitor. A enumeração, aqui, é feita apenas à título exemplificativo.

<sup>606</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.175.

<sup>607</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.14, abr./jun. 1995, p.25.

econômica, eventualmente ultrapassando até mesmo os limites impostos pela vontade manifestada pelas partes, resulta, justamente, na concretização da diretriz da solidariedade social. É neste sentido, pois, que se afirma que a boa-fé objetiva limita a autonomia negocial.<sup>608</sup>

Também por meio da utilização da cláusula geral consagrada do princípio da boa-fé, concretiza-se o princípio da solidariedade nas hipóteses de responsabilidade civil aquiliana, por meio da criação de deveres de proteção para salvaguarda de interesses pessoais e patrimoniais das partes que extrapolem ou que sejam alheios a qualquer estipulação negocial.<sup>609</sup>

Em capítulo anterior, viu-se que, na concepção liberal, a culpa era vista como um juízo de censura pelo mau uso do espaço de liberdade conferido aos particulares, servindo, assim, como um verdadeiro escudo de intangibilidade da autonomia privada. Também como visto, ao longo dos dois últimos séculos diversos expedientes surgiram ou foram criados para mitigar a importância da culpa, chegando, mesmo, em alguns casos, a dispensá-la, por meio de previsões legais casuísticas de responsabilidade civil objetiva,<sup>610</sup> sempre em busca de uma visão menos individualista da questão.

O Código Civil brasileiro de 2002 vai além e inova nesse aspecto, aparentemente de maneira pioneira em relação aos demais países.<sup>611</sup> Por meio da cláusula geral disposta em seu art. 927, parágrafo único<sup>612</sup>, consagra a possibilidade judicial da objetivação da responsabilidade civil, distintamente do que acontece na maioria dos países, como Alemanha, Portugal, França etc., em que as hipóteses de responsabilidade civil objetiva se encontram expressa e casuisticamente previstas em lei.

Assim, pode-se dizer que um exemplo de concretização da diretriz da solidariedade, em

---

<sup>608</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. Entre cosmos e taxis. A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Reconstrução do direito privado**. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.638.

<sup>609</sup> Sobre a correlação da boa-fé objetiva e os deveres de proteção, além da sua aplicação nas situações de responsabilidade delitual, em especial para aferição da culpa aquilina pelo viés do denominado erro de conduta, tratar-se-á no próximo capítulo. Naquela oportunidade, será feita uma abordagem pontual da operatividade do princípio da boa-fé, tanto nas situações obrigacionais, quanto nas situações delituais.

<sup>610</sup> Cf. Capítulo 02, itens 2.3.2 e 2.3.3.

<sup>611</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, v.95, n.854, dez. 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.12.

<sup>612</sup> Código Civil de 2002: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. 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.”

articulação com o princípio da boa-fé, é dado pela possibilidade de objetivação da responsabilidade civil, por ato do juiz, isto é, independentemente de previsão casuística em dispositivo de lei, sempre que se apresente, em um dado caso concreto, alguma situação de risco para os direitos fundamentais de uma das partes, que demande um dever de proteção por parte do Estado.

Segundo as premissas até aqui desenvolvidas e considerando, ademais, que o legislador ordinário brasileiro delegou tal atribuição ao juiz, cumpre-nos aqui ressaltar que a escolha entre a objetivação da responsabilidade, a inversão do ônus de prova ou a simples manutenção da responsabilidade resultante de culpa – assim como acontece com as hipóteses previstas na legislação –, representam formas de intervenção do Estado no espaço de liberdade dos particulares e, portanto, devem também ser consideradas, mediante sopesamento com os demais interesses em jogo.

A salvaguarda de um direito fundamental, por esta via, não se pode operar sem a consideração de que, na outra ponta, há um indivíduo também titular de direitos fundamentais. Portanto, a eventual conformação dos interesses em conflito deverá realizar-se por meio de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, em que se deverá levar em conta os direitos fundamentais dos envolvidos em suas funções normais de proibição de intervenção/vedação de excesso e imperativos de tutela/proibição de déficit.

Claro que, para tanto, deverão ser considerados e sopesados os fatores normalmente citados como justificadores de uma maior ou menor incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares,<sup>613</sup> conquanto se reconheça que a tarefa de identificar quais os princípios constitucionais verdadeiramente envolvidos nestes conflitos não se mostra como uma tarefa fácil. Dentro da linha que se vem defendendo, a medida da incidência dos direitos fundamentais, será determinada pela maior ou menor presença de fatores que justifiquem um dever de proteção estatal.

A propósito, referindo-se à imbricada questão da definição dos danos indenizáveis, Maria Celina Bodin de Moraes pontua que “a dificuldade na identificação dos princípios envolvidos não provém [...], somente do fato de que se trata de regular uma demanda em transformação.

---

<sup>613</sup> Apenas para rememorar: a) a assimetria na relação; b) a ilicitude da intervenção, por um sujeito de direito privado, no bem garantido pelo direito fundamental de outro particular; c) a hierarquia do bem fundamental a proteger; d) a sua colocação em perigo por um sujeito de direito privado; e) a gravidade da intervenção que se ameaça e a intensidade do perigo; f) a dependência (ou falta de alternativa) do titular do direito fundamental para o exercício efetivo do direito fundamental em voga; g) as possibilidades de autoproteção eficaz pelo titular do direito ameaçado; h) bem como o peso dos interesses contrapostos.

Decorre ainda da necessidade de se levar em consideração uma multiplicidade de exigências, de interesses e de necessidades com frequência conflitantes entre si”.<sup>614</sup> Aliás, isto é característica da própria complexidade da sociedade pluralista, cujo princípio da solidariedade busca justamente manter coesa.

Com isto quer se dizer que, em uma sociedade pluralista, como a que atualmente vive-se, o direito de liberdade dos indivíduos e de autodeterminação deverá ser sopesado com o dever de solidariedade social, que deixou de ser reputado como um mero sentimento genérico de fraternidade que o indivíduo poderá praticar, ou não, segundo o seu livre arbítrio, para adquirir o status de verdadeiro princípio jurídico, sendo, portanto, passível de exigibilidade.<sup>615</sup>

### 3.3.2.3 A concretização judicial por via do preenchimento de lacunas legais e pela via do controle de constitucionalidade

E, por fim, uma vez que a solidariedade é princípio constitucional fundamental, deve-se considerar a sua aptidão para orientar toda a aplicação do direito, mesmo em casos extremos de lacunas legais, quando se torna especialmente necessário realizar uma ponderação entre os inúmeros interesses em potencial conflito, conquanto se reconheça que a tarefa de identificar quais os princípios constitucionais verdadeiramente envolvidos nestes conflitos não se mostra como uma tarefa fácil.

A partir do sopesamento resultante da ponderação entre os inúmeros interesses em potencial conflito, nas diversas relações sociais, constatam-se duas possibilidades de atuação judicial: a) ter-se-á um típico caso de juiz atuando como “legislador positivo”, como decorrência da necessidade de preenchimento de uma lacuna legislativa; ou b) eventualmente, ter-se-á a atuação do judiciário no papel de “legislador negativo”, como resultante da declaração de inconstitucionalidade, total ou parcial, de um texto normativo infraconstitucional.<sup>616</sup>

---

<sup>614</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade.** v.09. n.29. Jul/dez 2006. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Bodin\\_n29.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf)>. Acesso em: 08 dez. 2011, p.238.

<sup>615</sup> Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a solidariedade “é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós.” (MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coords.). **Os princípios da constituição de 1988.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p.167).

<sup>616</sup> A respeito dos conceitos de legislador positivo e legislador negativo, vale conferir Maurício Zockun, para quem, “todos os Poderes exercem sua *independência funcional* mediante a produção de normas jurídicas. Elas

Em conclusão, para além do preenchimento dos conceitos vagos das cláusulas gerais – como as que consagram a boa-fé objetiva e a responsabilidade civil aquiliana –, a operatividade da diretriz da solidariedade por meio da atuação judicial poderá se efetivar, ainda, por mais duas formas distintas, ou seja: negativamente, impedindo a eficácia da norma infraconstitucional que colida com a Constituição; ou, positivamente, no caso de lacunas legislativas, por via da concreção,<sup>617</sup> sempre que se imponha a proteção de algum direito fundamental que se encontre em risco.

Por qualquer dos três modos, acima delineados (preenchimento de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados; preenchimento de lacunas; ou em controle de constitucionalidade), ter-se-á espaço para a inserção da diretriz constitucional da solidariedade nas relações sociais, por meio da operatividade própria do princípio da boa-fé, quer se dizer, por meio de atividade judicial.

Para os propósitos do presente trabalho, em que se busca correlacionar os efeitos da incidência do princípio da boa-fé objetiva na relação jurídica de responsabilidade civil, considerando-se, ademais, as premissas teóricas até então firmadas, interessa, mais especificamente, a compreensão da diretriz constitucional da solidariedade no âmbito das relações sociais por meio do preenchimento de cláusulas gerais e o eventual controle de constitucionalidade das decisões fundamentadas nesta aplicação, em caso de intervenções excessivas ou insuficientes do judiciário e, portanto, desproporcionais.

---

(as normas) inovam o ordenamento jurídico na medida em que o Direito se autoalimenta. Essa inovação pode ser positiva ou negativa se prescrições normativas forem acrescidas ou suprimidas do direito positivo. É esse o sentido que atribuímos, respectivamente, às expressões “legislador positivo” e “legislador negativo”. Assim, quando se aduz que o Poder Judiciário atua como legislador negativo, quer-se com isso dizer que, no exercício de sua típica função estatal, ele pode suprimir as prescrições normativas produzidas pelos Poderes. Não pode, contudo, produzir normas jurídicas que inovem em campo reservado à atuação dos demais Poderes. Não obstante essas ponderações, o direito positivo prevê explicitamente que, em algumas restritas oportunidades, o magistrado pode atuar em substituição ao legislador e ao executor da lei. Ou seja, o Judiciário pode atuar como *legislador positivo* em campo que não lhe é típico.” (ZOCKUN, Maurício. A separação dos poderes e o judiciário como legislador positivo e negativo. **Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)**, 47. Disponível em: <[www.zockun.com.br/downloads/Poder%20Judici%C3%Alrio%20legislador%20negativo.pdf](http://www.zockun.com.br/downloads/Poder%20Judici%C3%Alrio%20legislador%20negativo.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2013, p.168.

<sup>617</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. *In: A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.631.

### 3.4 A BOA-FÉ E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

#### 3.4.1 A dignidade da pessoa humana como valor e princípio constitucional fundamental.

A dignidade da pessoa humana constitui-se num valor supremo, que governa e dá sentido a toda existência social, assim como ao próprio sistema jurídico. Com efeito, não há qualquer sentido falar-se em organização do Estado e dos seus respectivos poderes, ou mesmo no estabelecimento de diversos tipos de direitos e deveres, sem que se tenha em consideração a pessoa humana como um ideal maior, vértice de todo o sistema.

Karl Larenz chama de “personalismo ético” a necessidade de se compreender o homem como um valor em si mesmo. Segundo esta concepção, o homem, porque é pessoa em sentido ético, não pode servir de meio para alcançar os fins de outros homens ou grupos. As normas e o sistema jurídico não podem servir a tal propósito. É, nesse sentido, que se diz ser esse homem portador de dignidade.<sup>618</sup>

A partir dessa concepção, por exemplo, o sentido jurídico de pessoa natural – forjado no individualismo do Estado Liberal – muda completamente. O atual sentido de pessoa humana deve levar em consideração a qualidade de ser humano, como um valor em si mesmo, em razão do que se torna digno e imediatamente protegido pela ordem jurídica. A dignidade, por sua vez, adquire-se independentemente de quaisquer ações ou declarações e até mesmo antes de ter nascido, pelo simples fato de ser humano.<sup>619</sup>

Por outro lado, torna-se inaceitável qualquer conduta que seja ultrajante à dignidade, que implique, ou possa implicar degradação do homem, reduzindo-o à simples condição de objeto para satisfação de interesses de outros ou de certos grupos, exigindo-se, ademais, que sejam promovidas as condições necessárias ao livre desenvolvimento da personalidade, ao

---

<sup>618</sup> “El personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es ‘persona’ en sentido ético, un valor en sí mismo – no simplemente como medio para los fines de otros – y, en este sentido, una ‘dignidad’. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por el como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y en un ámbito propio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo. La relación de respeto mutuo que cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de éste es la ‘relación jurídica fundamental’, la cual, según está concepción, es la base de toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica fundamental son el derecho (la pretensión justificada) y el deber, así como la reciprocidad de los derechos y deberes en las relaciones de las personas entre sí” (LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picaven. Madrid: Edersa, 1978, p.45-46).

<sup>619</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.15-16.

tratamento igualitário e à proibição de arbítrio.

Embora o sentido de dignidade seja bastante antigo na história da civilização, a necessidade de se afirmar esse valor enquanto tal decorreu da perplexidade em que se viu a humanidade diante do genocídio dos judeus e dos relatos de torturas praticadas nos campos de concentração, evidenciadas com o final da Segunda Guerra Mundial. O que mais chocou é que estas histórias de aniquilamento do homem, de desrespeito à vida e à liberdade se deram sob o manto do Estado Socialista Alemão e de suas leis antissemitas.

A partir de então, a necessidade da positivação do ideal de dignidade da pessoa humana – como valor acima de qualquer ordem legal estatal – entrou na pauta política dos diversos países do mundo, em especial os europeus, acabando por tornar-se princípio indissociável dos Estados Democráticos de Direito.<sup>620-621</sup>

Mas, o que, exatamente, significa um Estado baseado no valor da dignidade da pessoa humana? Esta pergunta é feita por J.J. Gomes Canotilho<sup>622</sup>, para quem a resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana, que, sem maiores transcendências ou metafísicas, significa: o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político do próprio Estado. Nesse sentido, “não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios”, mas, o contrário: é o Estado que passa a ser uma “organização política que serve o homem.”

Ademais, prossegue o citado autor, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura do Estado “à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo, mundividencial, religioso e filosófico.” Representa, portanto, o reverso de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos.

No Brasil, o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988,<sup>623</sup> erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos seus princípios fundamentais, de sorte que, ao Estado brasileiro

---

<sup>620</sup> POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**. Curitiba: Juruá, 2001, p.54.

<sup>621</sup> Bastante expressivas, nesse sentido, as notas prévias de José Manuel M. Cardoso da Costa à obra de Otto Bachof: “Pressuposto da obrigatoriedade da ideia de justiça para o direito é, todavia, a existência de um consenso social acerca pelo menos das ideias fundamentais da justiça. Apesar de todas as divergências no pormenor, creio que deve conhecer-se um tal consenso: o respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem num objecto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio são postulados da justiça, de evidencia imediata”. (BACHOF, Otto. **Normas constitucionais e inconstitucionais?** Tradução e nota prévia de Jose Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009, . 01–02).

<sup>622</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 225-226.

<sup>623</sup> Constituição Federal de 1988. “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: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”.



cumprir, não apenas ratificar os direitos dos homens, mas, essencialmente, promover instrumentos para preservá-los, adotando medidas que ampliem as possibilidades existenciais da liberdade.<sup>624</sup>

Portanto, a dignidade da pessoa humana é, simultaneamente, um fundamento e um fim da sociedade e do Estado<sup>625</sup>, constituindo-se num valor que condiciona e conforma todo o tecido social, servindo, ademais, de elemento principiológico decisivo na afirmação do próprio Estado Democrático de Direito.<sup>626</sup>

Não é sem razão que Jorge Miranda pontua que, ao menos de forma evidente, os direitos, liberdades e garantias das pessoas e os direitos econômicos sociais e culturais comuns têm sua fonte ética na dignidade da pessoa humana, conquanto os demais direitos, ainda quando projetados em instituições, remontem também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas.<sup>627</sup>

### **3.4.2 A liberdade, a autonomia pessoal e a dignidade da pessoa humana**

A conceituação de dignidade da pessoa humana é tarefa bastante difícil. Tal dificuldade decorre da circunstância de tratar-se de conceito vago e impreciso, caracterizado por ambiguidade e porosidade.<sup>628</sup> Acrescente-se ainda o fato de que a dignidade da pessoa humana, ao contrário do que se passa com as demais normas de direitos fundamentais, não se refere, designadamente, a aspectos específicos da existência humana (como a vida, integridade física, intimidade, propriedade etc.), mas, apenas, a uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano.

Assim, tem-se afirmado que a dignidade da pessoa humana passa ser definida como o próprio valor que identifica o ser humano enquanto tal.

Apesar do truísmo dessa afirmação, tal definição costuma ser criticada, justamente sob o argumento de que ela não contribui muito para uma compreensão satisfatória a respeito do

---

<sup>624</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1988, p.425.

<sup>625</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.180.

<sup>626</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.179.

<sup>627</sup> MIRANDA, Jorge. *Op.cit.*, 2000, p.181.

<sup>628</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, Ano 1, n.4, out./dez. 1999, São Paulo: Notadez, p.24.

que efetivamente seria o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, em especial sob o ponto de vista normativo.<sup>629</sup>

Nada obstante a dificuldade de se delimitar a sua essência, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, cujo entalhe se torna mais facilmente perceptível nas diversas situações vivenciais em que se tem ela por violada. A partir deste ponto é que se observa o esforço da doutrina<sup>630</sup> e da jurisprudência<sup>631-632</sup> para construir uma noção jurídica de dignidade, com o

---

<sup>629</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.40.

<sup>630</sup> PÉREZ, Jesus Gonzales. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986, p.114-116; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.183-184; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.39-60.

<sup>631</sup> O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, ao interpretar o preceito constante do art. 1.723 do Código Civil, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, firmou o entendimento de que o referido dispositivo não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar, apta a merecer proteção estatal. O plenário do STF utilizou a técnica da interpretação conforme a Constituição do referido preceito do Código Civil, para excluir do texto qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, a ser compreendida como sinônimo perfeito de família, segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro CARLOS BRITTO. Brasília, 05 de julho de 20011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 03 jul. 2013). Também com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 349.703 e 466.343, por maioria, decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu sem seguir o procedimento previsto na Emenda Constitucional n. 45/2004 têm status supralegal, mesmo não sendo diretamente incorporados à Constituição Federal. Considerou-se que o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é norma constitucional não autoaplicável e, a despeito de não ter sido revogado pela ratificação dos Pactos de São José da Costa Rica e Internacional sobre direitos civis e políticos, teve sua aplicabilidade obstada, porquanto do caráter supralegal desses tratados decorre um "efeito paralitante" à eficácia das normas infraconstitucionais regulamentadoras das hipóteses de prisão civil que lhes sejam contrárias. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 349703**, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro CARLOS BRITTO. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 03 jul. 2013).

<sup>632</sup> O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem se valido do princípio da dignidade da pessoa humana para reconhecer: a) a impossibilidade de se repetir pagamento de verbas alimentares, quando recebidas de boa-fé por servidores ou segurados da previdência. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 201202354264**, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1206772&sReg=201202354264&sData=20130214&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1206772&sReg=201202354264&sData=20130214&formato=PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2013); b) a imprescritibilidade de pretensão indenizatória quanto aos danos morais decorrentes da afronta aos direitos básicos da pessoa humana, como a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Em Recurso Especial nº 201202231120**, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 21 de maio de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1236508&sReg=201202231120&sData=20130524&formato=P](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1236508&sReg=201202231120&sData=20130524&formato=P)>. Acesso em: 03 jul. 2013); c) a dispensabilidade do aguardo da partilha dos bens do casal para a conversão da separação judicial em divórcio. Isto porque, a regulamentação das ações de estado, na perspectiva contemporânea do fenômeno familiar, afasta-se da tutela do direito essencialmente patrimonial, ganhando autonomia e devendo ser interpretada com vistas à realização ampla da dignidade da pessoa humana (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 201101981070**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de março de 2013. Disponível em:

que, afinal, acabam traçando os seus contornos basilares.

González Pérez, por exemplo, tomando em consideração uma dimensão puramente abstrata, pontua que, para a apreensão do sentido da dignidade da pessoa humana: a) são indiferentes as condições pessoais oriundas do sexo, idade, raça, condição social e afins, visto que todos são iguais em dignidade; b) torna-se irrelevante o elemento subjetivo, ou seja, a intenção de violar a dignidade alheia; e c) também é irrelevante se uma pessoa não se considerou violada em sua dignidade, ou seja, aceitou passivamente a situação imposta, pois se o sentimento comum é de indignação, não importa a vontade individual.<sup>633</sup>

Também parece compartilhar desse mesmo entendimento José Afonso da Silva, para quem, por constituir um atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, a dignidade da pessoa humana – mesmo daquelas que praticam condutas mais indignas, por mais baixa que possa ter sido sua conduta –, não poderá ser objeto de desconsideração.<sup>634</sup>

Jorge Miranda, tomando em conta o art. 1º da Declaração Universal<sup>635</sup>, considera o fato de os seres humanos serem dotados de razão e consciência como sendo o denominador comum a todos os homens, sintetizando, a partir daí, e da “consciência jurídica portuguesa”, as diretrizes básicas para a apreensão do sentido de dignidade da pessoa humana, valendo destacar que entre as principais se encontram a autonomia vital da pessoa e a sua autodeterminação em relação ao Estado e demais pessoas.<sup>636</sup>

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet<sup>637</sup>, Günter Dürig concebe a dignidade da pessoa humana a partir do fato de que “cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da

---

<[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1218414&sReg=201101981070&sData=20130326&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1218414&sReg=201101981070&sData=20130326&formato=PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2013.); entre outros.

<sup>633</sup> PÉREZ, Jesus Gonzales. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p.114-115.

<sup>634</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v.212, abr./jun. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.93.

<sup>635</sup> Declaração Universal da ONU (1948): “Art. 1º. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

<sup>636</sup> Jorge Miranda aponta as seguintes diretrizes: a) é a da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana e não de um ser ideal e abstrato; b) a dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção e não apenas depois do nascimento; c) refere-se à dignidade da pessoa e qualquer dos gêneros, enquanto homem e enquanto mulher. Em cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade; d) cada pessoa vive em relação comunitária, o que significa dizer que a dignidade de cada pessoa pressupõe e de todos os outros; e) conquanto cada pessoa viva em uma relação comunitária, ela é portadora da sua própria dignidade e não necessariamente a da coletividade; f) o primado da pessoa é do ser e não do ter, de sorte que a liberdade prevalece sobre o patrimônio; g) apenas a dignidade justifica a busca por qualidade de vida; h) a proteção da dignidade da pessoa está para além das questões de cidadania e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e, por fim, i) a dignidade pressupõe autonomia vital da pessoa e sua autodeterminação em relação ao Estado e demais pessoas (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.183-194).

<sup>637</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.44-45.

natureza impessoal e o capacita para, com base na sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar a sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.”<sup>638</sup>

Em sentido parecido, J.J. Gomes Canotilho considera que o princípio material que serve de substrato para a noção de dignidade da pessoa humana consubstancia-se “no princípio antrotópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastes et ficator*).”<sup>639</sup>

A partir da observação atenta da Declaração Universal da ONU, assim como dos apanhados doutrinários supratranscritos, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>640</sup> chama a atenção de que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar reconduzindo à matriz Kantiana<sup>641</sup>, centrando-se, pois, na autonomia e no direito de autodeterminação.

Não se quer, com isso, dizer que a dignidade se equivale ou esteja pareada com a autonomia pessoal, mas que existe entre elas uma relação de intrínseca complementariedade. Com efeito, a liberdade e, conseqüentemente, o reconhecimento e a garantia dos denominados direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais, de uma forma geral), constituem uma das principais exigências de concretização da dignidade da pessoa humana.<sup>642</sup> Não é preciso ir muito longe para se chegar a esta conclusão: basta imaginar as liberdades de cunho essencialmente existenciais, tais como: a liberdade sexual, a liberdade de crença religiosa, a liberdade de

---

<sup>638</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.44-45.

<sup>639</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Almedina, 2003, p.225.

<sup>640</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2006, p.45.

<sup>641</sup> Kant sustenta que “o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chama pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, que dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).” Ainda segundo Kant, ao afirmar a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana: “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em clausulo ou confronto com qualquer coisa eu tivesse preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.” (KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Os Pensadores – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.134-135 e 140).

<sup>642</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2006, p.45-46.

manifestação de pensamento etc., e a importância que elas têm para a constituição da própria personalidade da pessoa humana.

Evidentemente que não se trata, aqui, de regurgitar as noções oitocentistas de liberdade.<sup>643</sup> Não é isto que se quer, absolutamente. Mas é inegável que a dignidade e autonomia pessoal são incindíveis, aliás, como afirma Jorge Miranda, de maneira categórica.<sup>644</sup> A questão, então, é saber qual o sentido de liberdade e, conseqüentemente, de dignidade que se pretende proteger, ou seja: a) uma dimensão puramente abstrata e objetiva, vista como parte integrante de uma ordem objetiva de valores; b) uma dimensão concreta e subjetiva, na qual se leva em conta as peculiaridades de cada caso; ou, ainda, c) mediante uma conformação entre as duas dimensões.

Miguel Reale<sup>645</sup> mostra que, pelo menos sob o ponto de vista histórico, há três concepções possíveis de liberdade individual e, conseqüentemente, de dignidade da pessoa humana: a individualista; a transpersonalista; e a personalista.

O cerne da visão individualista tem como ponto de partida o indivíduo e a tese de que, se cada homem cuidar de seu interesse, estará também cuidando, automaticamente, do bem de toda a coletividade. Daí a teoria de que o Estado deve ter, com relação à tutela jurídica das liberdades individuais, uma atitude de abstenção.

Na concepção individualista, portanto, a dignidade da pessoa humana ganha contornos em instrumentos liberais que buscam limitar a atividade estatal, que deve se abster, ao máximo, de interferir na vida do cidadão. Assim, interpretar-se-á a lei com o fim de salvaguardar a autonomia pessoal do indivíduo, preservando-o das interferências do poder público. Trata-se de uma visão subjetivista dos direitos fundamentais.

Na visão do transpersonalismo, tem-se a negação da tese individualista, ao argumento de que não há possibilidade de harmonia espontânea entre o bem individual e o coletivo. Assim, sustenta-se que o bem da coletividade é *conditio sine qua non* para a felicidade individual e que, na realidade, deve sempre preponderar os valores coletivos. A existência humana, por sua vez, apenas adquire autenticidade e plenitude quando esteja a serviço do bem social. Em

---

<sup>643</sup> Nesse passo vale trazer o magistério de Gregorio Peces-Barba Martinez, para quem há três tipos de liberdades reconhecidas nos ordenamentos jurídicos, cujo reconhecimento relaciona-se com cada uma das três grandes linhas de pensamento que conformam a concepção contemporânea dos direitos do homem: liberalismo, doutrina democrática e socialismo. Assim, temos, respectivamente, a liberdade como não interferência ou protetora, a liberdade como participação e a chamada liberdade promocional (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales. Teoria general*. Madrid: Universidade Carlos III, 1999, p.222).

<sup>644</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.194.

<sup>645</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.277-279.

outros termos, a dignidade da pessoa humana apenas se realiza no plano coletivo.

O transpersonalismo encontra maior ressonância nas concepções socialistas e coletivistas, visto que, para Marx, os direitos do homem apregoados pelo liberalismo não transpunham o egoísmo humano, na mais pura arbitrariedade, voltada ao atendimento de interesses puramente particulares, dissociados da coletividade. Como consequência, deve-se interpretar o direito, sempre se limitando a liberdade em favor da igualdade, a partir dos valores e direitos fundamentais como uma garantia objetiva desta finalidade. Portanto, assume-se uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Na visão personalista, intenta-se superar as duas primeiras dimensões, ao demonstrar que entre os termos indivíduo e sociedade, nem existe a espontânea harmonia defendida pela tese individualista, tampouco uma inexorável subordinação oferecida pela concepção transpersonalista. Sustenta-se uma saída de inter-relação entre os interesses individuais e coletivos, que se põem sempre em constante tensão, buscando-se ressaltar que inexistente, a priori, o predomínio do indivíduo ou do todo.

Como consequência, deve-se interpretar o direito mediante um trabalho incessante de composição entre os valores em tensão, ou seja, segundo as circunstâncias do caso, visando-se a uma harmonia entre a ordem social e cada indivíduo, mas tendo-se em mira uma constante axiológica, que é o valor da pessoa humana. O indivíduo deve ceder ao todo, até e enquanto não seja violado o valor da pessoa, ou seja, “a plenitude do homem enquanto homem.”<sup>646</sup> Na visão personalista, portanto, há uma fusão entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, encerrando-se, assim, uma saída que abarque as duas dimensões, de forma complementar.

Note-se que os conceitos doutrinários antes fornecidos (de matriz kantiana<sup>647</sup>) parecem levar em consideração a dignidade da pessoa humana em uma dimensão essencialmente absoluta, abstrata e objetiva. Afinal, segundo tal visão, a dignidade é inerente à condição humana, sendo, portanto, inalienável e independente de circunstâncias concretas.

Assim, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas, sendo irrelevante, ademais, se uma pessoa não se considerou violada em sua dignidade, ou seja, se aceitou passivamente a situação imposta, pois se o sentimento comum é de indignação, não

---

<sup>646</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.279.

<sup>647</sup> A referência é aos conceitos de dignidade da pessoa humana fornecidos por González Pérez, José Afonso da Silva, Jose Carlos Vieira de Andrade, J.J. Gomes Canotilho e Güter Düring.

importa a vontade individual.<sup>648</sup>

Conquanto, em princípio, não seja uma visão que se possa dizer desacertada, o fato é que, isoladamente, ela não serve a uma concepção personalista de dignidade.

Daí porque vem se apontando que a dignidade não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à condição humana (no sentido de inata), mas, também, compreendida como um dado cultural,<sup>649</sup> sendo, assim, resultante de um construído de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual a perfeita percepção da essência da dignidade deve levar em consideração tanto a dimensão natural como também a cultural, que se integram e se complementam mutuamente.<sup>650</sup>

Portanto, para que o sentido de dignidade não se dissipe em um apelo puramente ético, impõe-se que o seu conteúdo seja também determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana. Nesse sentido, parece ser o pensamento de Pietro Perlingieri, quando afirma que:

Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que ‘confere a cada um direito ao respeito

---

<sup>648</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.44.

<sup>649</sup> Segundo o que se observa do trecho da decisão do Tribunal Constitucional Português, em que se discutia a constitucionalidade da decisão que decretou o divórcio por separação de fato contra a vontade do cônjuge inocente, há um nítido reconhecimento da dimensão histórico-cultural da dignidade da pessoa humana: “Simplesmente, não pode também deixar de reconhecer-se que a ideia de ‘dignidade da pessoa humana’, no seu conteúdo concreto — nas exigências ou corolários em que se desmultiplica —, não é algo de puramente apriorístico (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., 2.ª ed., Coimbra, 1984, p. 70, anotação iv) e ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo) na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente ‘cultural’. Para dizer ainda com Vieira de Andrade: ‘o valor da dignidade da pessoa humana [...] corresponde a uma potencialidade característica do ser humano, que se vai actualizando nas ordens jurídicas concretas’ (ob. cit., p. 113). Ora, este ponto reveste-se da máxima importância, quanto à possibilidade de emitir um juízo de inconstitucionalidade sobre determinada solução legal, com base tão-só em que ela viola esse valor, ideia ou princípio. É que, se o conteúdo da ideia de dignidade da pessoa humana é algo que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente, já se vê que no Estado moderno — e para além das projecções dessa ideia que encontrem logo tradução ao nível constitucional em princípios específicos da lei fundamental (maxime, os relativos ao reconhecimento e consagração dos direitos fundamentais) — há-de caber primacialmente ao legislador essa concretização: especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a «criação» e a ‘dinamização’ da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, ‘ler’, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios ‘abertos’ da Constituição (tal como, justamente, o princípio da ‘dignidade da pessoa humana’).” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 105/90**. Processo n.º 39/88 da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional Português. Relator: Conselheiro Bravo Serra. Lisboa, 29 de Março de 1990. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>>. Acesso em: 26 jun. 2013).

<sup>650</sup> Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, Peter Härbele destaca que, “a despeito da referida dimensão cultural, a dignidade da pessoa humana mantém sempre uma condição de valor próprio, inerente a cada pessoa humana, podendo falar-se assim de uma espécie de ‘constante antropológica’, de tal sorte que a dignidade possui apenas uma dimensão cultural relativa (no sentido de estar situada num contexto cultural), apresentando sempre também traços tendencialmente universais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2006, p.46, nota 72)

inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes'. Um bom exemplo pode ser encontrado no art. 4, § 2, Const. a propósito da escolha do trabalho de acordo com as próprias inclinações e os próprios desejos. Não pode existir igual dignidade social entre os cidadãos quando existe quem tem a possibilidade de escolher o trabalho de acordo com a própria vocação e quem, ao contrário, não se encontra nas mesmas condições.<sup>651</sup>

Assim, concorda-se com Ingo Wolfgang Sarlet, quando conclui que a dignidade da pessoa humana, a partir dessa dúplici condição (natural e cultural), apresenta-se, simultaneamente, como *limite* e *tarefa* dos poderes estatais.<sup>652</sup>

Enquanto *limite* da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que pertence a cada um, enquanto ser humano, e que, portanto, não pode ser perdido, tampouco alienado, pois, na medida em que deixasse de existir, não haveria mais limite a ser respeitado. Apresenta-se, pois, como um limite fixo e imutável em face do poder estatal.

Ocorre que, como *tarefa* imposta ao Estado, a dignidade reclama deste que oriente as suas ações, seja no sentido de preservar a dignidade existente, seja no sentido de promover as condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade. Aqui, a dignidade não se limita a ser uma condição inata, apresentando-se também como uma condição conquistada, a partir de uma conduta autodeterminada da construção da própria identidade, ou como “um valor que brota da própria experiência axiológica humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço.”<sup>653</sup>

Nesse último viés, é que se colocaria a questão de saber até que ponto é viável ao indivíduo realizar sozinho as suas necessidades existenciais básicas ou se, ao contrário, necessita recorrer à ajuda do Estado ou da comunidade. Este seria, pois, o elemento mutável da dignidade, visto que apenas seria apreciável diante das circunstâncias concretas.

A partir dessa última constatação, parece com razão Ingo Wolfgang Sarlet<sup>654</sup>, ao sustentar a existência de uma dúplici dimensão da dignidade, enquanto expressão simultânea da: a) autonomia da pessoa humana, vinculada à concepção de autodeterminação como base das decisões essenciais a respeito da própria existência; e b) perspectiva assistencial da pessoa humana, assim entendida como sendo a necessidade da proteção por parte da comunidade e,

---

<sup>651</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.37.

<sup>652</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.47-48.

<sup>653</sup> Assim, a dignidade enquanto valor não pode ser aprisionado em um conceito metafísico, absoluto e invariável, mas deve ser compreendido numa dimensão histórico-cultural: SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

<sup>654</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2006, p.49.



principalmente, pelo Estado, em especial quando “fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.”<sup>655</sup>

Assim, em dado caso concreto, poderá a dignidade, na sua dimensão assistencial da pessoa humana, prevalecer diante da dimensão autonômica, sempre que estiverem ausentes as condições para uma decisão própria e responsável (como pode ocorrer em casos envolvendo biomedicina e biodireito), podendo-se, em alguns casos extremos, até mesmo suprimir-se a dimensão autonômica, pela submissão involuntária a um tratamento médico ou uma internação, por exemplo.

Trata-se de uma concepção aceitável, consagrada das duas dimensões dos direitos fundamentais, antes mencionadas: a dimensão objetiva, em relação de complementariedade com a dimensão subjetiva.<sup>656</sup>

Com efeito, por um lado, tal concepção consegue explicar, por exemplo, o porquê da necessidade de se atribuir um tratamento digno mesmo àqueles que padecem de demência, que já perderam completamente a sua capacidade de autodeterminação e que já não consigam reconhecer os insultos à sua autoestima. Afinal, aqui, vige uma visão objetiva e abstrata de dignidade, como um limite à preservação de um conteúdo mínimo existencial.

Por outro lado, entretanto, essa mesma concepção não excluiria a possibilidade de se restringir ou impor limites à dignidade – entendida esta enquanto um valor comunitário –, por meio da autodeterminação consciente da pessoa humana, a exemplo do que se vê em alguns casos excepcionais de disposição do próprio corpo ou de recusa a tratamento médico, ligados a crenças religiosas, por exemplo.

O que não se concebe, em absoluto, é que a dimensão autonômica seja sempre suprimida, aprioristicamente, como uma justificativa para a prevalência dos valores da comunidade (ou em nome da “ordem de valores objetiva”), por meio da técnica de preenchimento de cláusulas

---

<sup>655</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.49.

<sup>656</sup> Esta, inclusive, parece ser a lição de J. J. Gomes Canotilho, a respeito das duas dimensões dos direitos fundamentais. Segundo ele, “por vezes, poderá existir uma relação de tensão entre estas duas dimensões, ou seja, entre um direito como direito do indivíduo e um direito da pessoa na sua qualidade de ‘unidade interativa’ inserida em formações sociais, mas a CRP parece apontar, ainda nesse caso, para o princípio da prevalência do carácter subjetivo individual (exs.: 55º/2/b, onde consagra a ‘liberdade negativa’ de associação sindical; 41º/1, a liberdade de consciência e de religião sobrepõe-se aos ‘direito das igrejas’). Essa relação de tensão é, de resto, compatível com a natureza principal dos direitos fundamentais, o que permitirá juízos de ponderação (Abwägung) entre os direitos em conflito, a aplicação dos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, e, em casos extremos, uma ponderação conducente a solução diferentes das que resultariam da simples aplicação do princípio da concordância prática (...), tendo em conta as condições fácticas e jurídicas existentes no caso concreto (ad hoc balancing).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Almedina, 2003, p.1257-1258).

gerais e conceitos jurídicos indeterminados, independentemente de qualquer ponderação entre os interesses em jogo.

A tortuosidade de tal proceder se revela ainda mais injustificada em uma sociedade complexa e plural como a atual. Nas precisas palavras de Roxana Cardoso Brasileiro Borges, este tipo de posicionamento metodológico se transforma, em verdade, “na antítese do princípio da dignidade humana” e corresponde a um “sentimento de intolerância juridicizada”, na medida em que se vale do “princípio da dignidade da pessoa humana”, revestido sob o manto de uma moral oficial a ser imposta a todos, para verdadeiramente negar dignidade a algumas pessoas.<sup>657</sup>

Assim, na tentativa de esclarecer melhor o tema, é importante ressaltar que apenas determinada (ou determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, sendo uma verdadeira contradição em termos falar-se em atentado contra a dignidade de uma pessoa em abstrato. Não é por outra razão, portanto, que Jorge Miranda afirma que a dignidade constitui atributo de uma pessoa humana individualmente considerada, jamais um ser abstrato ou apenas ideal, razão pela qual não se pode confundir dignidade da pessoa humana e dignidade humana, quando esta estiver se referido à humanidade no seu todo.<sup>658</sup>

Nesse mesmo passo, Ingo Wolfgang Sarlet lembra Kurt Bayertz, para quem, mesmo na sua dimensão jurídica e institucional – e, portanto, objetiva –, a concepção de dignidade humana tem por escopo o indivíduo (a pessoa humana), “de sorte a evitar a possibilidade do sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana como bem de toda a humanidade ou na sua dimensão transindividual.”<sup>659-660</sup>

---

<sup>657</sup> Roxana Cardoso Brasileiro Borges aparentemente nega a possibilidade de uma dimensão abstrata de dignidade, defendendo a necessidade de sua apreciação concreta, posição com a qual concordamos apenas em parte, como se vê do nosso texto. Estamos, contudo, inteiramente de acordo com a visão da autora a respeito da má utilização do princípio por parte da doutrina e da jurisprudência brasileira, por se negarem a admitir uma dimensão concreta da dignidade. A respeito, conferir: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.137-151.

<sup>658</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.184, nota 2.

<sup>659</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.52.

<sup>660</sup> A propósito, conferir os argumentos de Castanheira Neves, a respeito dos requisitos necessários à formação da consciência jurídica de uma dada comunidade jurídica, para quem: “a dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e o valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, em borá existencial e socialmente em comunidade e na classe.

Em que pese a dignidade da pessoa esteja intrinsecamente ligada à condição humana de cada indivíduo, concretamente falando, não se pode ignorar a sua necessária dimensão comunitária (ou social). Isto porque é apenas na intersubjetividade do grupo que encontramos o espaço público da comunidade da linguagem, o que possibilita ao ser natural se tornar pessoa dotada de racionalidade e dignidade.<sup>661</sup>

Nesse contexto, portanto, parece relevante destacar a posição de Hannah Arendt para quem, sem prejuízo da dimensão ontológica da dignidade e, até mesmo por isto, ou seja, em razão de se tratar do valor próprio de cada uma de todas as pessoas, ela apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade, sendo esta pluralidade “a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir.”<sup>662</sup>

A título de arremate, na medida em que se adote uma visão personalista da dignidade da pessoa humana, parece fundamental afirmar que inexiste na coletividade um valor que supere ao da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ceder em face do Estado. A dignidade da pessoa humana, por seu turno, constitui num mínimo, cujo conteúdo essencial deve contemplar as duas dimensões, tanto a objetiva quanto a subjetiva, e ao qual o Estado ou qualquer outra instituição não podem transpor.<sup>663</sup>

A proteção desse conteúdo mínimo, portanto, não exclui, ao contrário, pressupõe a análise das questões atinentes à dignidade em sua dimensão concreta, situadas sob o ponto de vista histórico e cultural, relacionadas à autonomia vital e autodeterminação do ser humano.<sup>664</sup>

---

Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte.” (NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.215-216).

<sup>661</sup> HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana. A caminho da eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.62 *et seq.* e 71.

<sup>662</sup> A autora considera três atividades humanas fundamentais, correspondentes às condições básicas mediante as quais foi dada a vida do homem na terra: o labor, o trabalho e a ação. O labor corresponderia ao processo biológico do corpo humano: a condição humana do labor é a própria vida. O trabalho é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana: a condição humana do trabalho é a mundanidade. A ação, por sua vez, é a única atividade que se exerce diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria: corresponde à condição humana da pluralidade. As três atividades e suas respectivas condições têm íntima relação com as condições mais básicas da existência humana: o nascimento, a sobrevivência e a morte. A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, “cria a condição para a lembrança, ou seja, para a história.” (ARENDRT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.15-16).

<sup>663</sup> SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.219.

<sup>664</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet a dignidade da pessoa humana tem caráter multidimensional, podendo, assim, ser considerada tanto na sua dimensão ontológica (que não significa necessariamente biológica), como também em

### 3.4.3 A boa-fé como concretização da dignidade da pessoa humana nas relações privadas

Tal como esclarece Maria Celina Bodin de Moraes, enquanto o Código Civil foi redigido por juristas à luz de valores de uma classe dirigente, a Constituição Federal de 1988, diversamente, é redigida pelo legislador democrático, superando o cientificismo do direito civil hermético, em favor do princípio da democracia.

Na medida em que o Direito Civil se constitui num sistema jurídico aberto – tal como se vem afirmando – passa a manter intensos diálogos com a Constituição, o que acaba por repercutir nos princípios que lhe são comuns, ou seja, estes princípios acabam sendo também marcados pela supremacia axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana. Estas interações comunicativas são realizadas, especialmente, pelo envio propiciado pelas cláusulas gerais aos valores e princípios constitucionais, valendo-se ressaltar que, entre as cláusulas gerais, evidenciam-se aquelas que consagram o princípio da boa-fé.

Nesse sentido, então, diz-se que a abertura do sistema propiciada pela cláusula geral consagradora da boa-fé passa também a ser percebida como uma forma de submeter as relações sociais ao influxo axiológico da dignidade da pessoa humana.<sup>665</sup> Portanto, a implementação das diretrizes do Estado Democrático de Direito – entre as quais se encontra a dignidade da pessoa humana –, torna-se também possível justamente pela concretização do princípio da boa-fé, em especial pela sua capacidade de obstar o exercício abusivo de certos direitos, como também pela sua natural aptidão para criação de deveres instrumentais.<sup>666</sup>

Em tópico anterior, viu-se que a boa-fé se expressa nas relações privadas por meio do princípio constitucional da solidariedade, convertendo-se em princípio justamente pela sua capacidade geradora de deveres de conduta, não apenas entre as partes envolvidas em uma dada relação obrigacional, mas também em consideração a terceiros e, portanto, à própria

---

uma dimensão histórico-cultural; possui uma dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional; assim como uma se apresenta tanto na dimensão subjetiva, como em uma dimensão objetiva, na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.60).

<sup>665</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.178.

<sup>666</sup> “É sob esta visão aberta, histórica, hierarquizada e sobretudo, visando implementar as diretrizes do Estado Democrático de Direito, entre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, que se contextualizará a boa-fé objetiva. [...] Nesta linha de pensamento, seria inconcebível não reconhecer um fundamento constitucional para o princípio da boa-fé objetiva. O princípio da boa-fé não possui somente algum reflexo de cunho constitucional, mas é a própria materialização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito obrigacional.” (POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**. Curitiba: Juruá, 2001, p.105-106).

sociedade.

O princípio da solidariedade, por sua vez, provoca substantiva alteração do sentido de liberdade: transcende-se de um individualismo, segundo o qual a cada um era dado atingir o máximo de suas possibilidades, para um personalismo ético, em que o espaço de atuação da pessoa que coexiste em uma sociedade passa a ser constitutiva da sua própria personalidade.<sup>667</sup>

Segundo Nelson Rosendal<sup>668</sup>, essa mudança paradigmática, propiciada pelo princípio da solidariedade, promove dois tipos de consequências: a) primeiro, a redefinição do conceito de direito subjetivo, ponto sobre o qual, inclusive, já se discorreu; b) segundo, relaciona-se com a afirmação do ser humano como centro valorativo do sistema, o que impõe uma tensão entre os princípios da autonomia privada e da solidariedade.

Com efeito, em uma sociedade solidária, o sistema jurídico só legitima a satisfação de interesses particulares na medida em que o seu exercício seja também valorado como socialmente útil. Esta nova forma de pensar redefine o conceito de direito subjetivo, que até então se encontrava vinculado ao atendimento de interesses individualistas do seu titular. Sobre este tópico já se discorreu linhas atrás e a ele voltar-se-á a falar no próximo capítulo, ao tratar-se especificamente sobre o abuso de direito.

No que diz respeito à tensão em que se colocam os princípios da autonomia privada e da solidariedade, é preciso deter-se um pouco mais.

Lembre-se que, no Estado Liberal, a autonomia da vontade levava o sujeito a um espaço jurídico de liberdade intangível, no qual o indivíduo isolado criava as suas próprias normas e guiava o seu próprio destino, desconectado do seu contexto social. Tudo quanto não fosse proibido se encontrava juridicamente facultado. Os limites a tal liberdade – ou a absoluta falta deles – esbarravam-se apenas na responsabilidade subjetiva como sanção pelo mau uso do espaço de liberdade e da qual resultasse danos a outrem.

O sentido atual de autonomia privada passa a ser outro. O art. 170 da Constituição Federal estabeleceu uma finalidade à ordem econômica, qual seja: a garantia de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Logo, a liberdade de iniciativa será ainda o espaço de atuação da autonomia privada, contudo, ele deverá atuar em conexão com outros princípios,

---

<sup>667</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coords.). **Os princípios da constituição de 1988**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p.159.

<sup>668</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.179-180.

como a função social ambiental e da propriedade, dos contratos, dos direitos do consumidor, entre outros.<sup>669</sup>

Esses mencionados princípios, por sua vez, remetem à solidariedade social, que representa uma via promocional da pessoa humana e, neste sentido, uma especificação do princípio da dignidade em um Estado Democrático de Direito. O ambiente do *ter* dá lugar ao espaço do *ser*, substituído pela lógica solidarista, “em que a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores hierarquicamente superiores, subordinados, tão somente ao valor precípua do ordenamento, que está contido na cláusula da tutela da dignidade humana.”<sup>670-671</sup>

Portanto, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, por meio do princípio da boa-fé, viabiliza-se, em especial, pela intermediação da solidariedade.

A propósito, Nelson Rosenvald observa que a simples tarefa de conciliação entre os princípios da boa-fé, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana é suficiente para deixar bem claro que o vetor axiológico da dignidade, como diretriz do Estado Democrático de Direito, não incide de forma direta sobre a boa-fé, sendo, antes, intermediado pelo princípio da solidariedade, que se encontra mais próximo em grau do princípio da boa-fé.<sup>672</sup>

Essa também é a posição de Judith Martins-Costa, para quem, de fato, tal mediação decorre do fato de que todo o ordenamento funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja eficácia necessita ser graduada. Assim, a solidariedade social, que é também uma exigência que decorre do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, em razão do seu específico significado, articula-se com o princípio da boa-fé de forma mais direta ou imediata.<sup>673</sup>

Considerando que entre os princípios fundamentais da República se encontra a construção de uma sociedade solidária e, ademais, que a boa-fé objetiva busca prestigiar justamente a

---

<sup>669</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.102-108.

<sup>670</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firlly (Coords.). **Os princípios da constituição de 1988**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p.175.

<sup>671</sup> Em sentido semelhante, conferir: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Trad. Maria Cristina Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.121-122.

<sup>672</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.182.

<sup>673</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. Entre cosmos e taxis. A boa-fé nas relações de consumo. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Reconstrução do direito privado**. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.633, nota 82.

condutas cooperativas, conclui-se que o princípio da boa-fé, por meio de suas específicas funções, acaba por resguardar os elevados propósitos buscados pela Constituição, entre os quais se encontra, também, o da dignidade da pessoa humana.

A expectativa de um comportamento adequado e probó passa a ser um elemento indispensável à vida em sociedade, não apenas nas relações contratuais, mas em toda e qualquer relação social.<sup>674</sup>

A dignidade se relaciona, nesse contexto, com o indispensável cuidado que se deve ter, no convívio social e nas diversas relações que dele decorrem, de respeito em relação aos outros, no sentido de que a posição de um (ou de alguns) não pode ser sustentada ao custo da condição degradante de outros.

Em termos pragmáticos, é possível afirmar-se ser inadmissível o exercício de qualquer direito, quando se puder, de alguma forma, atingir a dignidade da pessoa humana. Tal limite será imposto pela boa-fé objetiva, mediante a sua função limitadora ao exercício de direitos. O exemplo clássico, no âmbito das relações obrigacionais, é do promotor de espetáculo que exige que o artista contratado (no caso, um palhaço) atue no dia seguinte à morte de um ente querido e próximo, como um filho. Diz-se que, nesses casos, em verdade, é a própria dignidade humana que torna incompatível a conduta exigida, que passa, então, a ser violadora da Constituição.<sup>675</sup>

Ademais disso, segundo as premissas anteriormente levantadas, a dignidade também se relaciona com a pretensão de que todos sejam colocados em condições idôneas ao exercício de suas aptidões pessoais, possibilitando uma autodeterminação e conformação da própria personalidade. Esta se constitui numa tarefa primordial do Estado – e também de toda a comunidade –, no que se poderia identificar uma atuação promocional<sup>676</sup>, ou uma dimensão

---

<sup>674</sup> Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar, para quem: “as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência in contrahendo); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.14, abr./jun. 1995, p.25).

<sup>675</sup> “Una conformación particular del precepto civiliter agere es naturalmente el no exigir algo que lesione la elemental dignidade humana. Puesto que el nacimiento de tales deberes de prestación está excluído ya por el parágrafo 138 BGB, quedan aquí únicamente los casos de la llamada imposibilidad moral sobrevinida (por ejemplo, el manido, aunque instructivo, ejemplo del payaso que debe actuar a pesar de la noticia de la muerte de su hijo). Aquí han de incluirse también los problemas – muy estudiados recientemente – de la denegación de una prestación a causa de la inexigibilidad del quebratamiento de obligaciones religiosas”. (WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1982, p.74).

<sup>676</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.183.

assistencial<sup>677</sup> da pessoa humana.<sup>678</sup>

Nesses termos, pode-se concluir que, usualmente – e não obrigatoriamente, como parece ser a opinião majoritária –, haverá a necessidade de se impor uma limitação à autonomia pessoal, o que se dará, no âmbito da incidência do princípio da boa-fé, por meio da instituição de deveres de proteção dos direitos fundamentais contrapostos – sejam eles do próprio sujeito, sejam de terceiros com os quais ele se relacione.<sup>679</sup>

A essa altura, cumpre lembrar que, apesar de ter se feito referência inicialmente à liberdade de iniciativa do art. 170 da Constituição Federal de 1988, a autonomia pessoal<sup>680</sup> não se encontra restrita a aspectos puramente patrimoniais e econômicos. Como já visto, ela é uma dimensão do princípio da dignidade, consagradora de um espaço vital para que todo ser humano possa se desenvolver e afirmar socialmente a sua personalidade. Afastá-la demasiadamente ou limitá-la em excesso é, ao contrário de cumprir o preceito Constitucional, retirar do ser humano aquilo que lhe é mais essencial, que é a capacidade de ser ele mesmo, único, para transformá-lo num autômato.<sup>681</sup>

---

<sup>677</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.49.

<sup>678</sup> Com ponto de vista diverso, conf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.102-108.

<sup>679</sup> Refere-se, aqui, à possibilidade da contraposição de direitos se dar em relação a esfera de proteção jurídica do próprio sujeito, como ocorre nos casos de recusa a um tratamento médico por questões religiosas, ou com relação a proteção de interesses de terceiros, quando, por exemplo, dois particulares disputam a legitimidade do exercício de suas liberdades de manifestações e supostas ofensas à honra recíprocas.

<sup>680</sup> Com efeito, a liberdade de iniciativa expressa desdobramento da liberdade. Esta, por sua vez, decompõe-se em inúmeras espécies (ou liberdades): liberdade política, econômica, intelectual, artística, de ensino, de palavra, de ação etc. Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, é ainda possível extrair a tutela da autonomia privada a partir da garantia individual e coletiva da liberdade (art. 5º, *caput*), liberdade de consciência (art. 5º, VI), liberdade de expressão intelectual (art. 5º, IX), ao livre exercício de qualquer trabalho ou profissão (art. 5º, XIII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o direito de convenção ou de acordo coletivo (art. 7º, XXVI), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (art. 226, *caput*, §§ 1º ao 4º), todos eles baseados no poder de autodeterminação ou autovinculação das pessoas. A conclusão possível é que, se a autonomia privada é o poder de autodeterminação e este se encontra protegido pela Constituição por meio das liberdades antes mencionadas; então, conclui-se que a autonomia privada também é um bem constitucionalmente tutelado.

<sup>681</sup> SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.125.



## 4 A OPERATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA

### 4.1 A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS

#### 4.1.1 O sistema codificado e as concepções de boa-fé

Até o presente momento, foram apresentadas as raízes e concepções históricas da boa-fé, desde os primórdios da *fides* do mundo romano, passando pela era medieval até, enfim, a sua sistematização e incorporação nos textos dos códigos oitocentistas.

Ocorre que a boa-fé se desenvolveu de formas distintas nos dois grandes sistemas codificados surgidos no século XIX (*Code Napoléon* e o BGB) e que serviram de paradigma para os demais sistemas, incluindo o brasileiro. Disto resultaram duas concepções de boa-fé, com sentidos dogmáticos distintos: uma subjetiva e outra objetiva.<sup>682</sup>

A boa-fé subjetiva traduz uma circunstância fática, um determinado estado de ânimo que se contrapõe à ideia de má-fé. Por muito tempo, predominou no ordenamento jurídico brasileiro uma concepção estritamente subjetiva de boa-fé, inclusive nas relações contratuais, definida como um estado psicológico e anímico da pessoa que acredita ser titular de um direito, ignorando ou desconhecendo a lesão causada a direito de outrem<sup>683</sup>.

Por boa-fé objetiva, diferentemente, passou-se a designar, ora um critério de interpretação dos negócios jurídicos, ora uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, em consideração aos legítimos interesses da contraparte. Por meio dela, exige-se uma atividade de cooperação, constituindo-se, assim, uma fonte normativa impositiva de comportamentos “que se devem pautar por um específico standard ou arquétipo, qual seja, a conduta segundo a boa-fé”.<sup>684</sup>

A boa-fé subjetiva dominava o Código Civil de 1916<sup>685</sup> e ainda sobrevive no Código Civil de

---

<sup>682</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.131.

<sup>683</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p.411. A respeito do conceito de boa-fé subjetiva, conferir: COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.101 e 102.

<sup>684</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Tomo II. v.V. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.21.

<sup>685</sup> Fernando Noronha indica um sentido subjetivo da boa-fé nos seguintes artigos do Código Civil de 1916: 221 (para definição dos efeitos do casamento putativo), 551 e 618 (como requisito da usucapião ordinária de bens

2002, colocada que é como requisito da usucapião ordinária (art. 1242), pressuposto da indenização de frutos, acessões e benfeitorias (arts. 1214, 1216, 1219, 1220 e 1255), assim como critério para a qualificação da posse (arts. 1201 e 1202). Apesar disto, há décadas tem convivido lado a lado com a concepção objetiva de boa-fé.<sup>686</sup>

Com efeito, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, a boa-fé objetiva é implicitamente acolhida na ordem jurídica constitucional como princípio decorrente da igualdade, solidariedade e dignidade da pessoa humana<sup>687</sup>, que vem impor padrões éticos de comportamento no seio de toda e qualquer relação jurídica, exigindo das pessoas ali envolvidas que ajam com a integridade, lisura e lealdade esperada de toda pessoa de bem, em determinado tráfego social, concretamente considerado.<sup>688</sup>

Assim, no Código Civil de 2002, se ainda permanece viva a boa-fé subjetiva enquanto esse estado fático de consciência exigido, pontualmente, sobretudo no contexto das relações jurídicas reais e possessórias, sobressai-se a expressa adoção da boa-fé objetiva enquanto princípio do qual dimanam imperativos de atuação reta, proba e leal, por meio das cláusulas gerais previstas nos arts. 113, 187 e 422, do Código Civil de 2002, conformando-se, assim, ao texto constitucional.

A boa fé subjetiva, enquanto estado fático, não se confunde com a boa-fé objetiva, norma de conduta em essência. Tanto que se admite como perfeitamente possível uma pessoa encontrar-se naquele estado fático de boa-fé subjetiva – crendo na licitude de sua atuação –, mas, ainda assim, em franca violação à norma de conduta inerente à boa-fé objetiva, quando seu comportamento não é condizente com os padrões sociais predominantes de diligência e

---

imóveis e móveis), 255, parágrafo único (nas hipóteses de terceiros de boa-fé prejudicador pela anulação dos atos praticados por um só dos cônjuges), 622 (tradição feita a adquirente de boa-fé), 490 e 491 (como elemento de qualificação da posse), 510, 511, 513, 514, 515, 516 e 517 (como pressuposto para a indenização pelos frutos, acessões e benfeitorias), 935 (pagamento a credor putativo), 968 (alienação de imóvel indevidamente recebido), 1072 (cessionário de boa-fé), 1.318 e 1.321 (desconhecimento da revogação ou da extinção do mandato) e 1.507 (portador de boa-fé de título ao portador). Conferir a respeito: NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.132-133.

<sup>686</sup> O art. 113 do Código Civil de 2002 (sem correspondência no Código Civil de 1916), tem nítida inspiração no § 157 do BGB alemão, promulgado em 1896 e em vigor apenas a partir de 1900 “Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico”.

<sup>687</sup> Conferir, a esse respeito: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato. Novos Paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.117-118; NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.9-23, 146-183 e 192-224; ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.171-186; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (Coords.). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p.9-23.

<sup>688</sup> Sobre o fundamento constitucional da boa-fé, conferir Capítulo 3, itens 3.3 e 3.4.

lealdade<sup>689</sup>.

Por terem naturezas distintas, elas têm funções distintas: a boa-fé subjetiva é fato, do que se conclui que pode compor suportes fáticos de normas jurídicas, enquanto condicionante da consequência jurídica descrita na norma; a boa-fé objetiva é norma jurídica, pela qual se impõe observar a correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção interna.<sup>690</sup>

Por ser uma norma jurídica – e não somente elemento do suporte fático de outra norma –, a boa-fé objetiva deve ser analisada de acordo com a estrutura das normas jurídicas, ou seja, pela compreensão das hipóteses em que ela se aplica e das consequências daí decorrentes.<sup>691</sup> No caso específico, tem-se um princípio que requer, conseqüentemente, uma concretização.

Definir as hipóteses de aplicação corresponde à identificação, nos diversos setores do tráfico social, daquelas condutas que sejam conforme aos padrões de confiança e lealdade esperados. Para descobri-los, em concreto, o intérprete deve rechaçar a análise de elementos psicológicos, atendo-se aos padrões culturais, existentes em dado tempo e lugar.<sup>692</sup>

Para se chegar a este modelo de conduta (standard) devem ser levados em consideração diversos fatores que se apresentem em dado caso concreto, não apenas aqueles relativos ao status pessoal e cultural dos envolvidos, mas também os bens e valores em jogo, assim como os demais princípios, sendo incompatível, portanto, com uma aplicação mecanicista, do tipo subsuntiva.<sup>693-694</sup>

---

<sup>689</sup> A esse respeito, Claudio Godoy, afirma que “alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto obrando de boa-fé (subjetiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido da boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele com quem se contrata. Daí dizer-se que pode alguém estar agindo de boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva).” (GODOY, Claudio. **Função social do contrato**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.87-88). Um bom exemplo é decisão dada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no AI n. 346.328.4/5 contra o cantor “Zeca Pagodinho” que rompeu seu contrato com uma empresa cervejeira e se vinculou a outra concorrente, entendendo que se não tinha ciência da ilegitimidade do seu comportamento – agindo com boa-fé subjetiva, como alegou -, teria violado objetivamente o dever de probidade, lealdade e honestidade, inerente a qualquer relação contratual (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.80).

<sup>690</sup> SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.137.

<sup>691</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>692</sup> Segundo as palavras de Karl Larenz, o grande desafio relacionado ao princípio da boa-fé objetiva é exatamente o da sua exata concreção. Ao aplicar-se a boa-fé, o magistrado não deve adotar um “sentimento jurídico” segundo um “critério de equidade”. Deve ter em conta as circunstâncias objetivas encontradas no caso, plenamente apreciadas em todas as suas peculiaridades (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, p.143-144).

<sup>693</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Tomo II. v.V. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.411-412.

<sup>694</sup> A propósito de tal incompatibilidade, é conhecida a metáfora de Wieacker, segundo a qual projetar o modelo subsuntivo para aplicação das cláusulas gerais seria o mesmo que transformar o intérprete no famoso

Daí porque a importância do pensamento problemático, propiciado pela tópica. Diversos pontos de vistas devem ser considerados para se chegar a uma solução aceitável. De uma maneira geral, entretanto, pode-se dizer que a solução do caso pressupõe o trabalho preliminar de definir, afinal, qual a regra de conduta que, segundo a boa-fé, deveria ter sido adotada pelas partes, diante das circunstâncias encontradas no caso.

É nesse sentido que Ruy Rosado de Aguiar Júnior<sup>695</sup> afirma que a norma principal da boa-fé, expressa ou implícita na lei, será sempre uma norma em branco, ou seja, “o preceito ordenador da conduta deve ser fixado na espécie.” Só após dessa determinação da norma de conduta exigível, mediante o preenchimento do “vazio normativo”, é que será possível determinar o conteúdo e limite dos direitos e deveres das partes.<sup>696</sup>

Jorge Cesa Ferreira da Silva<sup>697</sup> desenvolve o mesmo raciocínio, conquanto o faça de maneira simplificada, ao apontar que a pergunta crucial a ser feita é: qual seria a conduta confiável e leal? Diante da resposta a esta primeira pergunta, então, deve questionar-se: a conduta do agente, no caso concreto, observou este padrão? É a resposta a esta segunda pergunta que demonstrará se houve ou não violação da boa-fé objetiva (portanto, uma desconformidade ao direito).

Uma vez constatada essa violação, segundo o caso concreto, devem ser identificadas as consequências jurídicas que haverão de ser consideradas, em conjunto ou isoladamente, entre elas: a) a limitação ao exercício de posições jurídicas; b) a incidência de deveres laterais ou anexos de conduta; c) a imposição de obrigação ressarcitória; d) a cominação de nulidade; ou, e) simplesmente, uma interpretação conforme.

---

personagem Barão de Munchhausen, o qual tirou-se de uma poça de lama puxando-se pelos seus próprios cabelos. Isto porque, “*presupone como dada, uma norma, que, em realidade, deve ser primero elaborada (como hipótesis) para lá situación conflictiva concreta. Y esto vale incluso allí donde parecen existir los prejuicios correspondientes o rationes decidendi. Pues precisamente éstas no tiene una validez general, sino que están de tal forma limitadas a su específico caso jurídico que em rigor no admiten la subsunción em otros casos.*” (WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé (Zur Rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)*. Trad. espanhola de José Luis de los Mozos. Madrid: Civitas, 1976, p.41-42).

<sup>695</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p.242.

<sup>696</sup> Sobre a aplicação das cláusulas gerais, inclusive da que prevê a boa-fé objetiva, conferir Capítulo 2, itens 2.2.2 e 2.2.3.

<sup>697</sup> SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.137.

#### 4.1.2 A concepção dinâmica da relação obrigacional

A doutrina oitocentista costumava ver no vínculo jurídico obrigacional praticamente um estado de subordinação do devedor, que seria o único responsável pelo adimplemento da obrigação. Trata-se de uma visão puramente estática e formalista da relação.

Como já assinalado em capítulo anterior, a doutrina mais recente tem encarecido o fato de que a obrigação deve ser vista sob um aspecto dinâmico e não estático, salientando existir uma relação jurídica obrigacional total e contínua, que tem por conteúdo uma série de direitos e deveres de conduta impostos a ambas as partes.<sup>698-699</sup> De acordo com Karl Larenz, as relações obrigacionais são verdadeiros processos intersubjetivos que, englobando normalmente vários direitos, deveres e situações jurídicas, desenrolam-se no tempo, para satisfação do interesse de uma pessoa, mediante cooperação de uma outra.<sup>700</sup>

Para Clóvis do Couto e Silva, da mesma forma, a obrigação deve ser vista como um processo, no qual também o credor assume o dever de cooperar com o adimplemento, embora, por certo, ele não possa ser obrigado a realização da prestação principal. E tal concepção decorre essencialmente do princípio da boa fé, na medida em que ele impõe às partes deveres anexos ao de prestação, dentre os quais o de cooperação.<sup>701</sup>

---

<sup>698</sup> Permita-se remeter o leitor à lição de Emilio Betti, constante do item 3.3.2, “b”, do capítulo anterior.

<sup>699</sup> Segundo Cláudia Lima Marques, a respeito da relação contratual: “Passa-se a visualizar o contrato como uma relação jurídica dinâmica, que ‘nasce, vive e morre’, vinculando durante certo tempo, talvez alguns anos, um fornecedor de serviços, por exemplo, o organizador do plano de seguro-saúde ou a seguradora, e um consumidor e seus dependentes. O contrato é um relação jurídica total e contínua, que nasce em determinada data, vinculando, por exemplo, determinado fornecedor do produto e um consumidor e desenvolvendo-se mesmo antes do implemento do termo inicial ou do vencimento da prestação principal através do nascimento, da modificação ou imposição de novos direitos e deveres para ambas as partes [...]. Os doutrinadores alemães costumam afirmar que as relações obrigacionais são, em verdade, uma ‘fila’ ou uma ‘série’ de deveres de conduta e contratuais (*Reihe von Leistungspflichten und weiteren Verhaltenspflichten*), vistos no tempo, ordenados logicamente, unidos por uma finalidade. Esta finalidade, este sentido único (*sinnhaftes Gefüge*), que une e organiza a relação contratual, é a realização dos interesses legítimos das partes (*vollständigen Befriedigung der Leistungsinteressen aller Gläubiger*), realização do objetivo do contrato e posterior desaparecimento da relação (*Erlöschen*).” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.217).

<sup>700</sup> “*La relación de obligación, como relación jurídica concreta entre personas determinadas, existente en el tiempo, es, ciertamente, un conjunto de derechos, obligaciones y ‘situaciones jurídicas’, pero no es la suma de aquéllo. Es, más bien, un todo, un conjunto (‘Gefüge’). [...] Toda relación de obligación persigue, a ser posible, la más completa y adecuada satisfacción del acreedor e de los acreedores, a consecuencia de un determinado interes en la prestación. Ahora bien, por el hecho mismo de que en toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interes en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de esse fin.*” (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, p.38-39).

<sup>701</sup> Para Clóvis V. Couto e Silva, “a concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, é a de uma ordem de cooperação, em que aluem as posições tradicionais do devedor e do credor”. Assim,

No mesmo sentido Pietro Perlingieri, quando afirma que a obrigação é cada vez mais identificada como uma relação de cooperação, o que implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações, que não deve ser vista como o “estatuto do credor”. A cooperação substitui a subordinação e o credor passa a ser também “titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor.”<sup>702</sup>

Feita esta rápida introdução sobre a visão dinâmica das relações obrigacionais, passa-se ao estudo das denominadas funções da boa-fé objetiva, entre as quais se destacam, justamente, a instituidora de deveres anexos de conduta e a limitadora do exercício de direitos, essenciais para o desenvolvimento do presente trabalho.

#### 4.1.3 As funções da boa-fé objetiva e a sua operatividade

Por tradição, tem-se difundido dentre os civilistas brasileiros, a lição de que a boa-fé objetiva desempenha três grandes funções em nosso ordenamento: i) serve de *cânone hermenêutico-integrativo* dos negócios jurídicos; ii) serve de *norma instituidora* ou criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e, por fim, iii) serve de norma *limitadora ao exercício de direitos subjetivos*.<sup>703</sup>

Inicialmente, é preciso ter por certo que, por meio de qualquer das três funções atribuídas à boa-fé objetiva, o intérprete inelutavelmente estará diante da questão atinente ao confronto entre a atividade judicial de aplicação do princípio em voga e os limites impostos pelo direito positivado, o que inevitavelmente remete à sistematização das funções segundo o modelo

---

segundo o referido autor, ao credor “não caberá, a toda evidência, a efetivação da obrigação principal, porque isso é pensão precípua do devedor. Caber-lhe-ão, contudo, certos deveres, como os de indicação e de impedir que sua conduta venha dificultar a prestação do devedor. Este último dever, como já se mencionou, é bilateral. Se houver descumprido um desses deveres, não poderá exigir a pretensão para haver a obrigação principal. Dir-se-á que a sua pretensão precluiu.” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como um processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.120).

<sup>702</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.212.

<sup>703</sup> Entre outros: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p.427-428; NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.153-190; SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.76-85; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.35; ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.87-143; NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.224-251.

proposto por Franz Wieaker.<sup>704</sup>

Acerca da função cânone de interpretação, a que Franz Wieaker refere como “plano legal de ordenação do contrato” e estrito cumprimento do ordenamento jurídico, compreende-se que o juiz não deve bitolar a sua atividade a uma interpretação literal do texto do contrato, mas, ao contrário, deverá ampliar as possibilidades interpretativas, para também alcançar as convenções sociais, ao analisar a relação obrigacional que lhe é posta.

No que diz respeito à função instituidora de deveres, prosperam os deveres de proteção e cooperação diante dos interesses da outra parte – denominados deveres anexos ou laterais – que propiciam o alcance da finalidade ou do programa contratual. Por meio da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, dá-se ao juiz poder de atribuir deveres às partes, independentemente de previsão expressa no contrato ou na lei.

Por fim, no que concerne à função limite, tem-se que a boa-fé objetiva relaciona-se com o exercício de direitos subjetivos. O princípio atua como máxima de conduta ético-jurídica, relacionando-se com a denominada teoria do abuso de direito. Nestes casos, o juiz também poderá atuar além da lei, desde que observando os limites sociais dos direitos subjetivos.<sup>705</sup>

Antes de se aprofundar a pesquisa a respeito de cada uma das funções, entretanto, é curial afirmar que elas não devem ser compreendidas, funcionalmente, como compartimentos estanques. A segmentação serve ao estudo e compreensão. Eventualmente, rompem-se os limites entre a atividade meramente interpretativa e aquela integrativa; em outras hipóteses, a atividade interpretativa culmina na supressão do exercício de um determinado direito.<sup>706</sup>

---

<sup>704</sup> Ao sistematizar as funções da boa-fé objetiva, não se poderá excluir a fórmula elaborada por Franz Wiecker, que as correlaciona com a cláusula geral do § 242 do BGB e segundo as possibilidades de atuação do juiz a partir do citado dispositivo. Segundo ele, o juiz poderá atuar: a) em cumprimento fiel ao ordenamento jurídico, adstringindo-se a praticar o *officium iudicis*, de sorte a apenas concretizar o projeto previamente estabelecido pela norma; b) *praeter legem*, ou seja, poderá avançar sobre a letra da lei, com maior liberdade, quando necessitar exigir que as parte se comportem de maneira mais justa na defesa dos seus direitos; e c) por fim, a aplicação do § 242 poderá se dar *contra legem*, mediante a ruptura do direito estrito praticado pela jurisprudência, sempre que necessário for para a salvaguarda da justiça e do direito. Em consideração a estas formas de atuação do juiz, então, atribui-se as seguintes funções à boa-fé objetiva: a) o § 242 como concreção de um plano legal de ordenação (*officium iudicis*); b) o § 242 como máxima de conduta ético-jurídica; e c) o § 242 como meio de ruptura ético-jurídica do Direito legal. (WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé (Zur Rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)*. Trad. espanhola de José Luis de Iós Mozos. Madrid: Civitas, 1976, p.51-85).

<sup>705</sup> WIEACKER, Franz. *Op.cit.*, 1976, p.72.

<sup>706</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.87.

#### 4.1.3.1 A função hermenêutico-integrativa da boa-fé

A primeira das funções, denominada hermenêutico-integrativa, é aquela mais conhecida. A boa-fé objetiva atua como um cânone apto ao preenchimento de lacunas, visto que a relação contratual, na sua dinamicidade, lida com eventos e circunstâncias não previstas – ou sequer previsíveis – pelas partes, quando da contratação.

A propósito dessa função, Clóvis do Couto e Silva chama a atenção para a necessidade de se “determinar, com firmeza, o que é resultado da aplicação do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora”, visto que ambas objetivam ampliar o conteúdo do negócio jurídico. A distinção é importante. Isto porque uma interpretação integradora visa apenas à investigação e explicitação da vontade das partes, no momento em que celebraram o pacto. A boa-fé objetiva tem uma atuação bem mais ampla, “assumindo, por vezes, função limitadora de direitos [...] e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações,”<sup>707</sup>

Em sentido semelhante, Karl Larenz distingue o contrato, em si, e a relação contratual que é posta em movimento por força do contrato. A interpretação dos termos do contrato, sobre cujo conteúdo as partes divergem, deve iniciar-se pelas declarações de vontade. Ocorre que o alcance das disposições contratuais pode, eventualmente, não constar inteiramente das declarações, quando, então, estar-se-á diante de uma lacuna. Isto levanta a questão de saber se esta lacuna pode ser preenchida, tomando em consideração a regulação adotada, com base nos módulos de valores admitidos pelas partes, segundo a finalidade do contrato e a situação de interesse envolvido naquela relação jurídica, na sua totalidade. Ou seja, transcende-se à simples interpretação das declarações, na busca da integração de uma regulação incompleta por meio dos seus próprios pressupostos.<sup>708</sup>

---

<sup>707</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushastsky, 1976, p.33.

<sup>708</sup> “El contrato como negocio jurídico, como fenómeno dotado de sentido y que transcurre em el tiempo, y la relacion contractual como regulacion puesta em vigor mediante el contrato, válida y subsistente em el tiempo, han de ser diferenciados, pero no debem, ciertamente, ser disociados. [...] la interpretación de um contrato sobre cuyo contenido discrepan las partes debe comenzar com la interpretación de las declaraciones particulares de los contratantes, esto es, la propuesta y la declaración de aceptación. [...] Cabe que el alcance de una disposición contractual en la que as partes habian convenido no pueda constatarse claramente por sus declaraciones, o que las partes no hayan pensado en punto que requeria regulación, especialmente en una situación tal como la presentada posteriormente, poniendo el contrato de manifiesto, por tanto, una laguna. Se plantea la cuestión de si esta laguna puede llenarse prosiguiendo consecuentemente em la consideración de la regulación adoptada em el contrato com base em los módulos de valoración admitidos por ambas partes, tomando em cuenta la finalidad del contrato y la situación de intereses em su totalidad, integrando, por tanto, la regulación incompleta a partir de sus propios presupuestos y su contexto. Esta es la misión de la ‘interpretación



A boa-fé objetiva, por meio da função hermenêutico-integrativa, serve para especificar o que Franz Wieacker denomina de “plano legal de ordenação do contrato”, ou *officium iudicis*. Quer isto dizer que a boa-fé objetiva, tal como prevista no § 242 do BGB, atua “como uma via para a adequada realização, pelo juiz, do plano de valoração do legislador”. Possibilita-se, assim, o desenvolvimento da ordenação contratual conforme ao seu sentido, nas situações em que o magistrado não encontra apoio no texto contratual, nem literalmente considerado, nem segundo a reconstrução da vontade das partes, mesmo quando se adote o valor da declaração “razoavelmente apreciado, ou segundo os usos do tráfego.”<sup>709</sup>

Clóvis do Couto e Silva aponta que, no Brasil, durante a vigência do Código Civil de 1916, houve certa dificuldade em se distinguir a interpretação integradora e a hermenêutica conforme a boa-fé, pois que ela não fora expressamente consagrada como princípio regulador dos negócios jurídicos. Assim, quando muito, admitia-se a boa-fé como princípio de alcance geral, sem qualquer preocupação em se tentar visualizá-la como elemento integrador e criador de novos deveres dentro da relação obrigacional.<sup>710</sup>

Nelson Rosenvald lembra, a propósito, que toda a discussão relacionada à interpretação dos negócios jurídicos cingia-se ao polêmico artigo 85 do Código de Beviláqua, segundo o qual: “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.” Dizia-se que o referido dispositivo consagrava a teoria da vontade (Savigny/Windcheid), cujo subjetivismo era traduzido pela necessidade de pesquisa da intenção do declarante, uma vez que era a própria força criadora do contrato.<sup>711</sup>

Ocorre que, à época da edição do Código Civil de 1916, a teoria da vontade já era bastante

---

*complementaria del contrato*. La interpretación complementaria del contrato no es interpretación de declaraciones de voluntad en particular y de su significado normativo, sino interpretación de la regulación objetiva creada con el contrato.” (LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo Y Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1978, p.742-744).

<sup>709</sup> WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé (Zur Rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)*. Trad. espanhola de José Luis de los Mozos. Madrid: Civitas, 1976, p.52-53.

<sup>710</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushastsky, 1976, p.32.

<sup>711</sup> A respeito das teorias da vontade e da declaração, conferir excelente resumo feito por Antonio Junqueira de Azevedo: “Sobre essa questão, e como teoria geral, há oposição entre dois sistemas nitidamente diversos: um, colocado em relevo sobretudo por Savigny, que faz prevalecer, em todos os casos, a vontade verdadeira do declarante, de vez que é somente essa vontade que deve produzir os efeitos de direito que estão em causa, sistema designado pelo nome de teoria da vontade, ou seja, da predominância da vontade como dogma absoluto; o outro, que faz prevalecer a vontade, mesmo fictícia, que se infere da declaração, sobre a vontade verdadeira, seja porque o sentido normal de vontade somente existe, do ponto de vista do direito, por sua expressão externa e somente há lugar para se aplicarem, às disposições da vontade privada, as regras de interpretação admitidas para as normas legais e disposições da lei [...], seja porque quem emite uma declaração jurídica aceita se prender, em face de quem ele se dirige, pelo sentido normal das expressões que emprega; do contrário, não haveria mais nenhuma segurança nas relações privadas, sistema conhecido pelo nome de sistema da declaração.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.74-75).

criticada por ignorar a exigência do reconhecimento daquela vontade por parte do outro contratante, o destinatário da declaração. Com efeito, antes mesmo da primeira codificação brasileira, a segunda geração de pandectistas já havia desenvolvido a teoria da declaração (von Bulow), em razão da necessidade de atribuição de segurança ao tráfico jurídico. Por esta teoria, estabeleceu-se a primazia da vontade exteriorizada em detrimento da vontade interna.<sup>712</sup>

Na verdade, as duas teorias – tanto da vontade, quanto a da declaração – são extremadas e se equivocam pela unilateralidade na visão do problema, razão pela qual são bastante criticadas. Observe-se que, apesar da aparente contradição, elas são substancialmente coincidentes uma vez que, em ambas, há o predomínio do voluntarismo como fundamento do negócio. A diferença se cinge à prevalência quanto à vontade interna ou a declarada, quando conflitantes: para a teoria da vontade, a intenção do declarante (ou vontade interna); para a teoria da declaração, a vontade exteriorizada (ou simples declaração). Em ambas não se dispensa a exteriorização da vontade como elemento material constitutivo do negócio jurídico.<sup>713-714</sup>

Nesse contexto, então, surgem teorias intermediárias, tais como a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança, que consideram relevantes, tanto a intenção, quanto a vontade declarada, com o objetivo de contornar os excessos das teorias subjetivas e objetivas clássicas.<sup>715</sup>

Para a teoria da responsabilidade, havendo dúvida ou conflito na interpretação, deve-se conferir prevalência à vontade interna sobre a declaração. Contudo, acaso o declarante, ao emitir a sua declaração, obre com culpa, fazendo-o de forma estulta e descuidada, prevalecerá a declaração e o ato será considerado válido, como, v.g., acontece nos casos de erro inexcusável. Já para a teoria da confiança, como regra geral, a declaração deverá prevalecer

---

<sup>712</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.89.

<sup>713</sup> Apesar de predomínio do voluntarismo em ambas teorias, as duas posições são extremadas quanto ao significado dessa vontade enquanto o elemento constitutivo do negócio jurídico. Assim, a partir da adoção de uma delas, obtêm-se consequências inconciliáveis: “quanto à eventual divergência entre a vontade e a declaração, no caso da teoria subjetiva, a nulidade do negócio jurídico, e no caso da objetiva, a validade, desde que, de boa-fé o destinatário.” (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.383). Veja-se, também, a esse respeito: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.83-85; VENCELAU, Rose Melo. **O negócio jurídico e suas modalidades**. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.186-187.

<sup>714</sup> Emilio Betti, ao criticar o dogma da vontade, tece severas críticas às referidas teorias. Admite que, ambas colocam-se, consciente ou inconscientemente, à serviço da crença na onipotência da vontade individual – a qual, de fato, no foro interno da consciência jamais encontra limites extrínsecos – e, desta forma, induz o intérprete a desconhecer os múltiplos limites sociais e jurídicos da autonomia privada. (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p.115-135).

<sup>715</sup> Conferir, a respeito: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, 2002, p.86; VENCELAU, Rose Melo. *Op.cit.*, 2002, p.187.

sobre a vontade interna do declarante, visto que este tem que arcar com o ônus da confiança que desperta no outro por força da sua declaração. Apenas a má-fé do declarante autorizaria a excepcional predominância da vontade interna sobre a declaração, como, v.g., ocorre nos casos de simulação, quando então se autoriza a nulificação do negócio.<sup>716</sup>

Moreira Alves, em que pese admitir que o art. 112 do Código Civil de 2002 tenha consagrado uma concepção subjetiva de negócio jurídico, por considerá-la mais adequada à realidade, alerta ter havido o cuidado necessário de se afastar os exageros do dogma da vontade, recorrendo-se aos temperamentos da adoção dos princípios da responsabilidade do declarante e da confiança da parte a que se dirige a declaração da vontade.<sup>717</sup>

O mencionado artigo determina que se atenda à intenção consubstanciada na declaração e não ao pensamento íntimo do declarante. Assim, a busca do intérprete não deve ser pela vontade interna das partes contratantes, tampouco pela vontade friamente externada no texto contratual – o que anuncia a superação das teorias da vontade e da declaração –, mas, sim, pelo sentido que as pessoas normalmente envolvidas naquela específica modalidade de relação legitimamente extrairiam do seu teor, ou seja, a partir daquilo que seria socialmente observável, considerando todas as circunstâncias que envolvem o negócio – revelando a clara opção pela adoção da chamada teoria da confiança.<sup>718-719</sup>

A propósito, Clóvis do Couto e Silva alerta para o fato de que a tentativa (falhada, diga-se de

---

<sup>716</sup> Não se encontram isentas de críticas, entretanto. Vicente Ráo, por exemplo, obtempera que, apesar do princípio da confiança enfrentar o problema do conflito entre vontade e declaração, mesmo para aqueles casos mais difíceis em que não haja um destinatário específico da manifestação da vontade, não seria aplicável a certos negócios jurídicos em que se deva considerar a vontade efetiva do declarante, como, por exemplo, nos negócios jurídicos *mortis causa* (RAO, Vicente. **Atto jurídico**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1961, p.196-197). Antonio Junqueira de Azevedo, em que pese concordar com as conclusões alcançadas pelas teorias, entende que o elemento constitutivo do negócio é a declaração e não a vontade. Portanto, o problema restringe-se apenas em saber até que ponto esta última influenciou a primeira (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.86-87).

<sup>717</sup> Moreira Alves, em sua exposição sobre a Parte Geral do Código Civil, em nota de rodapé, conclui que o projeto “não adotou a concepção objetiva do negócio jurídico que teve origem com Bülow e é sustentada na Itália, principalmente por Betti. Preferiu a concepção subjetiva, por considerá-la mais consentânea com a realidade [...], mas se afastou, as mais das vezes, dos exageros a que chega o dogma da vontade, recorrendo aos temperamentos da adoção dos princípios da responsabilidade do declarante e da confiança da parte a que se dirige a declaração da vontade” (ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto do código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986, p.102, nota 5).

<sup>718</sup> Nesse sentido: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.212; SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.142; VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.196. AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.383; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op.cit.*, 2002, p.102.

<sup>719</sup> Vicente Ráo refere-se à teoria da *autorresponsabilidade e da confiança*, dando assim a ideia de unidade conceitual: RAO, Vicente. *Op.cit.*, 1961, p.196.

passagem) de explicar todos os atos jurídicos, tendo como critério a vontade, ainda quando esta se apresente como inexistente, representa a “sobrevivência da ciência do Direito do século XIX, e pertence à categoria das concepções já relegadas ao museu do pensamento.”<sup>720</sup>

Assim, uma vez afastado o óbice antes existente – ao que parece muito mais ideológico do que propriamente normativo<sup>721</sup> –, o Código Civil de 2002 consagrou expressamente a boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo, no texto seu art. 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Destarte, segundo a construção doutrinária até aqui vista, no silêncio das partes acerca de determinadas e específicas circunstâncias do contrato, i.e., faltando dispositivos contratuais expressos, ou em casos de ambiguidade ou obscuridade em alguma de suas cláusulas, a hermenêutica integradora aclara – ou deve buscar aclarar – a presumível vontade das partes, preenchendo as lacunas e sanando as contradições.

Não sendo a integração suficiente, que dizer, no caso da necessidade da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, o critério passa a ser mais amplo. Além de preencher a vontade das partes por meio da compreensão dessa vontade à luz da boa-fé, ela ainda confere ao juiz o poder de determinar a norma aplicável ao caso, tendo por base o tipo e o programa contratual projetado.

Segundo Judith Martins-Costa,<sup>722</sup> o passo essencial à ampla realização desta técnica hermenêutica, consagrada no art. 113 do Código Civil de 2002, perpassa pela constatação de que, na interpretação das normas contratuais, o juiz deve tomá-las em seu “conjunto significativo”, ou seja, partindo-se do complexo de direitos, deveres e situações jurídicas, compreendendo-os como situações funcionalmente postas ao alcance de determinada finalidade, assim como, igualmente, as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual, tomada no seu todo.

Entre essas mencionadas circunstâncias se encontram não apenas o complexo de regras contratuais – sejam aquelas contidas no contrato, sejam aquelas resultantes da efetiva relação contratual objetivamente considerada –, mas também os módulos valorativos

---

<sup>720</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushastsky, 1976, p.34.

<sup>721</sup> A respeito do aspecto ideológico das referidas teorias, conferir: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.75-79.

<sup>722</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.432. Conferir, também: WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé (Zur Rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)**. Trad. espanhola de José Luis de los Mozos. Madrid: Civitas, 1976, p.53 e 56.

expressos nos princípios de autovinculação, autorresponsabilidade, função social, equilíbrio e boa-fé. Pela boa-fé, observa-se o mandamento imposto ao juiz de determinar a norma aplicável ao caso, tendo por base o tipo e o programa contratual projetado.

Por meio da explicitação dessas regras ou do “plano legal de ordenação do contrato”, é que se evidencia a função do juiz de exercitar um verdadeiro *officium iudicis*, no sentido referido por Franz Wiaecker: ou seja, a boa-fé objetiva, tal como prevista no art. 113 do Código Civil de 2002, apresenta-se como a via adequada para realização, pelo juiz, do plano de ordenação do legislador. Por meio desta via pode o juiz, por exemplo, fixar os deveres secundários de prestação, conhecidos como *naturalia negotii*, tal como é aquele que se impõe ao transportador de conduzir com segurança a pessoa ou a coisa transportada, ou, ainda, dever do vendedor de embalar adequadamente a coisa vendida e, eventualmente, até transportá-la.

Em correspondência à opinião supratranscrita, Teresa Negreiros compara a função hermenêutico-integrativa do contrato – que hoje se reconhece como uma das formas de manifestação do princípio da boa-fé – a um reflexo da concepção dos *bonae fidae iudicium* dos romanos, ou seja, um “expediente técnico e preciso”, por meio do qual se confere “ao juiz um especial mandato ou poder para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas”.<sup>723</sup>

Por meio dessa cláusula-mandato – diga-se assim – possibilita-se a abertura e a constante mobilidade do sistema, pois se confere ao magistrado um espectro amplo de atuação, pelo qual poderá limitar sua atividade interpretativa às prestações principais ou secundárias da relação – tal como até aqui mencionado –, como, também, ser-lhe-á facultado estender a operação a ponto de integrar o negócio jurídico por deveres anexos (art. 422) ou limitar o exercício de direitos (art. 187), tópico que será desenvolvido a seguir.<sup>724</sup>

#### 4.1.3.2 A função instituidora de deveres anexos de conduta

A boa-fé objetiva, por meio da sua função instituidora de deveres, desperta especial interesse para a pesquisa ora desenvolvida.

Por meio dela, a boa-fé objetiva funciona como uma fonte irradiadora de deveres instrumentais de proteção, lealdade e informação, dentre outros, impostos às partes nas fases

<sup>723</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato. Novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.135.

<sup>724</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.437.

de formação, conclusão e execução dos negócios e que, embora não se liguem diretamente à prestação, existem para que se alcance, positiva e adequadamente, o adimplemento contratual.

Para compreender o significado do quanto antes afirmado, é importante recusar a visão clássica de relação obrigacional, para reconhecer que ela não se esgota nos denominados deveres de prestação e nos correlatos direitos de exigir o cumprimento desses deveres, tal como visto em tópico anterior.

Mário Júlio de Almeida Costa<sup>725</sup> pontua que, na relação obrigacional, avultam-se os denominados *deveres principais* ou *primários de prestação*, que constituem a alma da relação obrigacional, servindo à definição do próprio tipo de contrato, sempre que se trate de uma obrigação desta natureza. Assim, por exemplo: no contrato de compra e venda, o dever do vendedor de entregar a coisa vendida, assim como o do comprador de pagar o preço ajustado; ou, ainda, no contrato de locação, o dever do locador de ceder o uso temporário da coisa alugada, assim como o correspectivo dever do locatário de pagar o valor ajustada à título de aluguel.

Os *deveres secundários* ou *acidentais de prestação*, por sua vez, apresentam-se de duas formas: os *deveres secundários meramente acessórios da prestação principal*, que se destinam a preparar o cumprimento da prestação principal ou assegurar a sua perfeita execução, relacionando-se diretamente com ela, portanto (v.g., o dever de conservar a coisa vendida até a entrega ou o dever de embalá-la e transportá-la); e os *deveres secundários com prestação autônoma*, categoria na qual se incluem aqueles deveres que se constituem em sucedâneo do dever principal de prestação (o caso de indenização resultante da impossibilidade culposa da prestação originária, que a substitui) ou coexistente com o dever principal de prestação (o caso da indemnização por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária).

Entretanto, a par dos deveres de prestação, que incumbem ordinariamente ao devedor, existem os denominados deveres de conduta (*Nebenpflichten*) – também chamados de *deveres instrumentais, laterais, anexos de conduta* ou ainda *deveres de proteção* – impostos tanto ao devedor, quanto ao credor, e que independem da vontade das partes, decorrem da aplicação do

---

<sup>725</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.65-66; Conferir, também: FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p.36-40; ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. v.I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.118-128; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.437-440.

princípio da boa-fé objetiva.<sup>726</sup> Em que pese não interessem diretamente ao cumprimento da prestação principal, tais deveres se relacionam à perfeita e exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação jurídica obrigacional.<sup>727</sup>

Portanto, no estágio atual do direito, compreende-se que toda relação jurídica obrigacional contém, além dos deveres principais de prestação, decorrentes do exercício da autonomia da vontade dos seus sujeitos, deveres outros, ditos instrumentais e “avoluntaristas”,<sup>728</sup>, decorrentes automaticamente do princípio da boa-fé objetiva – i.e., independentemente de expressa previsão legal ou contratual.

É importante deixar bem claro: independer da vontade não significa que os deveres laterais não possam ter sido estabelecidos por ela, ou até mesmo por previsão legislativa expressa. Como assevera Mário Júlio de Almeida Costa, estes deveres podem derivar das disposições contratuais, de dispositivo de lei *ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva, quando ela se apresente necessária para exaurir o conteúdo da relação obrigacional ou nos casos de inidoneidade da regulamentação negocial.<sup>729</sup>

Por outro lado, o que os qualifica como deveres laterais ou instrumentais é o fato de não se ligarem diretamente à prestação, embora se destinem à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional. Mas, seja qual for a sua fonte, contratual, legal ou legislativa, sempre decorrerão da boa-fé objetiva.<sup>730</sup>

---

<sup>726</sup> A expressão deveres de conduta é utilizada por Karl Larenz, de forma pioneira: “*Estos deberes que exceden del próprio y estricto deber de pretación – cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda – y que resultan para ambas partes bien de lo expresamente pactuado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fé de acuerdo com las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denominamos ‘deberes de conducta’ (Verhaltenspflichten).*” (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, p.21-22).

<sup>727</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.65-66.

<sup>728</sup> Na oportuna expressão de Judith Martins-Costa, a boa-fé produz deveres instrumentais e ‘avoluntaristas’, neologismo que a autora emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de explicitação casuística do legislador. Sua fonte reside justamente no princípio da boa-fé, na medida em que se concretiza e, relação aos participantes da relação obrigacional. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.438). Em outra obra, a mesma autora em sentido idêntico: MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Tomo II. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.37; Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, em consideração ao fato de que tais deveres decorrem do princípio da boa-fé, tomam-nos como “deveres invisíveis”, ainda que juridicamente existentes.” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. Tomo I. v.IV. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.70).

<sup>729</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Op.cit.*, 2006, p.57; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.438.

<sup>730</sup> João de Matos Antunes Varela, a respeito do direito português, ensina que muitos dos deveres acessórios de conduta, inerentes às mais variadas obrigações, encontram-se dispersos no Código Civil e pela legislação avulsa (cite-se como exemplo - válido inclusive também para o direito brasileiro - o dever que tem o locatário de avisar imediatamente ao locador sempre que saiba de algum perigo ou que terceiros se arrogam direitos em relação ao

No direito brasileiro, independentemente dos casos expressos em lei ou no contrato, os deveres de conduta estão hoje genericamente consagrados na vastíssima área das obrigações por intermédio do princípio proclamado no art. 422 do Código Civil, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Portanto, os mencionados deveres independem de prévia previsão legal ou contratual, tendo como uma de suas fontes principais – e, eventualmente, exclusiva – a boa-fé objetiva. Assim, podem ser impostos pelo juiz em cada caso concreto, segundo o que as circunstâncias fáticas exigirem.

Nesse ponto, então, é curial questionar se a análise do conteúdo dos deveres de conduta se encerraria na fórmula já anunciada (deveres de proteção, lealdade e informação).

A propósito desse questionamento, esclareça-se não existir uma classificação unânime em doutrina acerca dos deveres que podem ser instituídos em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé. Eles seriam arredios a uma tentativa de classificação. Tal característica decorre, naturalmente, na estrutura normativa da boa-fé objetiva (i.e., norma princípio), que, por sua vez, constitui-se na fonte de irrupção desses deveres. Com efeito, a boa-fé objetiva não é uma norma dedutiva. Antes, constitui-se em medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, ou seja, da regra a se aplicar no caso concreto.<sup>731</sup>

Com efeito, uma decisão fundamentada no princípio da boa-fé objetiva, que resulte do exercício da sua função instituidora de deveres, é essencialmente uma decisão por equidade, que deve buscar se ajustar aos critérios objetivamente refletidos na consciência do povo ou o setor social a que se vinculem os contratantes.

A busca por um padrão de comportamento esperado, de um arquétipo socialmente aceitável, dentro de um determinado grupo de pessoas, é um juízo de razoabilidade e essencialmente dialético, concretamente realizado, pois que não há como se divorciar de um método que busque perscrutar todos os elementos envolvidos no processo do qual resultará a norma de

---

imóvel locado). ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. v.I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.125-126.

<sup>731</sup> Nesse sentido, Paulo Luis Netto Lôbo: “A boa-fé objetiva não é princípio dedutivo [...]; é medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa pré-constituída, mas que será preenchida com a mediação concretizadora do intérprete-julgador. Cada relação obrigacional exige um juízo de valor extraído do ambiente social, considerados o momento e o lugar em que se realiza; mas esse juízo não é subjetivo, no sentido de se irradiar das convicções morais do intérprete. Como esclarece Larenz, deve ser tomado como módulo o pensamento de um intérprete justo e equitativo, isto é, “que a sentença há de ajustar-se às exigências geralmente vigentes da justiça, ao critério refletido na consciência do povo ou no setor social a que se vinculem os participantes (por exemplo, comerciantes, artesãos, agricultores)”, desde que observados os valores de fidelidade e confiança.” (LOBO, Paulo Luiz Netto. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6903>>. Acesso em: 09 ago. 2010, p.7.



conduta a ser exigida e aplicada.

Portanto, conclui-se que não há como se estabelecer um rol taxativo dos deveres instrumentais. A doutrina e os tribunais vêm apenas sinalizando alguns deles e que vêm sendo catalogados não raro de forma díspare (embora apresentem conteúdos semelhantes).<sup>732</sup>

Em razão dessa característica, Manoel A. Carneiro da Frada assevera que, mais importante do que a descrição do perfil de comportamento que os deveres instrumentais normativizam, é se questionar a propósito da função que eles desempenham no bojo da relação obrigacional, pois, apenas esse critério funcional teria aptidão para implicar consequências de regime e guiar o intérprete na correta delimitação dogmática do tema abordado.<sup>733</sup>

Com base na função que desempenham no bojo da relação obrigacional, Manoel A. Carneiro da Frada busca distinguir os deveres laterais (ou instrumentais) em dois grupos bem distintos: a) os que visam possibilitar o alcance do interesse prosseguido pelo credor com a prestação (a que denomina de *fim secundário* ou *mediato da prestação*); e b) os deveres que têm em vista defender as partes das denominadas “intromissões danosas” à esfera da sua vida pessoal ou patrimonial, eventualmente surgidos pelo contato recíproco havido durante todo ciclo vital da relação obrigacional. Os primeiros teriam, portanto, uma *finalidade positiva*, visto que buscam um fim conexo com a prestação. Os segundos, ao contrário, teriam uma *finalidade negativa*, pois que visam proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e patrimônio, que nascem da (e em razão da) relação obrigacional estabelecida.<sup>734</sup>

Judith Martins-Costa, muito embora esteja de acordo que é impossível elencar todos os deveres exaustivamente, busca classificá-los, também tomando por base a sua finalidade. Assim, considera que a distinção se opera entre os que “têm fim marcadamente *positivo* e os que visam a proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio, sendo, então, denominados *deveres de proteção*.”<sup>735</sup>

---

<sup>732</sup> Nesse sentido, aliás, Manoel A. Carneiro da Frada alerta que os deveres laterais referidos “são por natureza rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitiva. O que seu conteúdo é diversificado, podendo descobrir-se deveres de informação e conselho, de cooperação, de segredo e não-concorrência, de custódia e vigilância, de lealdade etc.” (FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p.40).

<sup>733</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op.cit.*, 1994, p.40.

<sup>734</sup> *Ibidem*, p.41.

<sup>735</sup> Judith Martins-Costa cita os seguintes exemplos de deveres instrumentais *positivos* e os *de proteção*: “os deveres de lealdade, de cuidado, previdência; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa e o patrimônio da contraparte de não aguardar a situação do parceiro contratual; de evitar ou diminuir os riscos; de abstenção de condutas que possam pôr em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses, deveres que podem anteceder o contrato, na chamada fase pré-contratual, ou mesmo prolongar-se findo o negócio, hipótese da

Menezes Cordeiro, por sua vez, propõe uma classificação trinária de tais deveres: i) deveres acessórios de proteção, que têm o *caráter negativo*, exigindo que as partes não provoquem danos recíprocos à pessoa e ao patrimônio da contraparte; ii) deveres acessórios de informação e esclarecimento, que impõem que as partes sejam *reciprocamente* informadas de todas as circunstâncias e características do vínculo contratual.<sup>736</sup>; iii) e deveres acessórios de lealdade, que denotam *caráter positivo e negativo*, determinando que as partes se abstenham de adotar condutas que frustrem os fins do negócio ou desequilibrem suas prestações, sendo que, com este mesmo sentido, podem surgir deveres de atuação positiva (i.e., de colaboração para os mencionados fins).<sup>737</sup>

A respeito da classificação tripartida dos deveres de conduta feita por Menezes de Cordeiro (de proteção, esclarecimento e lealdade), Manoel A. Carneiro da Frada obtempera que o critério de diferenciação a partir da função é indisfarçadamente adotado pelo citado autor com o fito de preencher o conteúdo dos deveres de esclarecimento e de lealdade, sem atentar a que, grande parte destes mesmos deveres citados tem uma função protetora da contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e patrimônio.<sup>738</sup>

Manoel A. Carneiro da Frada parece estar com razão. De fato, percebe-se uma nítida sobreposição das mencionadas funções, tanto nos deveres de informação e esclarecimento, quanto nos deveres de lealdade, que apresentam – segundo as palavras do próprio Menezes de Cordeiro – uma dupla e recíproca dimensão: positiva e negativa.

Imagine-se o dever de informação que cumpre ao vendedor de um carro usado, no que diz respeito a peculiaridades do veículo, tais como o fato de haver peças da lataria que foram substituídas, existência de moissas, riscos na pintura, número de revisões feitas etc. De outro

---

responsabilidade pré-contratual, como já vinha apontando a jurisprudência esclarecida.” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Tomo I. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.38-39; Em outra obra, no mesmo sentido: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.438-439).

<sup>736</sup> Segundo Menezes Cordeiro, o campo mais produtivo no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços médicos, utilizáveis como exemplares. Assim, pontifica que o âmbito do dever médico de esclarecimento estende-se aos efeitos típicos das terapias prescritas e não a todos os efeitos possíveis que estas possam acarretar; varia, ainda, em profundidade, consoante a inteligência e os conhecimentos do paciente e as necessidades do caso. (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.606). Conferir, também, BRAGA, Paula Sarno. **A aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p.232-238.

<sup>737</sup> Ainda de acordo com Menezes Cordeiro, a casuística permite apontar, como casos de concretização desses deveres, a existência, enquanto o contrato esteja em vigor, de deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo face aos elementos obtidos por via da pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e de atuação com vistas a preservar o objetivo e a ‘economia’ contratuais. (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.604-607).

<sup>738</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p.42-43, nota 72.

lado, imagine-se o dever de informação que cumpre ao distribuidor para com os seus clientes – fora do âmbito de uma relação de consumo – em referência aos potenciais riscos que determinado produto apresente para a integridade pessoal e patrimonial das pessoas a quem ele se destine, em especial quando tais riscos envolverem um previsível uso irregular e anormal do produto (v.g., o distribuidor de um produto de limpeza industrial deve prevenir o revendedor e seus empregados acerca da sua natureza inflamável).

Ninguém duvidaria, por certo, que os citados deveres instrumentais de informação possuem idênticos perfis de comportamento: i.e., exigir de quem tem a informação o dever de prestá-la a quem não a dispõe e dela necessita.

Entretanto, quando se parte para a análise da função dos citados deveres instrumentais as soluções podem ser distintas. De fato, enquanto se anuncia claro que o dever de informação do distribuidor tem o nítido propósito de evitar causar danos pessoais ou patrimoniais ao revendedor, aos seu empregados e aos eventuais clientes adquirentes do produto, o mesmo já não se diria, certamente, com relação ao dever de informação do vendedor do carro, cuja função é apenas possibilitar o alcance do interesse patrimonial perseguido pelo comprador com a prestação, no caso, aquisição do domínio do veículo que seja compatível com o uso que lhe dará (a que Frada denomina de *fim secundário* ou *mediato da prestação*).

Portanto, apenas a análise da função dos deveres instrumentais, em especial pelo denominado deveres de proteção, é que se possibilitará o correto encaminhamento dogmático da incidência da boa-fé objetiva nos destinos de uma dada relação obrigacional, nomeadamente quando com ela se correlacione o instituto da responsabilidade civil e da culpa, tema bastante vasto e exaustivamente tratado pela doutrina alemã e portuguesa, mas que, aparentemente, não tem despertado uma maior atenção na doutrina nacional.

Cumpre, ademais, chamar a atenção para a importância do estudo e da exata compreensão da função de proteção dos deveres de conduta para a análise da viabilidade do estabelecimento de hipóteses de presunções de culpa ou objetivação da responsabilidade, por aplicação das cláusulas gerais previstas nos artigos 187 e 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.<sup>739</sup>

Feitas estas observações, passa-se, então, a relacionar alguns dos deveres de conduta com base no catálogo que vem sendo apresentado pela doutrina, embora se tenha consciência de que se está a correr o risco da incompletude, decorrente da própria natureza de tais deveres. Advirta-se, ainda, que a opção metodológica não exclui a análise em conjunto da função dos

---

<sup>739</sup> Sobre este tema, retomaremos apenas no próximo e derradeiro capítulo.

deveres instrumentais – porquanto visem defender as partes das denominadas “intromissões danosas” ou simplesmente um *fim secundário* ou *mediato da prestação* –, o que se fará simultaneamente.

**a) Deveres de proteção:** Os denominados deveres de proteção foram sugeridos por Heinrich Stoll, como forma de contraposição aos demais deveres de conduta, ou seja, por meio deles, visa-se a proteger a contraparte dos riscos de danos a sua pessoa ou patrimônio, que nascem, direta ou indiretamente, de uma dada relação estabelecida.<sup>740</sup>

Manuel A. Carneiro da Frada, com base em Stoll, assevera que os deveres de proteção prosseguem em uma só direção, necessariamente negativa, qual seja, a preservação de danos que resultam ou possam resultar na pessoa ou patrimônio daqueles que estejam envolvidos em uma dada relação.<sup>741</sup>

Costumam ser aceitos amplamente pela doutrina, em razão da facilidade de realce das suas hipóteses.<sup>742</sup> Eles estarão presentes antes da conclusão do contrato, durante a sua vigência e até mesmo depois da execução das prestações contratuais, possuindo natureza e função autônomas.

No âmbito de vigência temporal do contrato, tem-se presente o mandamento de consideração com o parceiro contratual, em razão do qual qualquer das partes deve abster-se de praticar condutas que ponham em risco os bens da outra, buscando sempre evitar que se inflijam danos recíprocos.

Pela quebra do dever de proteção, entretanto, podem decorrer danos – tanto patrimoniais, quanto pessoais – como, por exemplo, o caso de um cliente de um estabelecimento comercial que estaciona o seu veículo em lugar para isso destinado pela empresa e vem a ter o seu carro roubado ou danificado;<sup>743</sup> ou, ainda, a hipótese de um contrato de prestação de serviço em que o operário é contratado para proceder a uma determinada reparação e a efetua corretamente,

---

<sup>740</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p.41.

<sup>741</sup> *Ibidem*, p.80.

<sup>742</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op.cit.*, 1994; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>743</sup> “O cliente de estabelecimento comercial que estaciona o seu veículo em lugar para isso destinado pela empresa não celebra um contrato de depósito, mas a empresa que se beneficia do estacionamento tem o dever de proteção, derivado do princípio da boa-fé objetiva, respondendo pelo eventual dano”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 107.211**, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ruy Rosado. Brasília, 03 de dezembro de 1996. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199600570523&dt\\_publicacao=03/02/1997](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199600570523&dt_publicacao=03/02/1997)>. Acesso em: 09 jul. 2013).

porém, danifica outro objeto.<sup>744</sup>

Nesse campo, também se colocam as questões da responsabilidade pré-contratual pela ruptura imotivada das negociações e os casos de responsabilidade pós-contratual por danos ocorridos após a execução das prestações, âmbito em que surgem as denominadas culpa *in contrahendo* e culpa *post factum finitum*, respectivamente.

A respeito da responsabilidade pré-contratual, por exemplo, pode-se dizer que há um amplo reconhecimento doutrinário<sup>745</sup> e construção jurisprudencial em andamento,<sup>746</sup> no sentido de reconhecer a boa-fé objetiva como seu fundamento. A propósito, vale citar o emblemático caso em que o Tribunal de Justiça do Rio de Grande do Sul confirmou a sentença de primeiro grau do juízo da Comarca de Canguçu, mantendo a condenação da Companhia Industrial de Conservas Alimentícias – CICA na obrigação de indenizar um determinado agricultor, plantador de tomates, pelos danos sofridos com a perda da produção, decorrentes do rompimento imotivado da contratação.<sup>747</sup>

---

<sup>744</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão do contrato**. Coimbra: Almedina, 1982, p.406-407.

<sup>745</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como um processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.88-91; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.506-515; POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**. Curitiba: Juruá, 2001, p.210-211.

<sup>746</sup> Em caso interessante envolvendo alienação de cotas de uma determinada sociedade empresária, que não se concluiu por desistência do pretendente adquirente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenha negou o direito a indenização, confirmando a sentença de improcedência do juízo de primeiro grau, firmando, entretanto, em termos precisos a aplicação do princípio da boa-fé à questão. Na *ratio decidendi* restou assentado que, conquanto seja possível o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, fundada na boa-fé, para indenização das despesas efetuadas na preparação do negócio que não se chegue a concluir por desistência imotivada de uma das partes, no caso concreto, o desistente agiu justificadamente, tendo em vista que o negócio envolvia a cessão da totalidade das ações por quem detinha apenas parte do capita social. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 591017058, da Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 25 de abril de 1991. **Revista de Jurisprudência do TJRS**, nº. 152, tomo II, ano XXVII, junho de 1992, p.605-608). Em outro julgado também muito ilustrativo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a responsabilidade civil pré-contratual de uma grande empresa por ter preterido candidato escolhido em processo seletivo de recrutamento e recusado a contratá-lo para a função de vendedor, mesmo depois de submetê-lo a todos os exames pré-admissionais e serem adotadas outras providências necessárias a sua contratação, como o desligamento do emprego anterior. Embora a empresa tenha tentado justificar a sua conduta na alegação de que contratou outro candidato participante do certame com perfil mais adequado à vaga, a Corte, diante das provas constantes dos autos, afastou a tese de defesa da ré, em especial por ter constatado que representantes da empresa em questão orientaram o autor a adotar todas as medidas necessárias à sua contratação, entendendo, assim, como inadmissível e imotivada a conduta da citada empresa, que teria incorrido em culpa *in contrahendo*. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70004537403**, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, 21 de agosto de 2002. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?q=responsabilidade+e+civil+e+culpa+e+in+e+contrahendo&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?q=responsabilidade+e+civil+e+culpa+e+in+e+contrahendo&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em: 28 jul. 2013).

<sup>747</sup> Segundo os fatos do processo, o citado agricultor costumava plantar tomate com as sementes que lhe eram entregues pela CICA, que, em momento oportuno, adquiria toda a produção para posterior industrialização. Ocorre que, na safra de 87/88, a CICA, simplesmente, recusou-se a adquirir o produto, rompendo com a expectativa então criada. A CICA alegou não ter assumido qualquer compromisso na aquisição da produção,

No que diz respeito à culpa *post factum finitum*, também, começam a aparecer julgados que reconhecem, como decorrência do princípio da boa-fé, a existência de deveres instrumentais de proteção que subsistem mesmo após a resolução ou anulação do contrato, condenando-se aquele que os descumprem na obrigação de reparar perdas e danos em favor daquele que teve a sua esfera pessoal ou patrimonial prejudicada.<sup>748</sup>

A doutrina discute sobre a natureza de deveres de proteção e, conseqüentemente, da responsabilidade civil oriunda da sua violação da qual tenha resultado danos. Na esteira desta discussão, estaria a questão de saber qual seria o regime jurídico a ela aplicável, em especial no que concerne a questão da inversão do ônus de prova da culpa.<sup>749-750</sup>

---

tentando justificar sua postura em razão de modificações na sua política industrial. O juiz de primeiro grau, entretanto, considerou a *prática reiterada* da conduta no fornecimento de sementes e correlata aquisição superveniente de toda a produção, considerando irrelevante o fato de não haver um contrato escrito, sendo bastante a confiança que aquela prática reiterada gerou nas partes envolvidas (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 591028295, da Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 27 de junho de 1991. **Revista de Jurisprudência do TJRS**, nº. 154, ano XXVII, outubro de 1992, p.378-385).

<sup>748</sup> A propósito, vale citar acórdão proferido pelo TJSP que houve por bem anular o contrato de armazenamento celebrado entre uma empresa exportadora e uma distribuidora de produtos derivados de petróleo, por abuso manifesto no exercício de direito de contratar, na medida em que se reconheceu que o mencionado ajuste servia de instrumento de satisfação dos interesses de grupos que tinham por objetivo a violação de normas protetoras à Ordem Tributária, bem como os que almejam o cometimento de atos ilícitos, contrários a moral e os bons costumes. Nada obstante, reconheceu a possibilidade da empresa distribuidora de derivados de petróleo ser condenada em perdas e danos pela quebra de deveres de proteção, derivados da boa-fé objetiva, cuja violação se evidenciava na constatada omissão ou recusa em devolver parte do produto combustível que esteve comprovadamente consigo armazenado, mesmo depois do contrato de armazenamento ter sido desfeito (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0001331-29.2002.8.26.0428**, da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargadora Ligia Araújo Bisogni. São Paulo, 08 de maio de 2013. Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6715308> >. Acesso em: 08 jan. 2013).

<sup>749</sup> Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, os deveres de proteção são impostos em consideração ao programa do contrato, e consistem “na necessidade de adoptar um comportamento, não determinável de antemão, mas conforme, a cada momento, com as exigências da boa-fé.” Dada a sua indeterminação, não são suscetíveis de ser judicialmente exigidos, “desencadeando a sua violação uma obrigação de indemnizar, nos termos do art. 798º [refere-se ao Código Civil português], e, com ela um dever secundário de prestação.” Portanto, representa a violação de um dever contratual de proteção. Curiosamente, entretanto, o citado autor reconhece a simultânea presença de um ilícito extracontratual, o que permitiria ao prejudicado escolher o regime a ser aplicado, de acordo com aquele que lhe fosse mais favorável. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão do contrato**. Coimbra: Almedina, 1982, p.402-411). A propósito, o Código Civil Português: “ARTIGO 798º (Responsabilidade do devedor) O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”.

<sup>750</sup> Manoel A. Carneiro da Frada, a propósito, parece defender uma possibilidade de variações de regimes a depender da origem da lesão (interna ou externa ao crédito) e da espécie de bem lesado (patrimonial ou pessoal). Segundo suas próprias palavras, “tudo conflui para a conclusão de que estes deveres de proteção exprimem o dever geral de respeitar as posições jurídicas alheias e devem ser funcionalmente reconduzidos ao direito delitual. Não poderá, todavia, ignorar-se que a responsabilidade aquiliana não protege o patrimônio *qua tale* contra ataques exteriores. Nestas hipóteses, aqueles deveres colmatarão as brechas na linha de defesa delitual do *status quo*.” Segundo o citado autor, não haveria razões para não se conferir a proteção contratual às situações de violações externas as posições puramente patrimoniais. Assim, deste último ponto de vista, “há uma aproximação clara das soluções do direito dos contratos (já que aqui os interesses patrimoniais puros, máxime, o crédito, são objeto de proteção), aproximação que é ainda reforçada pelo regime subsequente à violação dos deveres de proteção no que toca à inversão do ônus de prova da culpa e, sobretudo, quanto à responsabilidade

Em razão da pertinência com a teoria da responsabilidade civil no seu todo, inclusive no que diz respeito à clássica *summa divisio*, remete-se à discussão, quanto a este ponto, para o capítulo derradeiro da presente pesquisa.

**b) Deveres de lealdade:** Constituem-se nos mais evidentes deveres decorrentes do princípio da boa-fé, visto que se identificam com os mandamentos de cooperação recíproca. Por meio deles, então, impõe-se deveres de abstenção sobre qualquer conduta que seja hábil a falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar a equação das prestações dele diretamente decorrentes.

A respeito da cooperação recíproca, Judith Martins-Costa afirma que as partes de uma dada relação obrigacional não podem ser vistas como entidades isoladas e estranhas, atomisticamente consideradas,<sup>751</sup> mas como partes que atuam em intensa colaboração intersubjetiva.

Menezes Cordeiro indica como formas de concretização do dever de lealdade, ainda quando não constem dos termos do contrato, “os deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo em face dos elementos obtidos por via de pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte”.<sup>752</sup>

Contudo, é importante ressaltar que os deveres de lealdade não se limitam à atuação omissiva, no sentido de não criar obstáculos ao cumprimento do programa contratual. Como ressalta Cláudia Lima Marques, a colaboração intersubjetiva poderá ser exigida no sentido do cumprimento de uma conduta ativa (comissiva), de sorte que as partes se facilitem, reciprocamente, a entrega de documentos e a execução de serviços que sejam relevantes para o adimplemento da obrigação principal.<sup>753</sup>

Costuma-se apontar como fonte de quebra de deveres laterais de lealdade a ruptura imotivada das negociações preliminares, decorrente da *culpa in contrahendo*; assim como a quebra do dever de confiança, após o término da relação contratual, como decorrência da *culpa post pactum finitum*. Isto não quer dizer, contudo, que, nestas situações, outros deveres – proteção

---

por auxiliares segundo o figurino do art. 800, n.º. 1.” Assim, restaria constatada a inviabilidade de uma redução dogmática unitária de todos os deveres de proteção da integridade, em razão do que afasta as soluções globalistas, pondo-se contra um textura extratificada encontrada na doutrina, pois “os deveres de proteção distribuem-se na realidade por um largo espectro que vai desde os confins do delito até zonas limítrofes do acordo negocial, isto é, ao liminar do contrato.” (FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p.262-263 e 274).

<sup>751</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.393-396.

<sup>752</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.607.

<sup>753</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.235.

e informação – sejam ignorados. Muito pelo contrário, todos os deveres de conduta já devem ser revelados nesses momentos específicos, visto que “o processo obrigacional ultrapassa o âmbito cronológico da prestação”.<sup>754</sup>

Segundo Carlyle Popp, para que ocorra a quebra do dever de lealdade e, conseqüentemente, responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações, é necessário que restem caracterizadas duas condições: a) a existência de efetivas tratativas, que tenham gerado razoável expectativa e confiança para a outra parte; e b) ilegitimidade na ruptura.<sup>755</sup>

A concepção de confiança diz respeito à segurança que cada uma das partes tem de que a outra conduzirá as negociações com probidade e seriedade de propósitos, de tal sorte que possa chegar a uma legítima expectativa de conclusão de um contrato. Assim, uma vez iniciadas as tratativas, a parte não pode, salvo se for um motivo justificável, despedir-se das negociações, senão mediante a assunção da responsabilidade pelos eventuais danos causados a outra parte.

Perceba-se que não se nega o direito do sujeito de interromper as negociações. Busca-se, apenas, evitar que a ruptura se dê de forma surpreendente e desmotivada. Para se alcançar este fim, não se deve busca indagar se o motivo determinante é ou não justificado sob o ponto de vista da parte que se despede da negociação, mas, antes, interessa investigar se, independentemente dessa valoração pessoal, o motivo pode assumir uma relevância objetivamente aferível para a outra parte, segundo as regras de probidade e boa-fé no tráfego jurídico.<sup>756</sup>

Com efeito, nas hipóteses de ruptura imotivada das tratativas, mostrar-se-á evidente a lesão ao dever de lealdade ou cooperação por parte daquele que, a despeito de não possuir interesse ou não dispor de condições efetivas para contratar, gera falsas expectativas na contraparte acerca da contratação, induzindo-a, muitas vezes, a realizar despesas ou deixar de concluir outros negócios.

De forma semelhante, tem-se a responsabilidade civil pós-contratual. Com efeito, ainda que o término da relação contratual pelo adimplemento implique satisfação das prestações principais entre as partes, poderão subsistir – e usualmente subsistem –, autonomamente,

---

<sup>754</sup> Nelson Rosenvald aponta que embora outros deveres se apresentem nessas situações, é inegável “magnetismo da cooperação para antes e depois da contratação.” (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.107).

<sup>755</sup> POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**. Curitiba: Juruá, 2001, p.210-211.

<sup>756</sup> *Ibidem*, p.210.



deveres laterais de conduta, como deveres de segredo e de reserva.<sup>757</sup> A quebra de tais deveres implica usualmente conduta desleal e, conseqüentemente, pode gerar dever indenizatório como consequência da quebra da boa-fé.<sup>758</sup>

**c) Deveres de informação:** O dever de informação – também chamado dever de esclarecimento – instrumentaliza a relação obrigacional desde a sua origem até o seu término. Envolve a fase das meras tratativas e sobrevive mesmo após o adimplemento das prestações do contrato.

Trata-se de dever que nasce de uma necessidade muito clara: “há um déficit de informações – uma pessoa possui informações e a outra necessita.”<sup>759</sup> Correlaciona-se a um direito subjetivo à informação, que se funda não apenas numa mera curiosidade ou vontade de saber sobre determinado assunto, mas na necessidade do esclarecimento a respeito de um interesse objetivamente justificado e, por isso mesmo, necessário ao exato processamento da relação obrigacional. Assim, por exemplo, o direito do paciente de se informar a respeito do seu prontuário não se justifica para a satisfação da sua curiosidade, mas para esclarecer, acaso o paciente tenha um direito à indenização.<sup>760</sup>

De outro lado, a pertinência da informação é essencial para que a contraparte possa ser alertada a respeito de fatos e circunstâncias que a sua diligência normal não seria capaz de perceber. Assim, descartam-se do âmbito de proteção dos deveres de informação os fatos notórios. Ou seja, acima do dever jurídico de esclarecer há o dever de se informar, como forma de diligência da pessoa com os seus próprios interesses. O conhecimento da informação pela contraparte, portanto, é um limite subjetivo, inerente ao dever de informar, visto que “a

---

<sup>757</sup> Luiz Guilherme Loureiro traz um exemplo bastante ilustrativo a respeito dessa modalidade de responsabilidade: “Recentemente uma joalheria fabricou uma joia única para que a cantora Madonna usasse na festa do seu casamento. Após, produziu joias idênticas e colocou-as no mercado. Patente, portanto, a falta de boa-fé *post factum finitum*”. (LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008, p.91).

<sup>758</sup> A respeito da culpa *post pactum finitum*, cite-se Menezes Cordeiro: “A confiança requer a proteção, no período subsequente ao da extinção do contrato, as expectativas provocadas na sua celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos intervenientes. A materialidade das situações exige que a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspectiva de correspondência literal ao acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvazie de conteúdo. O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu. [...] A existência de uma culpa *post pactum finitum* traduz, deste modo, uma situação particular, onde jorram exigências profundas do sistema, veiculadas normativamente, pela regra da actuação de boa-fé.” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.630).

<sup>759</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.108-109.

<sup>760</sup> FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002, p.79.

tarefa do dever de informar é simplesmente a de ampliar o conhecimento do devedor”.<sup>761</sup>

Um dos campos mais profícuos no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços médicos, sendo eles assim paradigmáticos na jurisprudência alemã. Lá, a jurisprudência consagra há muito o dever de esclarecimento no âmbito das relações entre médico e paciente, a cargo do primeiro, concedendo-se, em caso de sua violação, direito de indenização a este último.<sup>762</sup>

A propósito do tema, Menezes Cordeiro pontifica que o âmbito do dever médico de esclarecimento alcança apenas os efeitos típicos das terapias prescritas e não a todos os efeitos possíveis que possam vir a acarretar, variando, ainda, “em profundidade, consoante a inteligência e os conhecimentos do paciente e as necessidades do caso.”<sup>763</sup>

Nelson Rosenvald, ampliando a análise da aplicação dos deveres de informação e esclarecimento para além das relações obrigacionais, observa que o direito fundamental à informação muitas vezes deve ser ponderado com interesses que eventualmente se oponham e de igual estatura constitucional, como a privacidade. O direito fundamental à privacidade, assim, costuma se tornar um limite ao dever de informação, pelo menos em algumas circunstâncias e em alguma medida.<sup>764</sup>

Cláudio Luiz Bueno Godoy, ao analisar a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, por exemplo, afirma que a privacidade, “em cujo âmbito mais restrito se contém a intimidade, significa, por ser corolário do direito de autodeterminação da pessoa, a garantia de uma esfera de reserva, insuscetível de devassa ou de interferência alheia”, em razão do que se mostra fundamental verificar o fim institucional da informação e a forma

---

<sup>761</sup> FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002, p.157-158.

<sup>762</sup> “Em RG 8-Mar-1940 discutia-se o seguinte: uma mulher dirige-se a um médico queixando-se de um abceso no peito. Este recomendou um mês de observação e, depois, decidiu intervir. A paciente apercebeu-se, passada a anestesia, de que lhe havia sido praticada a mastectomia total da mama atingida. Acresce que o exame microscópico, depois efectuado, revelou a mera presença de um tumor benigno. A mastectomia, para além da perda do órgão atingido, tem uma séria de efeitos secundários danosos, diminuindo designadamente, a funcionalidade do braço correspondente ao lado amputado. Accionado, o médico assegura que observara todas as regras da sua arte [lembre-se que o fato ocorrem em 1940]; os sintomas observados e os antecedentes familiares da paciente inculcavam, com probabilidade sobeja, o cancro da mama, sendo, no estágio dos conhecimentos médicos da altura, de operar imediatamente para salvar a vida da paciente. Impossibilitado de controlar esse aspecto, o Reichsgericht condenou o médico: ele não esclarecera, antes da operação, a paciente, das consequências possíveis da intervenção que ia praticar. Em BGH 16-jan-1959, o caso fora este: num estabelecimento hospitalar, põe-se a dúvida quanto a intervir cirurgicamente num caso de cancro do útero ou em seguir um tratamento com ‘raios X’ e com rádio. Dada a evolução do caso, optou-se pela segunda hipótese. Devido às radiações, a paciente veio apresentar uma série de perturbações, que obrigaram à intervenção terapêutica. Accionados vários médicos, o Tribunal Federal entendeu que havia sido violado o dever de esclarecer o paciente das consequências possíveis do tratamento seguido.” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.605).

<sup>763</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.606.

<sup>764</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.109.

adequada de sua veiculação.<sup>765-766</sup>

**d) Deveres de conduta e os terceiros:** Na medida em que se passa a reconhecer a autonomia dos deveres instrumentais em relação aos deveres de prestação, no bojo de uma relação obrigacional complexa e dinâmica, admite-se não haver necessária coincidência entre o momento que surgem aqueles deveres com o tempo em que se formam ou extinguem estas relações. Como visto, há irrupção dos deveres de proteção antes mesmo da conclusão de um contrato ou para além da sua vigência.

A autonomia dos deveres instrumentais, porém, não se explica apenas pelo desencontro entre os momentos do seu surgimento e do nascimento dos deveres de prestação, como também, pela alteração das posições tradicionais de credor e devedor. Com efeito, na feliz expressão de Clóvis do Couto e Silva, aluem as posições clássicas entre credor e devedor, especialmente no que diz respeito aos titulares de direitos e deveres de conduta, pois até mesmo o devedor de prestações é credor de deveres instrumentais.<sup>767</sup>

Ademais, para além da relação obrigacional, propriamente dita, é possível compreender que os deveres de cooperação se ampliam, em maior ou em menor grau, para com o *alter* (o terceiro, segundo a visão clássica), firmando-se, inclusive, a ideia solidarista inserta no art. 3º, I, da Constituição Federal.

A propósito deste último tópico, a doutrina brasileira vem compreendendo que a solidariedade passa a ser concretizada sob duas formas: a) no interior da relação obrigacional, por atuação direta da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil); e b) por meio de reflexos externos à relação obrigacional, na medida em que se afetem as esferas de proteção jurídica de terceiros, impondo-se assim um comportamento solidário cooperativo, que seria dado pela noção da

---

<sup>765</sup> Claudio Luiz Bueno de Godoy, em que pese mostrar-se refratário ao uso de *standards* de conduta – associando-os metodologia hermenêutica subsuntiva –, ao tratar da liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, cataloga uma série de parâmetros utilizados pela jurisprudência para a ponderação entre os interesses em conflito, tais como: liberdade de imprensa e sensacionalismo; liberdade de imprensa e pessoas públicas e notórias; liberdade de imprensa, a sátira, a caricatura e o humor; liberdade de imprensa, pessoas comuns e a exposição em local público; liberdade de imprensa, o crime e sua autoria. (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p.74 e 80-105).

<sup>766</sup> No mesmo sentido, Christoph Fabian que nos dá um exemplo bastante ilustrativo sobre a questão da esfera íntima como limite objetivo ao dever de informar, vindo do direito alemão: um determinado médico tinha a receber créditos de honorários de vários pacientes. Para evitar gastos de tempo e dinheiro, resolveu vender seus créditos para terceiros, entregando-lhe partes das documentações que eram importantes para a cobrança, mas que traziam informações sobre a esfera íntima daqueles pacientes. O BGH acolher as ponderações dos clientes, anulando a cessão dos créditos de honorários, sob o fundamento que lesaria o sigilo médico e, finalmente, a sua esfera íntima (FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002, p.161-162).

<sup>767</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como um processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.120.

função social do contrato (art. 421 do Código Civil).<sup>768-769</sup>

Sem se valer da distinção acima apontada, entretanto, Manoel A. Carneiro da Frada coloca entre os titulares dos deveres de proteção – corolários do princípio da boa-fé –, não apenas as partes da relação obrigacional, mas os terceiros que estejam expostos aos riscos de danos pessoais ou patrimoniais oriundos da execução de determinado contrato, quando não haja prevenção por parte dos contratantes. O referido autor denomina-os de “contratos com eficácia de proteção para terceiros”, conferindo-lhes eventualmente direito indenizatório, “não por violação de algum dever de prestar (pois estes só existem, regra geral, entre as partes), mas por desrespeito de um específico dever de salvaguardar a sua integridade pessoal ou patrimonial”.<sup>770</sup>

Simetricamente, admitiu-se que o credor poderia vir a ter a sua esfera patrimonial ou pessoal defendida, não só por deveres de proteção à contraparte do contrato, mas também pela sua extensão a determinados terceiros, tendo em vista a proximidade deles à sua esfera e a concomitante possibilidade de aí interferir danosamente. A esses ele denomina “contratos com eficácia de proteção contra terceiros”, conferindo eventualmente ao credor lesado o direito indenizatório contra terceiros “não por violação do seu interesse na prestação (pois só pode ser feito valer, em regra, contra o devedor), mas por inobservância de um dever de proteção da sua integridade a cargo desses terceiros”.<sup>771</sup>

---

<sup>768</sup> Nesse sentido, SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil. *In*: Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.153; Em sentido semelhante: ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.111. Idem, Tereza Negreiros: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato. Novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.232 e 266-275. Considerando a aplicação do princípio da função social dos contratos, quanto à proteção do credor contra atuação de terceiros, Antonio Junqueira de Azevedo defende a responsabilização solidária das distribuidoras de petróleo que celebram contratos com postos originariamente vinculados a outra distribuidora em termos de exclusividade, acarretando o inadimplemento contratual desse postos, com fundamento no ato ilícito como consequência da quebra de deveres de proteção. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquilina do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, Ano 87, n. 750, abr. 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.113-120).

<sup>769</sup> No mesmo sentido, também, Pedro Oliveira Costa, muito embora ele reconheça que essa abordagem tem apenas caráter didático, em razão da necessidade de diferenciar, ainda que rapidamente, o princípio da função social dos contratos dos demais princípios. Segundo o citado autor, em razão da necessária complementariedade entre eles, todos os princípios contratuais, velhos e novos, se interpenetram, construindo as bases de um novo direito dos contratos (COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.52.). Parece com razão o autor, pois, segundo Claus-Wilhelm Canaris, “os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5.ed. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 2012, p.92-93).

<sup>770</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p.43.

<sup>771</sup> *Ibidem*, p.43-44.

Ao que parece, a chave da questão com relação à proteção do terceiro, ou do crédito em relação a ele, está na diferença que a doutrina francesa procura fazer entre a relatividade e a oponibilidade. Assim, apesar de os efeitos dos contratos não serem extensíveis aos terceiros (pois que a eles não são relativos), a eles é oponível o dever de conduta de respeitar a situação criada pelo contrato e, assim, base na oponibilidade, o terceiro que participa da violação de um contrato é responsável pelo dano causado ao credor.<sup>772</sup>

Seja lá como for, concorda-se com Claudio Luiz Bueno de Godoy<sup>773</sup> quando afirma que a expansão da oponibilidade dos ajustes, de certa forma, já implica um complemento à sua força obrigatória, na exata medida em que assegura plena eficácia perante de terceiros, por meio da comunicação dos deveres contratuais anexos ao terceiro não contratante. Acrescenta-se, apenas, que tal decorre, por certo, da incidência do princípio constitucional da solidariedade, concretizado por meio da boa-fé objetiva e com o auxílio dos deveres instrumentais de proteção.

Conclui-se, enfim, com base na pesquisa encetada, que a proposta é de uma “tutela externa do crédito”, por meio da qual o terceiro seja responsabilizado não propriamente pela prestação convencional, mas pela ofensa ao dever de conduta nela consubstanciada.<sup>774</sup> Assim, não se trata de estender os efeitos do contrato a terceiros, mas de hipótese de oponibilidade geral, por conta da qual se impõe à coletividade um dever de *neminem laedere*, como decorrência da solidariedade nas relações entre contratantes e sociedade.<sup>775</sup>

---

<sup>772</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquilina do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, n.750. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril 1998, p.117.

<sup>773</sup> GODOY, Claudio. **Função social do contrato**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.150.

<sup>774</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op.cit.*, 1998, p.118.

<sup>775</sup> A respeito da distinção entre a *relatividade dos efeitos* das obrigações e *oponibilidade dos efeitos*, conferir os comentários de Tereza Negreiros à doutrina francesa: “A doutrina francesa, ao procurar estabelecer a distinção entre oponibilidade e relatividade, conquistou a admiração de Junqueira Azevedo: ‘Com muita precisão os juristas franceses distinguem entre dois termos: *relativité* (relatividade dos efeitos) e *opposibilité* (oponibilidade dos efeitos)’. [...] Apesar das vozes dissonantes, a maior parte da doutrina francesa, acompanhada pela jurisprudência, entende que os terceiros têm o dever de respeitar a situação criada pelo contrato. Tal dever expressa-se através de uma obrigação de não fazer cujo fundamento reside na oponibilidade do contrato. Com base na oponibilidade, o terceiro que participa da violação de um contrato é responsável pelo dano causado ao credor.” A respeito do comportamento do credor prejudicado por terceiro, a autora lembra que a questão já chegou a despertar a atenção de Hollywood. No filme “O informante” discute-se o risco de uma emissora de TV ser processada por uma companhia de cigarros (por *tortious interference*), pelo fato de um ex-executivo revelar publicamente informações sigilosas, objeto de contratação de confidencialidade em razão do seu antigo trabalho na empresa (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato. Novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.247 e 269-270).

#### 4.1.3.3 A função limitadora do exercício de direito

Após a compreensão da operatividade do princípio da boa-fé objetiva pelas suas funções hermenêutico-integrativa e instituidora de deveres anexos de conduta, cumpre pesquisar de que forma, afinal, ela se opera enquanto limitadora ao exercício de direitos.

Essa função, durante muito tempo esteve restrita às figuras do abuso de direito e da *exceptio doli*,<sup>776-777</sup> esta última advinda do direito romano e aquela resultante da construção da jurisprudência francesa, ambas, porém, ancoradas em perspectivas subjetivistas, marcadas por uma profunda relação entre o dogma da vontade e a construção do direito subjetivo como sendo a principal forma de sua projeção.

Essa é a razão pela qual há, nos dias atuais, uma forte propensão para se sistematizar os casos antes abarcados por aqueles institutos, em especial o abuso de direito, por via do recurso da boa-fé objetiva, caminho que se insere na tendência geral que busca especificar os casos de sua aplicação, visando tornar o princípio “menos fluido e de acentuado caráter técnico.”<sup>778</sup>

Como assinala Judith Martins-Costa, o caminho, então, passa a ser isolar a boa-fé objetiva como norma técnica dotada de um específico – ainda que amplo – domínio de aplicação. Conforme explica a mencionada autora, tal preocupação advém da constatação de que a boa-fé, enquanto norma de reenvio a padrões éticos – isto é, enquanto cláusula geral –, não traria qualquer especificidade ou vantagem com relação ao abuso de direito, ou à cláusula de exceção de dolo, pois que em todos os casos apenas se estaria ampliando a extensão dos poderes do juiz, “e não se permitindo um juízo com base em certo conteúdo substancial e

---

<sup>776</sup> Segundo lições de Menezes Cordeiro, a *exceptio doli* servia como meio de defesa do réu contra ações dolosas, ligando-se à boa-fé através dos *bonae fidei iudicia*. Por isso mesmo, não era um instituto de enunciação abstrata: ao contrário, havia uma enunciação casuística de sua aplicação. Portanto, existia uma dupla atuação: numa primeira vertente, o réu alegava a prática de dolo, pelo autor, no momento em que a situação jurídica se formava (*exceptio doli prateritii* ou *specialis*); em outra, o réu contrapunha à ação a incursão do autor em dolo, no momento da discussão da causa (*exceptio dolo praesentia*, ou *generalis*). Esta segunda vertente teve grande desenvolvimento e chegou ao direito comum de forma difusa. Assim, em que pese não tenha sido incorporada ao BGB, manteve-se no sistema como resultado da construção jurisprudencial. Depois, cai em franca decadência, mostrando-se insatisfatória, sendo sua função assumida de forma menos fluída pela boa-fé. (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.723 e 728).

<sup>777</sup> Fernando Noronha ainda relata a inconveniência da indeterminação do conteúdo da *exceptio doli*, utilizada como um conceito de extensa compreensão para designar fenômenos muito diversos, tal como a compensação e a confusão. Nada obstante, o citado autor reconhece ainda campo de aplicação do instituto, embora em setores mais restritos, tendo em vista as atuais hipóteses abarcadas pela boa-fé (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.189-191).

<sup>778</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.455-456.

específico.”<sup>779</sup>

Nesse sentido, então, é que se impõe observar que o âmbito de atuação do princípio da boa-fé no direito das obrigações e, em especial nos contratos, implica considerá-los não mais numa ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade, mas, também, pela sua função social, esta que “é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica.”<sup>780</sup>

A boa-fé objetiva, sob tal perspectiva, atua obstaculizando comportamentos e condutas das partes que contrariem o mandamento de agir com a lealdade, correção e confiança que há de se esperar no tráfego jurídico, com o que acaba por garantir que a relação contratual se desenvolverá de sorte a prestigiar os valores que concretizam a sua função social.<sup>781</sup> Desenvolve-se, pois, num âmbito de controle judicial da autonomia privada.<sup>782</sup>

No Código Civil de 2002, a função limitadora da boa-fé objetiva está consagrada na cláusula geral do art. 187, segundo a qual “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.”

Do citado dispositivo, conclui-se que a boa-fé objetiva funciona como um dos critérios axiológico-materiais para o exame do abuso de direito, ou, em outras palavras, o exercício pode vir a ser considerado abusivo e, portanto, vedado, quando seja atentatório à boa-fé objetiva. Aí se encontra a correspondência entre o princípio da boa-fé e instituto do abuso de direito. Não quer isto dizer, entretanto, que se confundam.

Com efeito, o exercício ainda pode ser considerado inadmissível – e, portanto, abusivo – por contrariedade aos bons costumes e ao fim econômico e social do respectivo direito. Portanto, também nestas hipóteses, haver-se-á um abuso de direito.

Vale, então, a observação de Anderson Schreiber no sentido de que: se, a partir da perspectiva acima citada, o abuso de direito tem um sentido mais amplo que a boa-fé objetiva, visto que não apenas ela lhe serve de fundamento, mas também outros critérios como os bons costumes e o fim econômico e social do direito; por outro lado ângulo, a boa-fé objetiva tem uma maior amplitude do que o abuso de direito, na medida em que não se restringe a atuar limitando o

---

<sup>779</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.456.

<sup>780</sup> REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil. Situação após a aprovação pelo senado federal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.32.

<sup>781</sup> GODOY, Claudio. **Função social do contrato**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.102.

<sup>782</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.108.

exercício de direitos, mas também impõe comportamentos e serve de critério hermenêutico interpretativo nas relações negociais. Assim, conclui-se que, pelo menos à luz do direito positivo brasileiro,

boa-fé objetiva e abuso de direito são conceitos autônomos, figuras distintas, mas não excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé.<sup>783</sup>

Portanto, em termos de direito brasileiro, torna-se plenamente possível falar-se de abuso de direito por violação à boa-fé, sem que aí se esgotem todas as espécies de abusos de direitos. Será, pois, apenas sob tal perspectiva que trataremos, valendo salientar que é bastante vasto o campo de atuação da boa-fé neste setor, em especial, pela aplicação da teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium* e *tu coque*), pela *supressio* e *surrectio*, por intermédio da inalegabilidade dos vícios formais e pelo controle do exercício desequilibrado de direitos.

Outro ponto importante a destacar é que, em que pese se observe uma forte influência da teoria do abuso do direito no controle do exercício de posições contratuais, ela não se encontra, entretanto, restrita ao campo obrigacional. Seu raio de ação inclui a possibilidade de controle de todo e qualquer direito, até mesmo por conta do fundamento constitucional da boa-fé.

## 4.2 A BOA-FÉ OBJETIVA E O ABUSO DE DIREITO

### 4.2.1 As principais teorias do abuso do direito

Os primeiros esboços de uma teoria do abuso de direito surgem no final do século XIX, como uma forma de tentar superar as concepções individualistas que tomavam o direito subjetivo como poder absoluto da vontade e expressão maior da liberdade individual.<sup>784</sup>

---

<sup>783</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.113-114.

<sup>784</sup> Assim o foi, conquanto costume-se registrar que os seus antecedentes imediatos estejam na construção dos atos emulativos do direito medieval, encontrando-se, também, alguns vestígios no direito romano. A respeito: MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.671-676; CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na Perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.367.



Baseados, ainda, nos postulados da ciência jurídica daquele século, alguns indivíduos valiam-se dos dispositivos normativos que lhes eram favoráveis com o fim de praticar condutas cuja única finalidade era o de causar danos a terceiros. Foi, então, premida pela necessidade de dar alguma construção doutrinária que servisse de subsídio teórico às decisões judiciais que reprimiam tais atos, que a doutrina francesa elaborou a teoria do abuso de direito.

Apesar da anterior existência desses primeiros ensaios teóricos, foi apenas em 1912, com o julgamento do caso *Clement Bayard* pela Corte de Amiens, que a teoria do abuso do direito se tornou amplamente conhecida e discutida. Segundo consta, o proprietário de um determinado terreno, que se localizava vizinho a um campo de pouso de dirigíveis, resolveu construir, sem qualquer justificativa aparente, torres gigantescas com lanças de ferro instaladas no vértice, colocando em risco as aeronaves que pousavam perto dali. A corte reconheceu que, assim o fazendo, o proprietário estava utilizando de seu direito de propriedade de maneira anormal.<sup>785</sup>

A partir do início do século XX, então, um célebre embate doutrinário se estabeleceu na tentativa de demonstrar as incoerências das primeiras formulações dessa teoria. Deste embate, várias teses surgiram na tentativa de formulação do conceito jurídico de abuso, algumas na tentativa de negá-lo, outros na tentativa de dar-lhe um sentido técnico mais apurado.

O presente tópico servirá à exposição de algumas destas teses, que divergem entre si, basicamente, em três pontos: a) a relação entre o ato abusivo e o direito subjetivo; b) a relação entre ao ato-abusivo e o direito objetivo; e c) a natureza da sanção ao ato abusivo.<sup>786</sup>

A maioria dos autores, que se dedica ao estudo do abuso do direito, parte de duas perspectivas: a primeira dedicada ao aspecto da sua admissibilidade e inadmissibilidade; sendo que, uma vez resolvida a primeira questão em sentido afirmativo, surge a segunda perspectiva, consistente em estabelecer qual o critério – ou critérios – aptos a individualizar as hipóteses de abuso.

Ocorre que, por prenderem-se à consideração de critérios subjetivos ou objetivos, ou de perfil simultaneamente psicológico e funcional, acabam por tratar sem muito rigor do conceito científico de abuso e sua autonomia perante figuras afins, assim como das implicações que esta mesma autonomia traz, em especial, para o estudo da teoria da responsabilidade civil, por

---

<sup>785</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na Perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.367-368; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.121.

<sup>786</sup> A sistematização aqui adotada é atribuída à Eduardo Ferreira Jordão. Cf.: JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.65.

via da exata compreensão da antijuridicidade, da contrariedade ao direito e das suas diversas consequências.<sup>787</sup>

O desafio desta pesquisa será fugir desse figurino tradicional, para o fim de tentar demonstrar a contribuição que cada uma das teorias traz para a compreensão contemporânea do instituto, demonstrando, ademais, a sua autonomia em relação ao instituto da responsabilidade civil, ainda que se reconheça o seu papel de relevo na atuação como uma hipótese de imputação de dever de reparar danos.

#### 4.2.1.1 A concepção original de abuso de direito e as objeções existentes

Os primeiros trabalhos a respeito do abuso de direito, surgidos na França do final do século XIX, não chegavam a desenvolver uma teoria cientificamente consistente e sólida, o que mereceu severas críticas de Marcel Planiol.

Deve-se ao citado autor as primeiras críticas à incipiente concepção de abuso de direito. Segundo ele, a própria ideia de abuso de direito era inconsistente, fundada que estava em expressão que carrega em si termos inconciliáveis (“abuso” e “direito”), resumindo-se, portanto, numa verdadeira *contradictio in adjecto*. Segundo suas palavras, mostrava-se logicamente impossível exercer irregularmente um direito: ou bem se o exercia da forma que a ordem jurídica facultava, ou já não se estaria a fazer qualquer uso de direito.<sup>788</sup>

Tornou-se célebre a expressão de Planiol: “Le droit cesse où l’abus commence” (ou o direito termina onde começa o abuso), sendo ele costumeiramente colocado entre os que se recusam a admitir a teoria do abuso do direito, fato que lhe rendeu muitas críticas pela sua posição “individualista” e “alheia à realidade social.”<sup>789-790</sup>

---

<sup>787</sup> Estas preocupações são compartilhadas por Fernando Augusto Cunha de Sá. A propósito, conferir: CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997, p.285-286.

<sup>788</sup> RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2.ed. Campinas: Booksellers, 2009, p.170-171.

<sup>789</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de direito privado: direito das obrigações**. Tomo 53. Rio de Janeiro, Borsó, 1966, p.70.

<sup>790</sup> Fernando Augusto Cunha de Sá chama a atenção para o fato de que o Planiol apressava-se em acrescentar à sua crítica a afirmação de que negar o uso abusivo dos direitos não é tentar fazer passar por permitidos os atos danosos reprimidos pela jurisprudência, “é somente fazer a observação de que todo o acto abusivo, só porque é ilícito, não é o exercício de um direito, e que o abuso do direito não constitui uma categoria jurídica distinta do acto ilícito”. Assim, Planiol não negava a necessidade de se reprimir os denominados “atos abusivos”, apenas fazia uma crítica ao nome que a doutrina e a jurisprudência vinham dando aos atos que eram reprimidos sob a rubrica de “abuso de direito”, sendo, assim, na sua opinião, mais apropriada a utilização da expressão “ilícito”.

Louis Josserand, por exemplo, desferiu severas críticas à obra de Marcel Planiol, afirmando que ele havia feito confusão entre as expressões *direito subjetivo* e *direito objetivo*, pois um ato conforme ao direito subjetivo poderia estar em desconformidade com o direito objetivo. O ato é abusivo ainda quando seja exercitado dentro dos seus limites, mas atente contra o direito objetivo visto no seu todo, enquanto juridicidade, ou seja, enquanto corpo de regras obrigatórias.<sup>791</sup>

Portanto, segundo essa concepção, os atos abusivos são conformes ao direito subjetivo, já que é exercitado dentro dos seus limites. Contudo, mostram-se contrários ao direito objetivo no seu todo, daí, então, seguindo-se a sanção.

Como se observa, essa concepção de abuso de direito não tem sustentabilidade. De fato, a contra-argumentação de Josserand repousa, ainda, ela própria, na oposição entre o direito subjetivo e o direito objetivo. Isto leva, inexoravelmente, à dificuldade de se saber, afinal, como pode um mesmo ato ser simultaneamente conforme ao direito subjetivo e desconforme ao direito objetivo, já que aquele não é outra coisa senão determinação deste último.<sup>792</sup>

#### 4.2.1.2 A tese do conflito de direitos (ou dano anormal)

A tese foi inicialmente exposta por Desserteaux, em 1906, e concebia o abuso de direito como a lesão a outro direito igualmente respeitável e que, portanto, merecia ser denominada de conflito de direitos. O cerne da questão é: quem exercita um direito seu, deve cuidar para não causar danos ou violar direitos alheios, pois, caso isto ocorresse, haver-se-ia de fazer uma ponderação a respeito de qual dos dois direitos (o exercido ou o violado) teria maior relevância social.<sup>793</sup>

Essa é a posição que foi admitida por Savatier, para quem o abuso de direito consistiria num dano anormal. Ou seja, haveria um limite dentro do qual se poderia dizer haver um direito de prejudicar. Assim, a necessidade do titular legitimaria a causação do dano, de sorte que apenas exerceria abusivamente um direito o sujeito que ultrapassasse aquele limite. Para

---

(CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997, p.285-286). No mesmo sentido: JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.66-67.

<sup>791</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Op.cit.*, 1997, p.325; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Op.cit.*, 2006, p.68-69.

<sup>792</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Op.cit.*, 1997, p.325-326.

<sup>793</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Op.cit.*, 2006, p.71-72.

Savatier, saber se o ato é abusivo passa, a um só tempo, pela análise da força do “direito de prejudicar” concedido pela lei e da intensidade da culpa que se pretende proteger sob esse direito.<sup>794-795</sup>

Note-se que, para essa concepção, o ato abusivo se encontra em conformidade tanto com o direito subjetivo, quanto com o direito objetivo, voltando-se o foco da questão para a sanção ao ato abusivo como resultado violação de um direito de outrem, preferencialmente protegido.<sup>796</sup>

Apesar de ser bem mais aprimorada que a anterior, costuma ser muito criticada por atribuir ao magistrado um poder legitimador *ad hoc* de um direito subjetivo, cuja existência não dependeria só de um reconhecimento legal, mas também de um certificado de relevância social, quando, a rigor, este já parecia estar implícito naquele.<sup>797</sup>

Ademais disto, incorre-se no equívoco de incluir o dano como pressuposto do ilícito (no caso, do abuso), excluindo-se a existência de hipóteses de abuso não causador de danos.<sup>798-799</sup>

Por último, esta concepção se distanciaria das origens da teoria do abuso do direito, na medida em que reduz a questão a um problema de colisão de direitos, negligenciando a respeito da sua essência, apreciável a partir da sua origem, qual seja: a repulsa do ato abusivo não reside tanto no resultado do dano por ele causado, mas na violação do direito alheio.<sup>800</sup>

---

<sup>794</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997, p.352-353; DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.583.

<sup>795</sup> No Brasil, a tese parece ter influenciado o pensamento de José de Aguiar Dias e Pontes de Miranda, dentre outros. Conferir: MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de direito privado: direito das obrigações**. 3.ed. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsóí, 1984, p.63, 64, 67 e 68; A propósito, José de Aguiar Dias pontua que: “o fato da ofensa ao direito alheio tinha de ser uma consequência da colisão de direitos, porque, mesmo em Roma, já havia em essência, melhor em germe, o princípio democrático da igualdade de direitos, que a Revolução Francesa definiu e consagrou como fundamental. Ora, para não ofender, quando exercia o seu direito, era preciso que o titular o exercesse dentro dos limites em que deve permanecer – sempre sucede assim nas sociedades juridicamente organizadas – para não atingir o direito alheio, além da medida por este juridicamente suportável. Não o mero direito objetivo, mas o direito que o outro indivíduo, por sua vez, poderia exercitar. Estabelecida, em suma, a colisão de direitos, apresenta-se o problema: qual o direito preferencialmente protegido? Dada a resposta, fica certo que, em face de um direito preferencialmente assegurado, não é possível exercer, em hipótese o direito que se tem em tese.” (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.577-580).

<sup>796</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.73.

<sup>797</sup> ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de derecho civil**. Tomo I. Parte General II. Trad. espanhola de Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1950, p.543-546.

<sup>798</sup> MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p.180.

<sup>799</sup> Conferir, a respeito, as considerações feitas no Capítulo 1, item 1.1.

<sup>800</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Op.cit.*, 1997, p.354-356.

#### 4.2.1.3 As teses de inexistência de fundamentos jurídico-dogmáticos

Segundo esta concepção, não haveria um fundamento jurídico-dogmático para a repressão ao abuso de direito, que teria a natureza metajurídica. Entre os que defendem esta posição, encontram-se o italiano Mário Rotondi, o francês Gerges Ripert, além do brasileiro Pedro Baptista Martins.

Para Mário Rotondi, por exemplo, a repressão ao abuso do direito se justifica por fatores estranhos ao mundo do direito, contexto, inclusive, no qual aquele também não se encontra. Para o citado autor, o abuso seria um fenômeno social e não um conceito jurídico. Seria um daqueles fenômenos que o direito jamais poderá disciplinar em todas as suas formas de manifestação, que são imprevisíveis (tais como um estado de ânimo, uma dada avaliação ética de um período de transição etc.). O abuso funcionaria, assim, como uma espécie de “antecâmara” ou “bandeira de vanguarda das transformações do direito posto.”<sup>801</sup>

Já em Georges Ripert associa o abuso de direito à “regra moral.” Isto significa que o uso do direito se tornaria abusivo quando fosse contrário ou ofensivo à moralidade. Assim, além de gerar um mal a alguém – o que, por si só, não se mostra suficiente –, é preciso ser reprovável a título de falta moral, por violação aos deveres morais de justiça, equidade e humanidade.<sup>802</sup>

No Brasil, Pedro Batista Martins afirma que o abuso de direito não chega a se constituir numa categoria jurídica, sendo antes um fenômeno social, em posição muito próxima à de Mário Rotondi.<sup>803</sup>

Segundo tais concepções, o ato abusivo é praticado em conformidade ao direito subjetivo e ao direito objetivo. A sanção e a repressão ao ato abusivo, por sua vez, dizem respeito apenas à moral ou ao social e decorrem da sua dissonância com as regras morais ou com aquilo que preconiza a consciência da comunidade.

Essas teorias costumam ser muito criticadas por não responderem à questão principal relativa ao fundamento jurídico-dogmático da repressão ao abuso de direito. Note-se que, segundo os cultores dessas correntes, o ordenamento jurídico, não apenas é incapaz de prover sanções

---

<sup>801</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.78-79.

<sup>802</sup> RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2.ed. Campinas: Booksellers, 2009, p.176.

<sup>803</sup> MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p.203.

para os atos abusivos, como também os permite.<sup>804</sup>

De todo o modo, elas têm o grande mérito de contrapor o direito legal à moralidade, trazendo a lume elementos que costumam ser desprezados, arejando e humanizando o discurso jurídico a respeito do abuso de direito.

#### 4.2.1.4 A tese do abuso como violação à função social do direito subjetivo

Até aqui, foram apresentadas as teses que tinham a pretensão de fundamentar a sua repressão ou na violação à ordem objetiva, ou a outros direitos subjetivos, ou, eventualmente, a uma ordem normativa metajurídica.

A partir de então, serão expostas as teses que identificaram o abuso do direito na violação a um elemento ou uma característica inerente ao próprio direito subjetivo, a partir de quando elas começam a ganhar uma maior precisão científica.

Nesse sentido, é a tese do abuso de direito como violação à função social do direito subjetivo. Teve como principal defensor o francês Louis Josserand, que sustentava haver uma função social para cada direito subjetivo. Assim, o abuso dar-se-á sempre que determinada conduta, a despeito de estar formalmente garantida por um preceito normativo que estabelece um direito subjetivo, viole a sua finalidade social.<sup>805</sup> O abuso do direito constitui-se, portanto, numa conduta antissocial.

Segundo Fernando Augusto Cunha de Sá, a concretização desse critério acaba sendo feita pela aferição do motivo legítimo do ato, o que requer uma confrontação entre a motivação individual com a “missão social” do direito exercido.

O motivo legítimo – verdadeira pedra angular do abuso de direito – é retirado, muitas vezes, do estado de espírito ou intenção com que o titular exerce o direito, outras vezes, entretanto, das condições técnicas em que o direito foi exercido e da missão social que lhe foi atribuída, variando, assim, não apenas de um ordenamento para outro, como também, de uma época para outra, segundo a transformação dos costumes imperantes em certa comunidade.<sup>806</sup>

Essa concepção de abuso de direito termina por transformar os direitos subjetivos em direito-

---

<sup>804</sup> A propósito, conferir JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.81-84.

<sup>805</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997, p.408-411.

<sup>806</sup> *Ibidem*, p.412-413.

deveres, visto que, na própria estruturação do conteúdo do direito, há uma função imposta ao seu titular, apresentando, assim, um forte apelo socializante. Ademais, tem o mérito de apresentar a necessária confrontação entre o elemento pessoal (subjeto) com a função do fim do direito em jogo (elemento social ou objetivo).

Por isso mesmo, trata-se de tese amplamente aceita e consagrada em muitos ordenamentos como fundamento – ou, pelo menos, como um dos fundamentos – da repressão ao abuso do direito, inclusive o ordenamento jurídico brasileiro.<sup>807</sup>

Todavia, a tese não estaria isenta de críticas, na medida em que dizer que os direitos possuem uma função social seria falar o óbvio. Com efeito, os direitos não existem por si sós e se destinam à realização de interesses humanos no seio da sociedade. O difícil seria concluir em que medida esta função seja especificamente um dever de agir em prol da sociedade e não individualmente, sendo, assim, para muitos, um argumento insuficiente para justificar, pelo menos em todos os casos, o porquê de se reprimir os abusos numa sociedade liberal.<sup>808</sup>

E, ainda, mesmo entre aqueles menos liberais, admite-se a dificuldade de se detectar qual o elemento jurídico que poderia servir, com segurança, como parâmetro de avaliação dos motivos legítimos da atuação do titular do direito.<sup>809</sup>

#### 4.2.1.5 A tese dos limites externos e internos de um direito subjetivo

A tese dos limites externos e internos do direito subjetivo, defendida por Jacques Ghestin, também se volta à compreensão do abuso de direito como um problema de contradição interna, na estrutura do próprio direito subjetivo.

Nas palavras de Eduardo Ferreira Jordão,<sup>810</sup> trata-se de conceber o direito subjetivo, graficamente, como um círculo cujas paredes externas equivaleriam a delimitações impostas, tanto pelo próprio dispositivo que o estatui, como por outros que explicitamente o conformam. Além deste círculo externo, o direito positivo estabelecerá outro círculo interno ao principal, correspondente aos atos atentatórios da boa-fé ou dos costumes, por exemplo.

---

<sup>807</sup> Felipe Peixoto Braga Netto se refere aos ilícitos funcionais. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.116-123.

<sup>808</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.86-89.

<sup>809</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.120.

<sup>810</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Op.cit.*, 2006, p.91.

Assim, uma conduta que esteja no interior do círculo principal, mas fora do círculo menor é uma conduta lícita. Contudo, a conduta que esteja no âmbito dos dois círculos seria uma conduta abusiva.

O exemplo lembrado por Eduardo Ferreira Jordão ajudará a entender melhor. Se um sujeito resolve construir uma chaminé no seu terreno para proveito próprio, o exercício do seu direito se situaria dentro do círculo maior, mas fora o círculo menor, portanto, a sua conduta seria lícita. Se, ao invés disto, ele resolvesse construir usurpando o terreno do seu vizinho, estaria ele fora do círculo maior e, portanto, agindo sem direito (i.e., de maneira ilícita). Se o proprietário, entretanto, resolver elevá-la para além da altura necessária, apenas para prejudicar o seu vizinho, ele sai do seu direito, a despeito de não ultrapassar os seus limites externos. Nestes termos, o exercício do direito estaria dentro de ambos os círculos, ou seja, estaria “dentro do direito”, visto que se adéqua à previsão normativa de uso da propriedade, mas contrária à boa-fé, em razão do que se trata de um ato sem direito.

Apesar da sua dimensão didática, critica-se a tese sob o fundamento de que ela carrega em si certa herança exegética, na medida em que supõe que o direito subjetivo nasce de um direito normativo permissivo, que lhe confere os limites externos, porém outros dispositivos lhe conferem limitações posteriormente. Daí porque a construção ter duas espécies de limites: uma para delimitar o direito subjetivo, outra para excluir algumas prerrogativas que estavam, a priori, nele incluídas.<sup>811</sup>

#### 4.2.1.6 A tese do abuso de direito como violação ao valor imanente a um direito subjetivo

Por fim, é imprescindível citar a tese que vê no abuso a violação a determinado valor imanente a um determinado direito subjetivo.

Segundo Castanheira Neves, a teoria do abuso de direito termina sendo uma manifestação do pensamento jurídico contemporâneo (de natureza axiológico-normativa), na tentativa de superação do racionalismo positivista (lógico-dedutivista). Segundo o citado autor, o ato abusivo seria aquele que tenha aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal definidora de direito a que ele se refira –, mas viola ou não cumpre a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado. Nestes casos, em que

---

<sup>811</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.93.



o comportamento realizado se dirá exercício de um direito, é o que juridicamente se deverá entender por exercício abusivo de direito.”<sup>812</sup>

Fernando Augusto Cunha de Sá também se filia a esta concepção, ao sustentar que integra o conteúdo do direito subjetivo o valor que se pretendeu defender quando da sua consagração jurídica. Segundo o citado autor, o comportamento “preenche na sua materialidade, *in actu*, a forma do direito subjectivo que se pretende exercer, mas, do mesmo passo, releva-se contra o sentido normativo interno de tal direito, isto é, contra o valor que lhe serve de fundamento jurídico.”<sup>813</sup>

Como se percebe, da exposição sumária das ideias dos citados autores, ambos distinguem entre o ilícito formal e o ilícito material, do qual o abuso de direito seria um exemplo. O fundamento axiológico do direito subjetivo serve como um limite preciso – embora não tanto quanto o da sua estrutura formal – para divisar os comportamentos lícitos dos atos abusivos.

A crítica que se costuma fazer é que se revela tão trabalhosa, quanto imprecisa, a definição dos valores relativos a cada uma das prerrogativas jurídicas. Nesse sentido, dir-se-ia que a aceitação desta tese traria como consequências uma das duas alternativas: “ou se admite que não é possível abusar das prerrogativas que não estejam expressamente consagradas (as denominadas ‘liberdades’), ou será necessário proceder-se a um inexorável sofisma para identificar um valor tal que teria determinado a não proibição daquela conduta.”<sup>814</sup>

#### 4.2.2 O Abuso de direito e o Código Civil de 2002

O art. 187 do Código Civil de 2002 consagra expressamente a teoria do abuso de direito, ainda que não tenha sido exposto quanto a isto. A sua redação, quase idêntica ao seu congêneres português,<sup>815</sup> acolhe as principais concepções de abuso de direito acima expostas, de sorte a impor limites éticos ao exercício de direitos subjetivos ou quaisquer outras

---

<sup>812</sup> NEVES, Antonio Castanheira. **Questão-de-facto – questão-de-direito: ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967, p.513 e 524.

<sup>813</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997, p.466.

<sup>814</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.98.

<sup>815</sup> Código Civil português de 1966: “Art. 334 – É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

prerrogativas individuais.<sup>816</sup>

Heloísa Carpena afirma que o modelo adotado, a um só tempo, põe em destaque o critério do “motivo legítimo” para fins de identificação do comportamento abusivo, noção que se obtém a partir de condições objetivas nas quais o direito foi exercitado, “cotejando-os com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e com a consciência jurídica dominante, expressa no conceito de bons costumes.”<sup>817</sup>

Diz-se, então, que o grande mérito do art. 187 do Código Civil de 2002 é realçar que o critério do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito da sua finalidade ou função social.<sup>818</sup>

Heloísa Carpena,<sup>819</sup> entretanto, lança críticas ao Código de 2002 por ter concebido o abuso de direito como uma espécie de ilícito, adotando, com isto, uma “visão anacrônica”, na medida em que acaba por obscurecer os contornos da sua disciplina e caminhar na direção da responsabilidade civil subjetiva, na qual a culpa aparece quase como um elemento indissociável do ilícito.

Em sentido semelhante, Inácio de Carvalho Neto correlaciona o ilícito à ideia de culpa, para, ao final, refutar a categoria de ato abusivo como espécie de ato ilícito, considerando que as questões envolvendo o abuso transcendem “um mero problema de responsabilidade civil.”<sup>820</sup>

Eduardo Ferreira Jordão<sup>821</sup> discorda dessa doutrina, ponderando que parte de uma concepção equivocada de ilícito (que teria como um de seus pressupostos a culpa), na medida em que desconsidera a correta concepção de ato ilícito como sendo toda aquela conduta que não encontra guarida em dado sistema jurídico, seja por frustrar um dever, seja por ir de encontro ao valor nele fundado.

Heloísa Carpena<sup>822</sup> segue criticando o legislador pelo uso da expressão “manifestamente”, ao se referir aos limites impostos pelo direito. Isto porque, no seu sentir, ela seria ambígua e geraria dúvidas quanto ao seu verdadeiro alcance; afinal: seria o excesso desproporcional

---

<sup>816</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na Perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.381.

<sup>817</sup> *Ibidem*, p.382.

<sup>818</sup> Nesse sentido ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.122..

<sup>819</sup> CARPENA, Heloísa. *Op.cit.*, 2002, p.382-383.

<sup>820</sup> CARVALHO NETO, Inácio. **Abuso de direito**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2005, p.162.

<sup>821</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.101.

<sup>822</sup> CARPENA, Heloísa. *Op.cit.*, 2002, p.383.

(extensão) ou o excesso facilmente notado (evidência) que caracterizaria o abuso? A resposta, em ambos os casos, haveria de ser negativa, visto que se mostra suficiente à caracterização do abuso a simples inobservância dos limites axiológico-normativos. Conclui, portanto, que a expressão é desnecessária.

Ao comentar a redação do art. 334º do Código Civil português (congênere do art. 187 do Código Civil brasileiro), Fernando Augusto da Cunha Sá<sup>823</sup> não parece ver aí um ponto negativo, pois reconhece que não será qualquer excesso a esses limites que caracterizará o abuso, “mas somente o excesso que seja manifesto.”

O artigo 187 é, ainda, criticado por referir que o titular abusará de um direito quando “exercê-lo”, o que levaria à conclusão, equivocada, de que o abuso não poderia se dar por omissão.<sup>824</sup> Apesar desta referência, Cunha de Sá lembra que há uma longa tradição doutrinária e jurisprudencial em torno do tema do abuso, que permite concluir que o verbo “exercer” deve ser tomado tanto no sentido de uma ação, quanto de uma conduta omissiva.<sup>825</sup>

Por fim, uma das ressalvas mais importantes quando se trata do abuso é ter em conta que a expressão “direito”, disposta no enunciado da cláusula geral do art. 187, não se limita ao uso de determinado direito subjetivo – como às vezes se pensa –, estendendo-se também a outras situações subjetivas, como as liberdades, as faculdades, os direitos potestativos ou outras manifestações de poder.<sup>826</sup>

A respeito dos direitos subjetivos, Luigi Ferri<sup>827</sup> aponta a sua forte conexão com a liberdade, como manifestações do poder de autodeterminação dos particulares. Assim, o direito subjetivo, enquanto poder de agir e de exigir de outrem determinado comportamento, estará sempre referido a posições de liberdade reconhecidas às pessoas, que, por via de consequência, transformam-se em garantias do ordenamento, independentemente da concepção que se adote para o instituto.

A respeito dos diversos sentidos da expressão, todas elas reconduzidas a posições de liberdade

---

<sup>823</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997, p.104.

<sup>824</sup> CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na Perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.383.

<sup>825</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Op.cit.*, 1997, p.104.

<sup>826</sup> Mário Julio de Almeida Costa, ao se referir ao art. 334 do Código Civil Português (cuja redação é quase idêntica ao do art. 187 do Código Civil de 2002): cabe entender que a palavra “direito” é utilizada em um sentido bem amplo, para abranger, não só os autênticos direitos subjetivos, mas também outras situações que impliquem poderes, liberdades e faculdades, incluindo também os denominados direitos potestativos. (COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.75).

<sup>827</sup> FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Traducción e notas de derecho español Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001, p.244-247.

concedidas às pessoas, mas abertas a intersubjetivações em espaços sociais antes jamais imagináveis, vale citar a referência de Menezes de Cordeiro:

Esta generalização do direito subjectivo tem conotações diferentes das liberais-oitocentistas: transcende à propriedade, alargando-se os sectores, ditos sociais, de jussubjectivação antes inimaginável. No essencial, contudo, algo se mantém: formalmente, os direitos subjectivos da atualidade são posições de liberdade, concedidas ou, melhor, reconhecidas às pessoas;<sup>828</sup>

Não se encontram entre os objetivos da presente pesquisa delimitar o atual sentido de direito subjetivo, tampouco avançar sobre as teorias modernas que buscavam ora sua essência no domínio da vontade – como pretendiam Savigny e Windscheid – ou no interesse juridicamente protegido – Ihering. Tampouco se busca falar sobre eventuais rupturas ou insuficiências do conceito de direito subjetivo. A sua utilização tem, antes, um caráter tópico, na medida em que reconduzem o leitor a diversas situações, difíceis de serem trazidas a um denominador comum, mas todas elas ligadas a uma manifestação de liberdade e de poder.<sup>829</sup>

A grande questão, então, passa a ser outra: o estabelecimento de critérios para se mensurar o que é permitido ou proibido em termos de exercício admissível de determinada posição jurídica.

A propósito, muito embora o art. 187 do Código Civil de 2002, sob o ponto de vista obrigacional, albergue uma cláusula geral bem rica, a doutrina costuma criticar o legislador por ter reunido, em um só dispositivo, quatro princípios éticos que ordenam o sistema (o abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes).<sup>830</sup>

Também não se encontram entre os objetivos da presente pesquisa fazer uma análise crítica exaustiva do dispositivo citado, em especial no que respeita às diversas concepções teóricas de abuso de direito adotadas. Visa-se, apenas, perscrutar as funções do princípio da boa-fé

---

<sup>828</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.669.

<sup>829</sup> Para quem tiver maior interesse sobre o assunto, convida-se à leitura das seguintes obras: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.145-146; AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2010, p.21-35.

<sup>830</sup> Ruy Rosado de Aguiar afirma que bastava ter feito a referência à ordem pública e já estaria contemplando todos eles (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Projeto do Código Civil. As obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, Ano 89, v.775, maio de 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.23). Nelson Rosenthal, após explicar cada um dos princípios éticos, conclui que o verdadeiro critério do abuso do direito no campo obrigacional, de fato, parece estar localizado no princípio da boa-fé (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.130-131). Teresa Negreiros, de sua feita, assevera que boa-fé e abuso de direito mantêm uma relação de complementariedade recíproca (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato. Novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.141). Já José de Oliveira Ascensão entende que “nada se ganha com amalgamar figuras tão diferentes, a que correspondem pressupostos e regimes jurídicos diferentes.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 28 (out./dez. 2006). Rio de Janeiro: Padma, 2002, p.89).

como criadora de limites internos ao exercício de direitos subjetivos. Para tanto, adota-se o consenso doutrinário de que, pelo menos no campo obrigacional, os limites ao exercício dos direitos se encontram apoiados no princípio da boa-fé, considerando, inclusive, que, em todos os atos apontados como abusivos, vislumbra-se a violação a um dos deveres dela decorrentes, tais como agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança esperados.<sup>831</sup>

Nelson Rosenvald, a propósito, lembra que cada pessoa exercita os seus direitos nos limites fixados pelo próprio direito (denominados limites internos) ou por disposições formalmente estabelecidas para a proteção de terceiros, ou, ainda, naqueles limites originados da colisão entre direitos (denominados limites externos). O princípio da boa-fé objetiva se opera justamente no âmbito dos denominados limites internos do próprio direito, cuja contrariedade justifica a aplicação da teoria do abuso de direito.<sup>832</sup>

De fato, na figura do abuso de direito não há a violação formal da norma, antes o sujeito a cumpre. Como visto em passagem anterior, o abuso do direito é constatado no instante da violação do elemento axiológico da norma, ou seja, pela desconformidade entre o comportamento comissivo ou omissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito.

Diante do quanto exposto até aqui, concorda-se com Nelson Rosenvald quando afirma que o controle dos direitos subjetivos, por meio da análise dos seus limites internos, “é algo que envolve uma correlação entre os princípios da autonomia privada e da solidariedade, esta última percebida mais nitidamente na lesão à boa-fé como fundamento para o abuso do direito”.<sup>833</sup>

#### **4.2.3 Critérios identificadores do abuso de direito: posição adotada**

Diante da celeuma que se instalou na doutrina brasileira com relação à natureza do abuso de direito, em especial a partir da edição do art. 187 do Código Civil de 2002, parece importante fixar a nossa posição a respeito, particularmente porque a construção do conceito de ilicitude

---

<sup>831</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.454; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato. Novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.141; NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.173; ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.131; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p.249-250.

<sup>832</sup> ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2005, p.171.

<sup>833</sup> *Ibidem*, p.127.

é essencial para a teoria da responsabilidade civil.

Portanto, antes é preciso compreender – ou lembrar – o conceito de ilicitude, assim como de suas espécies.

Segundo premissas já fincadas no início do presente trabalho, temos que as normas de conduta desenvolvem não só função prescritiva propriamente dita, mas também função valorativa. Disso decorre como possível a adoção da concepção de ilicitude tanto num sentido objetivo, quanto num sentido subjetivo.<sup>834</sup>

Na concepção objetiva da ilicitude, tem-se em mira a conduta em sua materialidade, tal como se exterioriza, apresentando-se como uma desconformidade aos preceitos ou valores protegidos pelo sistema. O juízo de valor que se faz é a respeito da vantagem ou da nocividade que certa conduta traz para toda a sociedade.

Na concepção subjetivista, diversamente, importa a análise e a emissão de um juízo de valor acerca da conduta em si, que pressupõe que ela seja praticada de maneira consciente e livre, violadora de um dever estatuído. Constitui-se, portanto, num juízo de natureza ético-jurídica a respeito do comportamento do sujeito.

A definição de Cunha de Sá a respeito da ilicitude caminha neste sentido e, muito embora tenha sido elaborada a propósito do ordenamento jurídico português, ela é bastante precisa e nos serve, até porque o Código Civil português de 1966 e o Código Civil brasileiro de 2002 contemplam cláusulas gerais de ilicitude muito parecidas. Segundo o referido autor o ilícito é “o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de acção ou omissão, como reflexo do juízo de valor contido na norma e, por aí, o oposto do comportamento normativamente qualificado como obrigatório relativamente a uma certa situação concreta.”<sup>835</sup>

Foi afirmado, também, que, no sistema jurídico brasileiro, a ilicitude não apenas prescinde da análise da culpa, como também não tem por pressuposto a ocorrência de qualquer dano, visto que existem espécies outras de ilicitude que extrapolam o campo de investigação teórica da responsabilidade civil (além da espécie indenizativa, há ilícitos caducificantes, invalidantes e autorizativos).<sup>836</sup>

É preciso, pois, proceder a uma clivagem do conceito de ilícito, desgarrando-se de concepções

---

<sup>834</sup> A respeito do assunto, conferir Capítulo 1, item 1.1.1. Saliente-se, ainda, parecer ser possível a correlação entre ilicitude objetiva e a ilicitude material, bem como entre a ilicitude subjetiva e a ilicitude formal.

<sup>835</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997, p.499.

<sup>836</sup> A respeito do assunto, conferir Capítulo 1, item 1.1.2. e 1.1.3.

ainda arraigadas em premissas ultrapassadas e não mais condizentes com o atual estágio da metodologia do direito.

Feita essa clivagem e, ademais, passadas em revista as principais teorias explicativas do abuso de direito, impõe-se firmar uma posição a respeito da sua natureza, assim como das razões que justificam a sua repressão, pelo menos no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao que parece, a melhor resposta está entre aqueles que compreendem a necessidade de analisar-se o direito subjetivo como sendo resultante da síntese entre a sua estrutura formal e o seu fundamento axiológico.

A esse respeito, precisas as palavras de Fernando Alberto Cunha de Sá<sup>837</sup> quando afirma que o comportamento de determinado titular de direito subjetivo pode reconduzir-se a uma das três situações: a) tal conduta adéqua-se tanto à estrutura do direito subjetivo exercido, isto é, à sua forma, quanto ao valor normativo que lhe é imanente; ou b) a conduta do titular do direito está, de logo, em si mesma, contrária ou desconforme à própria estrutura jurídico-formal do direito em causa; ou, ainda, c) a conduta preenche, na sua materialidade, a forma do direito subjetivo que se pretende exercitar, porém, ao mesmo tempo, rebela-se contra o sentido que lhe serve de fundamento jurídico.

No primeiro caso, pode-se falar com inteira correção em exercício de direito, visto que restou preenchida a estrutura formal do direito e se respeita o valor que lhe serve de fundamento. O campo, portanto, é o da licitude e do exercício regular de direito.

Na segunda situação, a conduta do titular do direito opõe-se à própria estrutura do direito subjetivo, ultrapassando os limites formais de tal direito. Desta forma, atua com excesso, ou falta, ou carência de direito, ou seja, o comportamento do sujeito é formalmente tido por inadmissível e não há sequer aparência de direito. É a típica hipótese de ilicitude formal.

Na última hipótese, tem-se a situação em que a conduta do sujeito, conquanto preencha a estrutura formal do direito subjetivo, viola ou não atende ao seu fundamento axiológico-normativo. Constitui-se, pois, o abuso de direito, ou seja, é a situação típica da ilicitude material, para qual não importa o atendimento dos preceitos formais, mas o seu fundamento axiológico. Segundo Cunha de Sá,<sup>838</sup>

aparentemente, no plano da forma, o titular actua no seu direito, move-se dentro dele, mas, na realidade, comportamento e direito opõem-se pelo concreto sentido que um e outro possuem diferentemente. A aparência estrutural do direito não é integrada pela sua intenção normativa; a forma está presente, mas o seu preciso

---

<sup>837</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997, p.465-466.

<sup>838</sup> *Ibidem*, p.467.

valor está ausente, a realidade finge o direito: o comportamento do titular viola, no seu íntimo sentido, os limites materiais que para a qualificação jurídica do permitido em termos de direito subjectivo resultam do seu fundamento axiológico. E tão pouco se pode falar aí de exercício de um direito, pois que, à face deste mesmo fundamento, é ilegítimo o comportamento concreto do titular.

Diante das premissas até aqui alinhadas, não parece haver qualquer problema em se conceber como justificativa para a repressão do abuso de direito, o fato de ser este um ato desconforme ao direito e, portanto, ilícito.

Não se vê, ademais, uma razão científica para se elevá-la a uma categoria autônoma,<sup>839</sup> dentro da teoria do direito: trata-se indubitavelmente de ilícito. Apenas que a verificação da sua ilicitude é objetiva, ou seja, decorre de um juízo de valor que se prospecta a respeito da nocividade que certa conduta apresenta para toda a sociedade, ainda quando exercitada dentro dos limites formais do direito que lhe serve de fundamento.<sup>840</sup>

Portanto, para configurar o abuso de direito, assim como para justificar a sua repressão, não há razões que imponham relacioná-lo com elementos tais como: danos anormais, estado de ânimo do sujeito, regras morais ou outras questões de natureza psicológica, pois que inexoravelmente remeteriam à análise de elementos estranhos ao tipo.

Por via de consequência, pode-se dizer que o suporte fático do ato ilícito previsto na cláusula geral do art. 187 do Código Civil de 2002 não inclui, entre os seus elementos de conformação, a presença de circunstâncias fáticas de natureza psicológica, representativas do estado de animo do sujeito, como, por exemplo, ocorreria se fosse exigida a comprovação do dolo direto, do dolo eventual ou da culpa consciente.<sup>841</sup>

A análise objetiva entre a conduta materialmente exercida – ainda que dentro dos limites das estruturas formais do respectivo direito –, mas em descompasso com o seu fundamento axiológico-normativo é o que basta para configurar o abuso. A partir daí, o juiz preencherá a cláusula geral do artigo 187, atribuindo uma série de consequências jurídicas com vistas à repressão do ato ilícito, tais como se vê nos inúmeros julgados envolvendo controle das cláusulas contratuais abusivas, nas hipóteses de ações inibitórias envolvendo proteção aos

---

<sup>839</sup> Para Heloísa Carpena, o fato de produzirem os mesmos efeitos não iguala o ato ilícito e o abuso de direito. Quando muito se assemelham, persistindo, contudo, fundamental diferença, isto é, “quanto à necessidade expressa de previsão da conduta proibida sancionada.” (CARPENNA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na Perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.373). Aparentemente, comunga mesma opinião que a citada autora: CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997, p.109-110.

<sup>840</sup> No mesmo sentido, JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006, p.101.

<sup>841</sup> A respeito da distinção entre dolo direto, dolo eventual e culpa grave, ver a respeito Capítulo 1, item 1.2.3.



direitos da personalidade,<sup>842</sup> ou nas hipóteses de responsabilidade civil no âmbito de uma relação consumista (em que a responsabilidade civil é objetiva, consoante previsão legal expressa do arts. 12 e 14 da Lei nº. 8.078/91).

A lesão ao fundamento axiológico normativo do direito em nome do qual se pratica a conduta, a ser abstratamente apurada – isto é, independentemente de circunstâncias concretas e pessoais dos envolvidos –, é suficiente para a configuração da ilicitude. A razão é óbvia: pretende-se proteger ou salvaguardar uma garantia institucional,<sup>843</sup> antes mesmo de qualquer consideração a respeito dos interesses individuais dos que estão ali envolvidos.

#### 4.2.4 Categorias de exercícios abusivos de direito

Costuma-se apontar que, à proporção em que se desenvolvia o trabalho da jurisprudência alemã de tentar definir os termos em que a boa-fé objetiva exerce uma função de limite ao exercício de direitos, foram surgindo uma série de casos diversos, não raro associados a brocardos tradicionais romanistas, cujo propósito era tentar demonstrar que as decisões eram proferidas com base em um direito preexistente.

Foi com base nesse material, fornecido pela jurisprudência, que a doutrina passou a estabelecer relações de casos “típicos” ou “sintomáticos” de exercício ilegítimo de direitos, à luz da boa-fé, valendo citar o trabalho desenvolvido por Wieacker,<sup>844</sup> no que foi seguido por

---

<sup>842</sup> A propósito, é conhecido caso recentemente julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relativo a uma ação inibitória proposta contra uma grande empresa de mídia e provedora de site de informações, fundada na alegação de violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas célebres fotografadas e filmadas em posições amorosas em plena areia e mar espanhóis. A ação foi julgada procedente, a despeito dos argumentos das acionadas no sentido de que a filmagem dizia respeito à pessoa de alguma notoriedade e em local público. Segundo se assentou no julgado, não se tratava de analisar e decidir sobre se os acionados poderiam ou não divulgar os vídeos, tampouco a respeito da natureza das ações dos autores. Em seu voto, o relator do recurso fez questão de anunciar que, não se tratava apenas de preservar os direitos da personalidade dessa ou de qualquer outra pessoa, “notória ou simples, mas, sim, defesa de uma estrutura da sociedade, na medida em que a invasão de predicamentos íntimos constitui assunto que preocupa a todos, até porque a imprevisibilidade do destino poderá reservar, em algum instante, esses maus momentos para nós mesmos ou pessoas que nos são próximas e caras.” Portanto, independentemente da análise da eventual conduta das partes, a Corte houve por bem conceder a tutela inibitória, determinando definitivamente a cessação da exibição dos mencionados vídeos. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 556.090.4/4-00**, da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Ênio Zuliani. São Paulo, 12 de junho de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=2701681>>. Acesso em: 11 jul. 2013).

<sup>843</sup> A respeito das garantias institucionais, conferir Capítulo 3, item 3.1.3.1.

<sup>844</sup> WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé (Zur Rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)*. Trad. espanhola de José Luis de los Mozos. Madrid: Civitas, 1976, p.59-73.

Menezes de Cordeiro e outros.<sup>845</sup>

Nesse momento, portanto, importa destacar quais as categorias de exercício abusivo de direitos, desenvolvidas à luz do princípio da boa-fé pela doutrina e pela jurisprudência, e que costumam ser usualmente apontada. Trata-se, em verdade, de fórmulas que exprimem derivações da vetusta regra genérica da *exceptio doli* do direito romano<sup>846</sup>, cuja fluidez e indeterminação conceitual a doutrina alemã quis afastar, tais como: o *dolo agit qui petit quod redditurus est*; o *exercício desequilibrado de direitos*; o *venire contra factum próprio*; a *supressio* e a *surrectio*; a *inalegabilidade de nulidades formais*; e o *tu quoque*.

Para fins de melhor sistematização, adota-se a classificação de Fernando de Noronha, que apanha três categorias essenciais de hipóteses sintomáticas de condutas abusivas: a) o *desleal exercício de direitos*, quando o titular de um direito o exerce de maneira contrária à legítima expectativa depositada na contraparte; b) o *desleal não-exercício de direitos*, quando o titular não efetiva o seu direito e, em determinadas circunstâncias, acaba por gerar na outra parte uma confiança justificada na estabilidade da situação existente; e c) a *desleal constituição de direitos*, quando uma pessoa trai a confiança de outra e, dessa forma, acaba por adquirir um direito.<sup>847</sup>

#### 4.2.4.1 Desleal exercício de direitos

**a) *Dolo agit qui petit quod redditurus est.***: Entre as formas de exercício desleal de direito, por exemplo, encontra-se o *dolo agit qui petit quod redditurus est*, cujo sentido é: “age com dolo quem pede aquilo que (logo depois) será obrigado a restituir”. Nestes casos, há uma relação específica entre as partes envolvidas, traduzida em dois vínculos inversos: “um primeiro habilita o titular a formular uma determinada exigência e um segundo impõe-lhe a

<sup>845</sup> Menezes de Cordeiro se refere a *típicos exercícios inadmissíveis de posições jurídicas*: MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.719-860.

<sup>846</sup> A *exceptio doli* do direito romano pode ser definida como o poder que uma pessoa demandada judicialmente tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo (este dolo não se caracteriza ao tempo em que a situação jurídica se formara, mas no momento da *actio*). A respeito da doutrina da inadmissibilidade do abuso do direito, Judith Martins-Costa assevera que, durante muito tempo, ela “restou limitada às figuras do abuso do direito ao *exceptio doli*, esta proveniente do direito romano, aquela de construção da jurisprudência francesa. Uma e outra solução, contudo, a par de dificultarem a sistematização dos variados casos de inadmissibilidade do exercício de direitos, estão ainda ancoradas numa perspectiva subjetivista, marcada pela relação entre o dogma da vontade e a construção do direito subjetivo como a sua mais importante projeção.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.455-456).

<sup>847</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.176-191.

restituição”.<sup>848</sup>

Essa máxima era bastante importante em Roma, devido a natureza essencialmente formalista do seu direito, cabendo no âmbito da denominada *exceptio doli generalis*, que facultava a uma pessoa demandada judicialmente a paralisar uma *actio* que viesse a ser exercida dolosamente.<sup>849</sup>

O desenvolvimento do brocardo permitiu à construção de hipóteses autônomas de exceção de direito substancial, tais como a exceção de retenção de benfeitorias, de contrato não cumprido e de compensação, por meio das quais se suscitam circunstâncias que tornam inviável uma ação já em curso, paralisando, modificando ou até mesmo aniquilando a eficácia da situação jurídica anterior.<sup>850</sup>

Por isso mesmo, a atuação atual do brocardo é muito limitada. De todo o modo, Fernando Noronha indica uma hipótese de aplicação possível: um devedor incapaz que, buscando adimplir uma prestação válida, cumpra a prestação consistente na entrega de uma coisa devida, transferindo domínio. Se, depois de feito o pagamento, o representante legal pedir a restituição deste bem, invocando a incapacidade do solvens (art. 307), o credor poderá responder a ação suscitando o seu direito àquela prestação, que, de qualquer maneira, o representante do incapaz seria obrigado a cumprir logo depois.

**b) Exercício desequilibrado de direitos:** Ainda, como uma forma de conduta desleal, cita-se o *exercício desequilibrado de direitos*. Nesta condição específica, apresenta-se uma desarrazoada desproporção entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados.

O desequilíbrio, inicialmente, pode estar apenas no exercício inútil e danoso do direito, como nas hipóteses com as quais se firmou – nos primórdios do abuso do direito – a teoria dos atos emulativos ocorridos no bojo das relações de direitos reais e de vizinhança. Contudo, também haverá desequilíbrio no exercício de direitos pela desproporção intolerável entre a vantagem obtida pelo seu titular e o sacrifício que esta vantagem impõe a outrem.<sup>851</sup>

---

<sup>848</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.857.

<sup>849</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.177.

<sup>850</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de direito processual civil**. v.1. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.302-303.

<sup>851</sup> Segundo Menezes Cordeiro: “da ponderação dos casos concretos que deram corpo ao exercício em desequilíbrio, desprende-se a ideia de que, em todo há uma desconexão – ou, se se quiser, uma desproporção – entre as situações sociais típicas pré-configuradas pelas normas jurídicas que atribuíam direitos e o resultado prático do exercício desses direitos. Parece, pois, haver uma bitola que, transcendendo as simples normas jurídicas, regula, para além delas, o exercício de posições jussubjetivas: essa bitola dita a medida da

Essa ação claramente iníqua é plasmada no brocardo *inciviliter agere*, “que significa exatamente a conduta iníqua de quem não leva em consideração o civil – cidadão.”<sup>852</sup> Citem-se, como exemplos, o desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a atuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas ou o exercício de direitos sem consideração a situações especiais.<sup>853</sup>

Na doutrina brasileira têm sido profícuas as discussões a respeito desse tipo específico de exercício abusivo de direito, por meio da figura do adimplemento substancial do contrato. Assim, impede-se o exercício do direito potestativo de resolução por parte do credor tendo em conta um descumprimento mínimo por parte do devedor e o pouco impacto negativo que este descumprimento gera ao projeto contratual de benefícios recíprocos para ambas as partes.<sup>854</sup>

#### 4.2.4.2 Desleal não-exercício de direitos

Como exercício inadmissível de posições jurídicas, incluem-se, também, os casos em que o titular do direito adota condutas contraditórias, gerando na contraparte uma confiança legítima de que não exerceria o seu direito e, nada obstante, em seguida, o faz valer. São apontadas as seguintes modalidades típicas de exercício inadmissível de posições jurídicas: o *venire contra factum proprium*; a *suppressio* e a *surrectio*; a *inalegabilidade de nulidades formais* e a *tu quoque*.<sup>855</sup>

**a) *Venire contra factum proprium*:** De acordo com Judith Martins-Costa, o *venire contra factum proprium* se insere na teoria dos atos próprios, segundo a qual a ninguém é dado fazer valer direito em contradição com uma conduta sua anterior, quando esta, interpretada objetivamente – segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé – justifica a conclusão de que não se faria.<sup>856</sup>

---

desproporção tolerável, a partir da qual já há abuso.” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.859).

<sup>852</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.135.

<sup>853</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.857-860.

<sup>854</sup> ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.116-121; SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.44-45.

<sup>855</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.183-189.

<sup>856</sup> Segundo Judith Martins-Costa, a teoria dos atos próprios desdobra-se em duas importantes vertentes: “Numa direção vem particularizada doutrinariamente sob as denominações *tu quoque* – pela natureza do sinalagma,

O *venire contra factum proprium* traduz na vedação ao exercício de uma dada posição jurídica em contrariedade a um comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Trata-se de dois comportamentos atribuídos à mesma pessoa, lícitos em si e sucessivos, porém o primeiro deles (o *factum proprium*) é contrariado pelo segundo.<sup>857</sup> Alerta-se que, para a configuração do *venire*, não basta haver dois comportamentos contraditórios entre si. Torna-se indispensável que o segundo atuar seja contundente o suficiente para violar a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo da conduta inicial.<sup>858</sup>

Com efeito, o fundamento do instituto não está – como parece óbvio – no fato da contradição das condutas (afinal, a incoerência é algo ínsito à condição humana), mas na tutela da confiança da outra parte, lesada por um comportamento contraditório, posto contrário à sua expectativa de benefício legitimamente gerada pelo autor do fato próprio.<sup>859</sup>

A propósito, Franz Wieacker ressalta que o *venire contra factum proprium* não pressupõe necessariamente a atuação de má-fé ou a negligência culposa, visto que resulta da aplicação do princípio da confiança no tráfico jurídico, cuja exigência não implica dever de veracidade como um dogma absoluto, senão – tal como ocorre com a contemporânea teoria da declaração de vontade – o não separar-se do valor significante que à própria conduta pode ser atribuída pela outra parte.<sup>860</sup>

Portanto, o que o princípio da confiança afasta é qualquer tipo de imputação que tenha como base análise do estado real de ânimo do sujeito. E isto não incompatibiliza a aplicação do brocardo mediante a análise ou formação de um juízo ético-jurídico a respeito da conduta do agente e de sua culpabilidade. Discorda-se, portanto, da doutrina que afirma, de forma

---

surgindo como extensão da exceção do contrato não cumprido, [...] Na segunda direção vem expressa pela máxima que proíbe *venire contra factum proprium*.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 461).

<sup>857</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.742-745.

<sup>858</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In: **Novo código civil. Questões controvertidas**. Série Grandes Temas de Direito Privado. v.4. São Paulo: Método, 2005, p.83.

<sup>859</sup> A propósito, conferir o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Administrativo e processual civil. Título de propriedade outorgado pelo Poder Público, através de funcionário de alto escalão. Alegação de nulidade pela própria Administração, objetivando prejudicar o adquirente: inadmissibilidade. [...] I- Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria Administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação dos princípios de que ‘nemo potest venire contra factum proprium’ e de que ‘nemo creditur turpitudinem suam allegans’. [...] IV- Recurso Especiais conhecidos e parcialmente providos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 199400114621**, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Brasília, 16 de outubro de 1997. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199400114621&dt\\_publicacao=09-12-1997&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400114621&dt_publicacao=09-12-1997&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 09 jul. 2013).

<sup>860</sup> WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé (Zur Rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)**. Trad. espanhola de José Luis de los Mozos. Madrid: Civitas, 1976, p.61.

peremptória, que o *venire contra factum proprium* seria incompatível com o juízo de culpa. Ela é incompatível, sim, com quaisquer tipos de psicologismos, visto que propugna pela análise objetiva da conduta. De outro lado, mostra-se totalmente compatível com a noção de culpa normativa, que toma em consideração um erro de conduta a partir de padrão esperado.<sup>861</sup>

A propósito, Carlyle Popp, após relacionar o *venire contra factum proprium* com figura do *estoppel* do direito inglês, sugere que, no rompimento das negociações preliminares, por exemplo, pode haver verificação simultânea do *venire contra factum proprium* e da responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*), sempre que a pessoa acene com o desejo de dar continuidade às negociações e, sem mais, provoque o encerramento abrupto das tratativas, em comportamento tido por contraditório e abusivo da confiança da contraparte.<sup>862</sup>

O citado autor, conquanto entenda que haja uma presunção relativa de culpa, por considerar a natureza contratual do dever violado, afirma expressamente que “o descumprimento dos deveres laterais e a infringência à confiança da outra parte, tudo como reflexo da boa-fé, indicam o descumprimento de um dever jurídico. Assim, quem rompe sem justa causa, ou seja, ilegitimamente, as negociações age com culpa, pois era conhecedor do dever jurídico que lhe cabia, tendo possibilidade de cumpri-lo.”<sup>863</sup> Acrescenta-se, apenas, a afirmativa de que, mais do que saber se ele era conhecedor ou não do dever jurídico, é caber a formulação de um juízo por meio do qual se conclua que ele poderia ou deveria conhecer.

**b) *Supressio*:** A *supressio* constitui-se em situação na qual o sujeito perde o direito que deixou de exercitar em certas circunstâncias e que não mais possa exercê-lo, pois, de outro modo, contrariaria a boa-fé. Seria um retardamento desleal ao exercício do direito, pois se viesse a ser exercitado posteriormente, geraria uma situação de desequilíbrio inaceitável entre as partes. Portanto, o foco continua sendo a tutela da confiança da contraparte, que acreditou na situação de aparência que o não exercício do direito lhe despertou.<sup>864</sup>

---

<sup>861</sup> A propósito do conceito de culpa normativa, conferir Capítulo 1, item 2.2.1.

<sup>862</sup> Carlyle Popp alerta que, apesar do *venire contra factum proprium* poder gerar responsabilidade pré-negocial, eles se distinguem. Primeiro porque o campo de atuação deles é diferente: enquanto o *venire* atua em qualquer situação, em todos os ramos do direito, a responsabilidade pré-negocial se limita às hipóteses de ilícito ocorridas até a formação do vínculo e no âmbito dos negócios jurídicos. Segundo porque, mesmo que o comportamento contraditório se dê no âmbito das tratativas negociais, pode haver *venire* sem que decorra qualquer responsabilidade, desde quando o rompimento abrupto das tratativas não gere qualquer prejuízo. Por fim, as hipóteses de *culpa in contrahendo* não se circunscrevem às hipóteses de *venire contra factum proprium*. (POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**. Curitiba: Juruá, 2001, p.125-129).

<sup>863</sup> POPP, Carlyle. *Op.cit.*, 2001, p.265-266.

<sup>864</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.797.

Menezes Cordeiro assevera que o regime preciso da *supressio* - tal como hoje é entendida - requer: a) um determinado lapso de tempo sem exercício do direito, que é bastante variável, segundo as circunstâncias; b) indícios objetivos de que esse direito não seria exercido; e c) a “desnecessidade de culpa ou quaisquer outros elementos ditos subjectivos, por parte do titular não exercente”.<sup>865</sup>

Apesar da afirmação categórica de que a configuração da *supressio* independe da vontade do titular, o próprio Menezes Cordeiro, mais adiante, reconhece que ela pode ser prejudicada pela ocorrência de fatores voluntários, visto que eles atingem a confiança de que o direito não será mais exercido.<sup>866</sup>

A respeito da suposta aproximação entre os conceitos de *supressio* e os institutos da prescrição e decadência, parece mais precisa a lição de Karl Larenz, que faz questão de distingui-las. Para o citado autor, enquanto na prescrição e na decadência os critérios decisivos são o decorrer do tempo e a inatividade de seu titular, a *supressio*, contrariamente, demanda a confiança da contraparte, justificada pela inatividade do oponente, a ponto de lhe deixar a certeza de que nunca exercitará o direito. Esta seria, inclusive, a razão pela qual o tempo necessário para a perda do direito não se submete a prazos rigorosos.<sup>867</sup>

Enfim, ao que parece, a configuração da *supressio* requer, sim, a presença de um elemento subjetivo (ou intersubjetivo), consubstanciado na inatividade do titular do direito e o que esta conduta gera em termos de expectativa legítima na parte contrária. A questão aqui é, pois, muito mais definir o que deve compreender como elemento subjetivo, do que propriamente afastá-lo.<sup>868</sup>

**c) *Surrectio*:** Já a *surrectio* constitui-se em situação na qual o sujeito adquire um direito pelo exercício continuado de uma determinada posição jurídica, independentemente de previsão contratual ou legal.

Na verdade a *supressio* e a *surrectio* são os dois lados de uma mesma moeda: na primeira

---

<sup>865</sup> Assim, segundo Menezes Cordeiro, como ocorre em qualquer outra hipótese de caducidade, para que se operem os efeitos extintivos da *supressio*, não se requer a análise de qualquer elemento volitivo do seu titular, antes se a dispensa. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.810-812.

<sup>866</sup> Com efeito, assevera Menezes Cordeiro que “a *supressio* é prejudicada pela ocorrência dos factores voluntários que interrompem ou suspendem o decurso dos prazos de prescrição ou caducidade, uma vez que eles destroem a figuração, por parte do interessado, de que o direito não mais seria exercido.” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.812).

<sup>867</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. de Miguel Izquierdo Y Macías-Picavea. Madri: Edersa, 1978, p.302.

<sup>868</sup> Este tópico será objeto de abordagem no próximo capítulo, quando se pretende demonstrar a necessária correlação entre os típicos exercícios inadmissíveis de direitos (no qual se inclui a *supressio*) e a análise e compreensão da culpa no seu viés normativo.

ocorre a liberação do beneficiário, pela perda do direito por parte do seu titular; na segunda, a aquisição de um direito subjetivo em função de uma conduta reiterada no tempo. Em ambas há a presença da confiança, seja pela crença no não exercício superveniente de um direito da contraparte, seja pela crença na legitimidade do seu próprio direito.<sup>869</sup>

**d) Inalegabilidade de nulidades formais:** A *inalegabilidade de nulidades formais* se constitui na situação jurídica de inoponibilidade de uma nulidade que decorra do desrespeito a uma formalidade previamente estabelecida. Nas suas formulações originais, funda-se na concepção de que, em certos casos – considerando-se a reflexão das partes, a facilidade da prova e a publicidade do ato –, a sanção de nulidade pode se apresentar desarrazoada ou exagerada. Em outros termos, certas formalidades existentes “não concitam, nos níveis éticos, psicológicos e sociais, a reprovação enérgica que o direito lhe conecta”.<sup>870</sup>

A desconsideração pelos valores antes citados com relação às formas é ainda mais agravada por certos arcaísmos persistentes, no interior dos sistemas, em especial quando tenham estes a tendência a serem fechados, com hipóteses de nulidade típicas. Assim, por exemplo, não é incomum encontrar certas exigências formais rigorosas para certos atos de relevância social e econômica já em decadência ou desuso, enquanto outros, de maior importância para o tráfico, mantêm-se simplesmente consensuais.<sup>871</sup>

Assim, a fórmula da *inalegabilidade de nulidades formais* vem ao encontro de casos em que a decretação da nulidade e a conseqüente destruição do negócio traga para a parte contra quem seja acolhida efeitos não apenas duros, “mas insuportáveis” efeitos, sendo estes um dos seus requisitos.<sup>872</sup>

Além desse, outro requisito que se costumava exigir era a boa-fé subjetiva daquele em favor de quem se quisesse fazer valer a inalegabilidade – traduzido no estado psicológico de desconhecimento, quando da celebração do contrato, da necessidade do requisito formal. Contudo, as construções jurisprudências mais recentes, em auxílio à construção teórica de Canaris, retiraram da fórmula este caráter psicológico, contentando-se com a confiança

---

<sup>869</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.139-140.

<sup>870</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.771.

<sup>871</sup> Os sistemas jurídicos, como maneira de reduzir estas desproporções criadas pelo rigorismo formal, adotam mecanismos híbridos no que toca ao regime das alegações. No caso brasileiro, por exemplo, enquanto a nulidade pode ser arguida a qualquer tempo, por qualquer dos interessados ou pelo Ministério Público, podendo, inclusive, ser reconhecida de ofício pelo magistrado (art. 168 do Código Civil); as anulabilidades, ao contrário, apenas são suscetíveis pelas partes interessadas, dentro de determinados prazos (arts. 177 e 178 do Código Civil).

<sup>872</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.784.



despertada, isto é, que a parte protegida “tenha procedido a um ‘investimento de confiança’, fazendo assentar, na ocorrência nula, uma actividade importante”.<sup>873-874</sup>

#### 4.2.4.3 Desleal constituição de direitos

A fórmula do *tu quoque* considera que aquele quem viola uma regra jurídica não poderá, depois, exercer determinada situação que esta mesma regra lhe atribui. Com efeito, fere o senso ético que alguém despreze e viole a ordem jurídica, para, ao depois, pedir que outrem a cumpra.<sup>875</sup>

O fundamento por trás da fórmula do *tu quoque* se assenta no dever ético, segundo o qual aquele que não cumpre os seus próprios deveres não se encontra em posição digna de querer exigir dos demais que os cumpram (ou, ainda, segundo brocardo inglês *equity must come in clean hands*). Assim, quem não cumpre os seus próprios deveres, violando o direito, não apenas lhe fica suprimido o poder de exigir os seus direitos com base nas normas por ele violadas, como também, acaso insista em fazê-lo, cometerá abuso de direito.<sup>876</sup>

Em conclusão, todas as hipóteses citadas buscam aplicar a teoria do abuso do direito no plano das relações de natureza obrigacional – e até mesmo extraobrigacionais –, utilizando-se da função limitadora do exercício de direitos. Em todas as situações citadas, como observado por Nelson Rosenvald, “há uma violação do dever de agir de acordo com a boa-fé objetiva, que deriva da prática de um ato ilícito, considerando-se que o comportamento do titular é reprovável ao sentimento jurídico prevalecente na coletividade.”<sup>877</sup>

A violação de deveres que decorram da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, quando importar em danos injustos, relaciona-se com a responsabilidade civil e será o foco das investigações que serão feitas no decorrer do próximo capítulo.

<sup>873</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.783-784.

<sup>874</sup> Nelson Rosenvald recusa aplicação do instituto no direito brasileiro, tendo em conta que as nulidades são pronunciadas de ofício pelo magistrado, ao tomar conhecimento do negócio jurídico (art. 168 do CC). No seu entendimento, seria inútil o esforço da parte na alegação da boa-fé objetiva, pois a solução já é dada pelo sistema. (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.141).

<sup>875</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.837.

<sup>876</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Op.cit.*, 2007, p.837. Franz Wieacker lembra da regra de outro da tradição ética: “não faça com os outros aquilo que não quer que lhe façam.” (WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé (Zur Rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)**. Trad. espanhola de José Luis de los Mozos. Madrid: Civitas, 1976, p.67).

<sup>877</sup> ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2005, p.143.

## 5. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A BOA-FÉ OBJETIVA

### 5.1. O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

#### 5.1.1 A respeito da função da responsabilidade civil.

A vida de cada um, no âmbito da convivência social, baseia-se num conjunto relativamente amplo de situações e expectativas cujo conhecimento e controle lhe escapam, em maior ou menor medida. Todos, portanto, estão inexoravelmente submetidos à imponderabilidade e à contingência.

Apesar de inafastáveis, essas contingências são potencialmente perturbadoras dos planos de vida individuais e, conseqüentemente, desagregadoras da vida em sociedade. Eis, então, um dos grandes papéis do direito – o que também pode ser atribuído a outros sistemas –, criar mecanismos ordenadores da convivência em sociedade com vistas a tutelar as expectativas e valores condicionantes da existência do homem de maneira a subtraí-lo do campo da total imprevisibilidade, tornando, assim, a vida mais suportável.<sup>878</sup>

A responsabilidade civil, como um dos principais institutos do direito, tem essa mesma *ratio*. Para o fim de alcançar o seu objetivo, busca distribuir os “custos” da vida em sociedade entre seus diversos integrantes, mediante a imposição de um dever de indenizar. Por meio dele, atribui-se a alguém a necessidade de suportar um dano sofrido por outrem.<sup>879</sup>

Um critério básico e “natural” da repartição dos riscos da vida em sociedade radica-se na regra do “let the loss lie where it falls”, segundo o qual o risco do dano deve ser suportado, em princípio, pelo próprio atingido. Isto porque, assim como aquele que vê incorporar-se à sua esfera jurídica uma vantagem não tem, em princípio, que restituí-la, é justo que tolere as perdas por si sofridas, em prol de uma convivência em sociedade.<sup>880</sup> Esta regra se encontra

---

<sup>878</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 326-327; FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 118-119.

<sup>879</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 119-120;

<sup>880</sup> Segundo Menezes Cordeiro, “a regra básica no tocante aos danos é a da sua suportação pela própria esfera onde ocorreram. Falando-se, a tal propósito, em risco, como traduzindo a aptidão que uma esfera tenha para suportar os danos que, porventura ocorreram, poder-se-á dizer que cada um corre o risco de ver suprimidas as vantagens que antes lhe coubessem.” A mencionada regra, segundo o autor, justificar-se-ia não apenas porque corresponderia à natureza das coisas, como também porque faculta uma solução rápida para o problema. Ainda, segundo Menezes de Cordeiro, “qualquer dano pressupõe, a prévia atribuição de uma vantagem, em termos particulares. Ao fazer correr ao beneficiado o risco do súbito desaparecimento da sua vantagem, o Direito há livre curso a uma forma de justiça distributiva: ubi commoda, ibi incomoda. E uma contraprova torna-se

afinada com o ideal liberal de maximização da salvaguarda, no âmbito da convivência social, de uma ampla zona de liberdade de ação e iniciativa pessoal.

A responsabilidade civil, todavia, pelo critério de imputação de danos a uma esfera jurídica distinta da que ela ocorre, representa um desvio àquela regra “natural”, mas com o objetivo de atender a um ideal de justiça distributiva.<sup>881</sup> Com efeito, a obrigação de indenizar define aquilo que se poderia denominar de “um âmbito de protecção para determinadas posições”, assegurando aos titulares destas, “ainda que sob a forma de mecanismos ressarcitórios ou compensatórios, uma tutela das expectativas a eles ligadas.”<sup>882-883</sup>

Cumprido ressaltar, entretanto, que as obrigações de indenizar se apresentam como resposta jurídica a um momento crítico e patológico da convivência social e, portanto, como uma regra

---

edificante: o fazer correr o risco por quem não tenha tido o benefício das vantagens, enquanto elas existirem, seria uma fórmula maior de injustiça.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Teoria geral do direito civil**. Vol. I. 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1987/88, p. 418); conferir, também, FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 121.

<sup>881</sup> Chaim Perelman distingue seis fórmulas de justiça distributiva: “a cada qual a mesma coisa”, “a cada qual segundo seu mérito”, “a cada qual segundo suas obras”, “a cada qual segundo suas necessidades”, “a cada qual segundo sua posição”, “a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.” Da tentativa de buscar identificar um elemento comum a todas essas fórmulas, Perelman conclui ser possível “discernir uma regra de justiça formal definida como um princípio de ações segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial (ou seja, que são essencialmente semelhantes) devem ser tratados da mesma forma.” Assim, “as diferentes fórmulas de justiça distributiva indicam cada vez o critério que determina quais são as diferenças que convém levar em consideração e quais são as que convém desprezar quando se trata de determinar a similitude essencial dos seres e das situações.” Para o citado autor, haveria uma superioridade da fórmula “a cada qual segundo o que a lei lhe atribui” decorre do fato de que “ela impõe legalmente os critérios que convém levar em conta, pois obriga tratar igualmente todos aqueles entre os quais a lei não faz distinção: *in paribus causis, paria jura*.” (PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 9-33, 214-215).

<sup>882</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 121, nota 228.

<sup>883</sup> Apesar da adoção, no presente trabalho, do conceito de justiça distributiva para a generalidade dos casos que envolve o tema da responsabilidade civil, tal como fazem Menezes Cordeiro e Manuel A. Carneiro da Frada, não se pode deixar de registrar a existência de doutrina, proposta por Esser, “*según la cual el derecho de la responsabilidad por culpa sirve solo a la justicia compensatoria, mientras que el derecho de la responsabilidad por riesgo afecta a la distribución de los riesgos inevitables de daños, esto es, aquellos aceptados socialmente y que derivan de la industrialización y del progreso técnico. [...] La tesis de Esser sirve de base para explicar los diferentes fundamentos de las distintas responsabilidades: así, mientras que la justicia compensatoria regula el equilibrio legal de los intereses en conflicto, la justicia distributiva se pronuncia sobre el reparto de los beneficios y las cargas dentro de una constelación relevante de casos.*” (JASEN, Niels. *Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna*. In: **Revista para el Análisis del Derecho**. Barcelona: Facultad de Derecho Universidad de Resensburg, Working Paper n.º 128, abril de 2003. Disponível em < <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/82518/107364>> Acesso em 01 ago. 2013, p. 10-11). No Brasil, Maria Celina Bodin de Moraes aponta ser necessário, a partir da aceitação de um sistema dualista da responsabilidade civil, compreender que ele se assenta em conceitos distintos de justiça. Assim, enquanto a responsabilidade por culpa, centrada que é na conduta pessoal do causador dos danos corresponderia a um ideal de justiça retributiva e implicaria um juízo de reciprocidade; a responsabilidade objetiva, na medida em que funcionaria como uma espécie de seguro obrigatório, diria respeito à concepção de justiça distributiva e envolveria um juízo de proporcionalidade. (MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 20).

de proteção, mas apenas indireta das posições jurídicas pessoais ou patrimoniais. Explique-se melhor.

Em verdade, a definição das posições a serem protegidas, no mais das vezes, faz-se com o auxílio das normas de conduta dispostas em diversas regras espalhadas pelo sistema (como as que regulam a liberdade nos contratos, os atributos da personalidade, a devolução sucessória etc.). No direito dos contratos, há uma abundância de regras que visam à salvaguarda das posições e esferas jurídicas das partes, como, por exemplo, aquela que, nas vendas mediante amostra, obriga o vendedor a entregar a coisa na mesma qualidade daquela que serviu de protótipo ou modelo, sempre que houver qualquer contradição ou diferença com a maneira pela qual se descreveu a coisa no contrato (art. 484, parágrafo único, do Código Civil de 2002).

Entretanto, outras vezes, é pela própria descrição ou delimitação do *Tatbestand*<sup>884</sup> da responsabilidade civil que se possibilitará inferir os termos e alcance da proteção de uma determinada posição pessoal ou patrimonial. Cite-se, como exemplo, a regra que impõe ao alienante, no âmbito dos contratos onerosos, o dever de responder perante o adquirente pela perda decorrente da evicção (art. 447 do Código Civil de 2002), em que o legislador, de forma casuística, opta por proteger a esfera patrimonial do adquirente; ou, ainda, aquela outra regra que assegura a quem quer que tenha sido injustamente atingido, em sua esfera jurídica pessoal ou patrimonial, o direito a exigir do ofensor a obrigação de reparar os danos por ele sofridos (arts. 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002) –, não havendo, nestes casos, uma definição a priori dos interesses, tampouco da posição a ser protegida, senão quando referida ao caso concreto.

Ou seja, é claro que o isolamento das posições jurídicas a serem protegidas, em termos lógicos, antecede à própria estatuição de regras de comportamento. De sorte que, num raciocínio inverso, conclui-se que qualquer regra de comportamento visa, em última instância, a assegurar ou a proteger uma determinada posição ou esfera jurídica. De todo o modo e independentemente desta constatação, o que importa aqui reter é que a salvaguarda daquelas

---

<sup>884</sup> A expressão alemã “*Tatbestand*” foi traduzida por Pontes de Miranda como *suporte fático* e tem aplicação universal no Direito. A expressão também pode ser relacionada a outras denominações, como *pressuposto de incidência*, *tipificação legal*, *tipo legal*, *hipótese de incidência*. Entre os italianos, por influência de Betti, tem-se difundido o uso da expressão “*fattispecie*”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano de existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42-43).

posições poderá se dar também apenas e indiretamente por via da estatuição pelo legislador – ou pelo juiz, nos casos de cláusulas gerais – de regras e hipóteses de responsabilidade civil.<sup>885</sup>

Esse dever de reparar danos, por sua vez, quando vise a proteger indiretamente posições já previamente definidas, costuma denominar-se responsabilidade civil contratual (ainda que não se trate verdadeiramente de contrato, como nas hipóteses das obrigações *ex lege*); ao passo que, quando não haja uma prévia definição a respeito da posição que deverá prevalecer, tem-se a denominada responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Daí porque Manuel A. Carneira da Frada esclarece que, enquanto na responsabilidade contratual a posição jurídica a ser protegida é previamente dada ao intérprete-aplicador encarregado de pronunciar o juízo de responsabilidade, também se encontrando definida a identidade do potencial lesante, na responsabilidade aquiliana, “é o próprio intérprete aplicador que tem de identificar essa mesma posição e formular a justificação de que outrem suporte o dano de sua violação.”<sup>886</sup>

Esse, aliás, tem sido – consciente ou inconscientemente – o fundamento da distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, na qual se encontra (ainda) assentada a maior parte dos ordenamentos de base codificada, inclusive o brasileiro (arts. 389 e 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002), e que, como visto, toma por pressuposto a existência ou a inexistência prévia um dever relativo (primário), respectivamente.<sup>887</sup>

Enquanto a responsabilidade contratual visaria à tutela dos riscos ligados à relação creditícia ou ao programa do contrato entabulado, na responsabilidade aquiliana, a sua função vai além dos contextos das relações obrigacionais, para proteger esferas individuais contra intromissões de terceiros – não pela quebra da palavra dada ou frustração de expectativas legítimas pessoalmente depositadas –, mas a partir de critérios abstratos e globais de responsabilidade fora do âmbito das interações humanas tipificadas, por meio de distribuição de “zonas gerais de liberdade e de risco.” Segundo Manuel A. Carneiro da Frada, tecnicamente, vários são os meios utilizados para tal fim:

[...] na responsabilidade civil por facto ilícitos, a essa ordem geral de convivência corresponde a formulação de deveres de comportamento destinados a respeitá-la, sob pena de indenização dos danos; ao passo que a responsabilidade pelo risco opera pela definição de zonas de responsabilidade destinadas a compensar riscos

---

<sup>885</sup> Embora sem considerar a questão das cláusulas gerais, essa é a opinião de Frada. (FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 122).

<sup>886</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 125.

<sup>887</sup> A respeito da distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, conferir Capítulo 1, item 1.2.4.1.

socialmente inevitáveis que gravam sobre cada um, mas que são em si mesmo permitidos em atenção a um interesse superior.<sup>888</sup>

Destarte, a primeira conclusão a que se chega é que o instituto da responsabilidade civil se constitui em linha de defesa indireta das posições e atribuições de bens pelo Direito,<sup>889</sup> seja por meio das situações previamente estabelecidas na lei ou no contrato, seja naquelas situações em que, embora não haja essas regras prévias de proteção das citadas posições, consiga-se constatar a violação a um dever geral de não prejudicar (*neminem laedere*), ou a necessidade de compensar certos riscos socialmente inevitáveis (como na responsabilidade civil objetiva).

Com base, então, nesse quadro de referência conceitual, a doutrina tradicional costuma asseverar que a função da responsabilidade civil é restabelecer o equilíbrio rompido pelo dano, restituindo às partes à situação anterior à prática do ato ilícito. Portanto, o anseio de se obrigar o agente autor do fato causador do dano a reparar os prejuízos se assentaria no mais elementar sentimento de justiça, qual seja, no desejo de recompor o equilíbrio violado entre o agente e a vítima.<sup>890</sup>

Tão importante foi essa concepção para a construção da teorização da responsabilidade civil que a doutrina aponta ter sido ela colocada em termos racionais apenas a partir da compreensão do exato sentido do desequilíbrio gerado pelo dano e da necessidade de seu pronto restabelecimento, mediante o retorno tanto quanto possível ao estado de coisas que antecederam ao ato danoso, abandonando-se, com isso, quase um século de infrutíferas discussões acerca da culpa nas suas concepções subjetivas mais extremadas.<sup>891</sup>

Ocorre que a força persuasiva desses argumentos em prol da função tradicional da responsabilidade civil passa a ser erodida pelas intensas modificações sofridas pela sociedade

---

<sup>888</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 126, nota 242).

<sup>889</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>890</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 13; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 07. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 05; GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. Vol. III. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21; Fernando Noronha, ainda, aponta outras funções da responsabilidade civil, além da reparatória do dano propriamente dita. Assim, o citado autor indica serem três as funções do instituto da responsabilidade civil: *reparatória dos danos à vítima; sancionatória do ofensor (ou punitiva); e preventiva (ou dissuasória) como desestímulo social da conduta lesiva*. (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 459-464). Giselda Maria F. Novaes Hironaka ressalta essa posição doutrinária: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 28.

<sup>891</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. **Ressarcimento de danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2005, p. 01.

desde o liberalismo até os dias atuais,<sup>892</sup> a ponto de um segmento respeitável da doutrina haver por superadas as bases do princípio de justiça distributiva até então vigentes (calcadas na ideia do direito de propriedade – *property law*), pela máxima segundo a qual “para cada dano há de se encontrar um responsável.”<sup>893</sup>

De fato, tem-se afirmado que a nova tendência doutrinária – e até mesmo jurisprudencial – caminha no sentido de mudar o foco do causador do dano para a vítima. Segundo Giselda Maria F. Hironaka, a percepção é que se torna urgente – mais do que preocupar-se em punir, o que vem se relevando insatisfatório – deixar “um número cada vez mais reduzido de vítimas irresarcidas.”<sup>894</sup> Com isto, retira-se o holofote da conduta do ofensor e da causa do dano e mira-se na vítima, tomando-se em conta, em especial, o dano sofrido e a necessidade de não deixá-lo sem reparação.

Com base nessas considerações, tomando-se em conta as necessidades impostas pelos novos tempos, em que se há de exigir uma resposta mais eficiente com relação à segurança das pessoas, a doutrina vem se inclinando para a consideração de que, em princípio, todo dano deve ser indenizado. Esse novo objetivo, inclusive, vem sendo aclamado como a nova função da responsabilidade civil.<sup>895</sup>

Concorda-se com a consideração doutrinária acima citada, desde que sejam a ela somadas algumas importantes ressalvas.

Em se considerando que a responsabilidade civil é vocacionada à defesa geral de uma coexistência pacífica pela proteção de determinadas posições jurídicas, torna-se claro que ela se encontra no centro de um campo de tensão constante em que se chocam princípios de forças contrapostas.

Conforme explica Manuel A. Carneiro da Frada,<sup>896</sup> uma vez que o estabelecimento de deveres de responder pressupõe proibições de certas condutas, um alargamento daqueles implica correlativamente uma intervenção na liberdade de ação das pessoas. Assim, todo o direito da responsabilidade se atém à tentativa de harmonização entre a necessidade de proteção da

---

<sup>892</sup> Conferir, a propósito, o Capítulo 01, item 1.3.3 e Capítulo 02, item 2.2.1.

<sup>893</sup> TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris, Econômica, 1989, p. 121-128; ATIYAH, Patrick. *The damages lottery*. Oxford: Hart, 1997, p. 192.

<sup>894</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 02.

<sup>895</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12-13; Felipe Peixoto Braga Netto fala em princípio da preocupação prioritária com a vítima (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 105).

<sup>896</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 129.

integridade de posições jurídicas, de um lado, e a manutenção de níveis toleráveis de ação isentos do ônus de ter que suportar danos alheios, de outro.

Se, na esfera das relações contratuais, a mencionada harmonização é feita pelas próprias partes – cabendo, assim, ao Judiciário, apenas verificar a respeito da sua legitimidade – no âmbito das relações extracontratuais, reclama-se do legislador e do juiz a harmonização por meio de comandos heterônomos, os quais pressupõem uma prévia ponderação e conformação entre os interesses em jogo.

Destarte, no âmbito de uma visão constitucional da questão, há de se concordar com Manuel A. Carneiro da Frada quando afirma não ser possível dizer que a conformação entre o interesse em conservação das posições e o interesse de liberdade implique uma subordinação absoluta de um deles sobre o outro, tal como parece propugnar aqueles que se pegam ao aforismo de que, na atualidade, “para cada dano é preciso encontrar um responsável.” Pensar a responsabilidade civil, exclusivamente nestes termos, implicaria a criação de uma ordem isenta de riscos, sem qualquer forma de compensação.<sup>897</sup>

Portanto, para que ainda se mantenha dentro de um critério de justiça distributiva, a nova função proposta supõe a concepção de um novo modelo de responsabilidade – que se poderia assim denominar de social. Neste novo modelo, propõe-se que o resultado danoso das ações passe também a ser repartido pela coletividade de agentes potencialmente lesivos ou até, em alguns casos, pela sociedade como um todo.

Assim, ao invés de se transferir de um indivíduo para outro o ônus reparatório (*loss shifting*), a responsabilidade civil deve buscar assumir o papel de diluir o peso da reparação (*loss spreading*) pela coletividade, tornando mais efetiva e menos custosa a efetiva proteção da vítima.<sup>898</sup>

A propósito do tema, André Tunc<sup>899</sup> constata que, no exercício de suas atividades, as pessoas estão condenadas a cometer erros e, eventualmente, também delitos. A respeito dos acidentes automobilísticos, o citado autor lembra que nenhum condutor pode evitar erros, mas, é claro, ele pode evitar beber muito antes de pegar o volante. Assim, a respeito de casos limítrofes entre erro e culpa, conclui que, conquanto seja desejável proteger o homem contra o desastre acidental, não é, entretanto, desejável transferir aleatoriamente esta perda para o autor do erro

---

<sup>897</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 130.

<sup>898</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 08.

<sup>899</sup> TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris, Econômica, 1989, p. 121.



que causou o acidente, pois isto seria, mais uma vez, ainda que de uma maneira distinta, expor o sujeito aos golpes do acaso.

Desse modo, como única maneira de escapar a essas dificuldades, o citado autor defende que sejam asseguradas indenizações tanto quanto possível a partir de fundos coletivos, que diluíram as perdas, seja por meio de seguros particulares, seja pela via da seguridade social.

Anderson Schreiber<sup>900</sup> parece trilhar os mesmos passos, quando afirma haver, na atualidade, uma necessidade de readequação da estrutura da responsabilidade civil – individualista por essência e ainda preocupada em transferir o dano a um único culpado – à sua nova função, isto é, a de reparar adequadamente os danos, o que recomenda a sua diluição por mais de um responsável. Somente, assim, obtempera o citado autor, assegura-se “a tutela da vítima sem lançar sobre um réu um ônus exagerado.”

Logo, conclui-se que, conquanto alguns doutrinadores propugnem a substituição total da responsabilidade individual pelos seguros privados e sociais, mediante a criação de fundos de reparação a serem custeados por contribuições dos criadores de riscos,<sup>901</sup> o que sem dúvida alguma protege a posição da vítima naqueles casos em que pouco ou nada importa a censura da conduta do autor do fato lesivo, ao que parece, a função da responsabilidade civil segue sendo a de sempre, ou seja: constitui em linha de defesa indireta das posições e atribuições de bens pelo Direito.

Assim sendo, Manuel A. Carneiro da Frada parece estar com a razão quando afirma que a responsabilidade civil tem tanto uma função seletiva (*Selektionsfunktion*), por meio da qual busca separar, entre a massa dos acontecimentos danosos, aqueles que dão ensejo à obrigação de indenizar; quanto uma função de “filtro”, que permite a salvaguarda de zonas, digamos assim, isentas do ônus da responsabilidade, ou em que se toleram os danos decorridos de certa atividade.<sup>902-903</sup> Na execução destas funções, deve-se atentar para a necessidade da conformação entre os interesses em conservação das posições (pessoais e patrimoniais) e o

---

<sup>900</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 228-229.

<sup>901</sup> Nesse sentido, a tese de doutoramento de Geneviève Viney, intitulada “Le déclin de la responsabilité individuelle”, lembrada por Sérgio Cavaliéri Filho, em que a citada autora escreve um alentado volume sobre o declínio da responsabilidade individual, sustentando que a socialização, na época contemporânea, impõe uma revisão do direito e da responsabilidade civil. (CAVALIÉRI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.138).

<sup>902</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 131.

<sup>903</sup> A respeito da função de filtro da culpa, assim como sua erosão, conferir SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 11-50.

interesse de liberdade de ação, sem que isso implique ou predisponha uma subordinação absoluta de qualquer um deles sobre o outro.

Como já afirmado em capítulo anterior, em um sistema democrático, cumpre primeiramente ao legislador, ao elaborar as leis que visem a regular as relações entre os particulares, enquanto desenganadamente vinculados aos direitos fundamentais, a tarefa de procurar protegê-los por meio de intervenções graduais na sua liberdade de ação, nesse caso, pelo estabelecimento de casos de responsabilidade civil extracontratual, complementarmente com hipóteses de responsabilidade pelo risco, casos de indenizações compensatórias por ato lícito etc.<sup>904</sup>

Mas, em um segundo momento, tal tarefa incumbe ao judiciário, enquanto indubitavelmente vinculado aos direitos fundamentais, com o mister de tutelá-los, ao atuar no desenvolvimento e aplicação do direito infraconstitucional por via das cláusulas gerais de responsabilidade civil previstas nos artigos 186, 187 e 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Note-se que não se está a negar a relevância da proteção da vítima – assim entendida, pela necessidade de ampliação de mecanismos que visem à diminuição dos casos de danos injustos não ressarcidos –, se for o caso, inclusive, mediante a criação de uma ordem isenta de riscos, em contrapartida a um mecanismo de diluição do encargo entre toda a coletividade.

Da mesma forma, não se está a negar que, no ensejo dessa mesma necessidade de proteção da vítima – ainda que não se chegue ao ponto de se socializar os riscos –, o legislador possa optar pela necessidade de se criar hipóteses casuísticas de responsabilidade civil independentemente de culpa, ou até mesmo por atos lícitos, com o que certamente promoverá uma maior intervenção na esfera de liberdade de ação das pessoas.

Não se recusa essas possibilidades. Muito pelo contrário, a depender das circunstâncias do caso, o prescindir-se de uma ordem que vise à socialização dos riscos ou daquela que preveja a responsabilidade na sua formulação objetiva é que poderá implicar, diante dos demais instrumentos dispostos no sistema, uma proteção insuficiente do interesse fundamental lesado ou ameaçado, sendo tal omissão passível de controle pela fórmula proposta por Canaris (por violação à proibição de déficit).<sup>905-906</sup>

---

<sup>904</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 110-116.

<sup>905</sup> *Ibidem*, p. 118-119.

<sup>906</sup> Ver item 5.4.2 deste Capítulo.

A ressalva feita, portanto, é apenas no sentido de se afirmar o que se mostra como mais preciso e consentâneo com a visão constitucional da questão: considerar que, eventualmente, a partir das circunstâncias que se apresentam em dado setor específico, não haja uma razão séria que justifique uma intervenção na liberdade de ação das pessoas, a ponto de se estabelecer uma ordem isenta de risco, ou mesmo a criação de uma hipótese de responsabilidade civil objetiva.

Ao revés, certamente há segmentos do tráfico social e circunstâncias específicas que reclamam a proteção da liberdade constitucional de ação, de sorte que a distribuição individual dos riscos de danos, por meio de um critério subjetivo de aferição da quebra de eventuais deveres (culpa) seja a forma equânime e justa de se atender a função social do instituto.

A questão merece ser bem salientada, em especial nos sistemas, como o brasileiro, em que se tem uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva (arts. 187 e 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), por meio da qual se acomete ao juiz a tarefa de identificar ou restringir as situações de responsabilidade civil e a quem se atribui, portanto, competência para o desenvolvimento do direito delitual, por meio de “ponderação casuística dos bens ou interesses em conflito.”<sup>907</sup>

Em suma, falar-se em proteger a vítima pode levar a uma ideia equivocada da função da responsabilidade civil. Isto porque, mais do que simplesmente proteger a vítima, visa-se salvaguardar os direitos fundamentais que se colocam em tensão, que demandam uma atividade delicada de sopesamento, cujo prato da balança nem sempre se inclinará em favor da ressarcibilidade do dano. Portanto, nem sempre a favor da “vítima”, ou talvez não se saiba sequer a priori quem seja a “vítima”, ou, ainda, quiçá tampouco se poderá dizer que sempre haverá uma “vítima”.<sup>908</sup>

---

<sup>907</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 134.

<sup>908</sup> Em raciocínio muito semelhante ao que ora se desenvolve, conquanto voltado a combater a distinção estrutural entre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, Nils Jansen, para quem: “*Ciertamente, no es válida la frase: quien crea el riesgo debe asumir la responsabilidad por la materialización del mismo. Los accidentes se originan de forma típica con motivo de la actividad del causante del daño y, también, de la actividad de la propia víctima. Ambos buscan normalmente con su actividad un interés propio: quien busca unos grandes almacenes, a pesar de estar delicado de las piernas, lo hace comúnmente en interés propio, de igual forma que lo hace el arrendatario de un negocio. En sentido contrario, no obstante, la potencial víctima puede ser responsable en relación con un determinado riesgo: quizás podría haber prevenido de forma especialmente fácil un determinado peligro; quizás debería haber tenido en cuenta que había expuesto a un peligro cosas delicadas; quizás para la potencial víctima era más fácil y propicio contratar un seguro de cosas que para el causante del daño contratar un seguro de responsabilidad civil. En este último caso, el dañado debería asumir la obligación de asegurarse y el correspondiente riesgo de daño quedaría dentro de su ámbito de responsabilidad.*” (JASEN, Niels. *Estructura de um derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y*

A expressão “vítima” – que tem, sem dúvida, um papel simbólico importante – talvez deva ser reservada àquelas relações massificadas, em que uma das partes esteja inexoravelmente submetida a um poder de fato (social ou econômico) do potencial agressor, não havendo, assim, como se sustentar qualquer liberdade de iniciativa que não seja pautada pela dignidade da pessoa humana e pelo princípio da solidariedade social.<sup>909</sup>

### 5.1.2 A boa-fé objetiva, os deveres de proteção e a responsabilidade civil.

Como visto no capítulo anterior, a boa fé objetiva tem como uma das suas principais funções servir de fonte de irrupção de deveres de conduta, impostos às partes de um determinado contrato, seja durante a sua fase de conclusão, seja no decorrer e durante a execução dos deveres de prestação, podendo até mesmo se manifestar em momento posterior ao adimplemento contratual.<sup>910</sup>

Esses deveres – também denominados de *deveres instrumentais, laterais* ou *anexos de conduta* – são impostos tanto ao devedor, quanto ao credor, independentemente da vontade das partes e, em que pese não interessem diretamente ao cumprimento da prestação principal, relacionam-se à perfeita e exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação jurídica obrigacional.<sup>911-912</sup>

Para os fins propostos pelo presente trabalho, entretanto, é de importância fundamental a análise dos deveres de conduta a partir das suas funções, segundo o modelo proposto por Manuel A. Carneiro da Frada<sup>913</sup>, sobretudo os deveres que têm em vista a defender as partes em face das “intromissões danosas” à sua esfera patrimonial ou pessoal decorrentes da conduta da outra parte.<sup>914</sup> Sobreleva-se, portanto, a análise da função de proteção dos deveres

---

*dogmática moderna*. In: *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona: Facultad de Derecho Universidad de Resensburg, Working Paper n.º. 128, abril de 2003. Disponível em < <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/82518/107364>> Acesso em 01 ago. 2013, p. 9).

<sup>909</sup> Esse ponto será desenvolvido com maior profundidade no item 5.4.2 deste Capítulo.

<sup>910</sup> Remete-se o leitor ao Capítulo 04, item 4.1.3.2.

<sup>911</sup> LARENZ, *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958. p. 21-22.

<sup>912</sup> COSTA, Mario Júlio Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 65-66.

<sup>913</sup> Manuel A. Carneiro da Frada propõe a classificação dos deveres de conduta a partir das suas funções: a) os que visam possibilitar o alcance do interesse prosseguido pelo credor com a prestação (a que denomina de fim secundário ou mediato da prestação); e b) os deveres que têm em vista defender as partes das denominadas “intromissões danosas” à esfera da sua vida pessoal ou patrimonial. Para maiores informações, remete-se o leitor para o Capítulo 04, item 4.1.3.2.

<sup>914</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 41.

de conduta, especialmente porque a imposição da obrigação de indenizar quando seja resultante da violação da boa-fé objetiva surge justamente à sombra da violação do que se costuma denominar deveres de proteção.

Para começar, lembre-se do ponto abordado no tópico anterior, no sentido de que qualquer contato humano potencializa os riscos de interferências danosas, não fugindo a essa regra, claro, o contato propiciado por via do contrato.

A propósito, Manuel A. Carneiro da Frada<sup>915</sup> lembra que os primeiros deveres instrumentais surgidos na jurisprudência, vindo a ser por ela depois consagrados, tinham a nítida função de proteção, na medida em que serviam de mecanismo de compensação ao acréscimo de risco trazido pelo contrato, pela imposição, às partes, de deveres de conduta que visavam, em verdade, apenas prevenir ou evitar que aqueles mencionados riscos se operassem.

Nesses casos, como parece relativamente claro, o que se tem em mira é justamente a defesa de posições jurídicas que não foram compreendidas ou consideradas no programa contratual originalmente estipulado pelas partes, no exercício da sua autonomia privada, mas que podem perfeitamente ser afetadas durante a execução das prestações. Cumpre, assim, ao juiz, preencher essa lacuna mediante o auxílio da boa-fé objetiva, explicitando a norma de conduta que seja apta a evitar a periclitación dessas posições jurídicas, segundo as circunstâncias do caso concreto.

De acordo com Manuel A. Carneiro da Frada, uma leitura, ainda que rápida, dos diversos comentários do Código Civil alemão, permite observar um largo espectro de decisões nas quais a jurisprudência germânica, desenvolvendo *praeter legem* o sistema jurídico, principalmente com suporte no § 242 do BGB, acabou por reconhecer os deveres de proteção como uma forma de sujeitar a responsabilidade civil ao regime obrigacional, sempre que a origem do dano, conquanto não se relacionasse diretamente com a violação dos deveres de prestação e correspondentes direitos subjetivos de crédito, estivesse, nada obstante, conexa com o contato contratual.<sup>916</sup>

De fato, pelo menos na Alemanha, todo o esforço de desenvolvimento dos deveres de proteção, dirigiu-se no sentido da reconduzi-los ao regime jurídico obrigacional e,

---

<sup>915</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 143.

<sup>916</sup> *Ibidem*, p. 144.

consequentemente, submeter os danos eventualmente ocorridos da sua violação ao regime da responsabilidade civil contratual.<sup>917</sup>

De todo o modo, percebe-se que foi, por via da função instituidora de deveres da boa-fé objetiva, aplicada àquelas hipóteses específicas de danos ocorridos naqueles setores específicos do tráfego, que se viu a proliferação dos deveres que visavam à preservação da integridade pessoal ou patrimonial das partes, visando, em especial, aos riscos tipicamente anexos à atividade de execução da própria prestação contratual principal.

Nos contratos de locação, por exemplo, reconheceu-se que o senhorio tinha o dever de avisar ao seu locatário a respeito da ordem recebida das autoridades sanitárias de que deveria colocar veneno de ratos na sua cave, sob pena de ficar obrigado a indenizá-lo pela morte de um dos seus cães de estimação.<sup>918</sup>

Num contrato de empreitada, da mesma forma, conclui-se por vigente a regra de que as partes envolvidas não de tomar todas as providências adequadas a que, durante a execução da obra, não se produzam danos pessoais ou patrimoniais recíprocos. Nesse contexto, reconheceu-se que o dono da obra deverá informar ao empreiteiro a respeito dos riscos de perecimento das máquinas acomodadas em uma determinada fenda de construção, se souber que essa fenda poderá ficar alagada por águas subterrâneas.<sup>919</sup>

Os contratos de prestação de serviço – em especial, os contratos de trabalho – mostraram-se campo fértil para desenvolvimento dos deveres de proteção com vistas à tutela do patrimônio e integridade física da contraparte. Assim, o sujeito que se utiliza de instrumentos de trabalho perigosos, deve adotar todas as precauções para evitar a que se venha causar danos para a outra parte. É o que ocorre, por exemplo, com o operário que usa maçarico, que deverá atentar para que as fagulhas não produzam incêndios. Ao empregador, por seu turno, impõem-se deveres de organização e programação de trabalho, assim como condicionamento de instrumentos, instalações e matérias-primas, com vistas à proteção à vida, saúde e, até, propriedade do trabalhador.<sup>920</sup>

---

<sup>917</sup> LARENZ, *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958. p. 362-369; LARENZ, Karl. Culpa in contrahendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”. Trad. de Karina Nunes Frtiz. In: **Revista de Direito Privado**. Ano 9, n. 34, abr./jun./2008. pp. 343-352. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 346.

<sup>918</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 145.

<sup>919</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>920</sup> *Ibidem*, p. 147.

Note-se que, nos casos citados, detectou-se que os danos provinham de perigos específicos relacionados às instalações e locais onde o contrato deveria ser executado, sendo, por conseguinte, natural compreender-se que cada um dos contratantes deveria adotar todas as providências necessárias e adequadas às zonas, espaços ou instrumentos que utiliza para o fim de dar cumprimento às prestações, evitando, com isso, atingir as posições jurídicas da contraparte.

Fica claro, também, que, conquanto tenham se tornado autônomos em relação aos deveres primários de prestação, os deveres de proteção se encontram intimamente conexos com a interação (contato) propiciada pelo contrato e com os riscos gerados na própria execução da prestação.<sup>921</sup>

Não demorou muito, entretanto, para se perceber que os danos também poderiam ser causados em situações em que a ligação com a relação contratual seria meramente ocasional, decorrente antes do simples risco geral da vida, em que pese se possa dizer que o contato propiciado pelo contrato “criou a oportunidade” da ocorrência desses danos.<sup>922</sup>

Nesses casos, torna-se pelo menos intuitivo conceber que os deveres de proteção se assimilariam às regras clássicas da denominada responsabilidade aquiliana (*neminem laedere*). Assim, por exemplo, uma senhora que, ao sair de um estabelecimento onde adquiriu mercadorias, é atingida por uma tábua lançada do prédio em causa;<sup>923</sup> ou, ainda, o encanador que é contratado para fazer um serviço e aproveita a oportunidade para furtar um objeto de valor.

Próximas a tais situações, encontram-se, ainda, todas as hipóteses desenvolvidas pelos tribunais germânicos acerca dos deveres de proteção relacionados ao instituto da *culpa in contrahendo*. Bastante citado, a propósito, é o “caso dos tapetes de linóleo”, em que determinado comerciante é responsabilizado porque, por descuido de seu empregado, uma potencial compradora foi atingida por dois rolos de linóleo que caíram, ferindo-a. Observe-se que, nesse caso, concedeu-se a essa senhora – que não passou de uma potencial cliente – o

---

<sup>921</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. p. 440.

<sup>922</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 154.

<sup>923</sup> BGH 1/12/64, vERr, 1965, 240, *apud* FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 154. O tribunal, nesse caso, concedeu uma indenização por violação contratual positiva, decorrente da violação de um dever de proteção.

direito a uma indenização contra o titular do estabelecimento pelos danos pessoais sofridos, com fundamento na violação de um dever de cuidado *in contrahendo*.<sup>924-925</sup>

Os deveres de proteção costumam apresentar-se, também, com bastante frequência, nos casos em que a execução contratual envolve justamente a transmissão temporária para outra parte do domínio de fato sobre uma coisa ou interesse, em razão do que se costuma dizer que aquela que as recebe em custódia fica onerada com os deveres relativos ao cuidado e proteção.

Entretanto, esses deveres também estarão presentes mesmo nas hipóteses em que não se chegue a concluir qualquer contrato, como, por exemplo, nos casos em que um arquiteto convida o seu potencial cliente a deixar o casaco no guarda-roupa da antessala, enquanto discutem sobre a contratação de um projeto que não se chegue a concretizar; ou um advogado que recebe as informações sigilosas de natureza pessoal ou patrimonial pertencentes a um potencial cliente, com o qual não chegue a celebrar qualquer contrato de prestação de serviços. Nestes e em casos congêneres, afirma-se categoricamente que aquelas pessoas se encontram oneradas com deveres de proteção em relação aos interesses pessoais ou patrimoniais do outro, a que tiveram acesso como decorrência natural do contato.<sup>926</sup>

Como visto no capítulo anterior, também se passou a colocar entre os titulares dos deveres de proteção, não apenas as partes de uma determinada relação obrigacional, mas terceiros que estejam eventualmente submetidos aos riscos de danos pessoais ou patrimoniais, oriundos da execução de determinado contrato. Simetricamente, admite-se que o credor poderia vir a ter sua esfera patrimonial ou pessoal defendida, não apenas por deveres de proteção impostos à contraparte da relação contratual, mas também eventualmente pela extensão desses deveres a certos terceiros, tendo em vista a proximidade deles à esfera do credor e a possibilidade de interferir aí de maneira danosa.<sup>927-928-929</sup>

---

<sup>924</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina. 2007, p. 636.

<sup>925</sup> LARENZ, Karl. Culpa in contrahendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”. Trad. de Karina Nunes Frtiz. In: **Revista de Direito Privado**. Ano 9, n. 34, abr./jun./2008. pp. 343-352. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 346-347.

<sup>926</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 157. Para Larenz, entretanto, o vínculo que se forma aí é contratual, tanto mais se houver qualquer tipo de pagamento ou contraprestação indireta (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo II. Trad. espanhola Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1959. p. 552-554).

<sup>927</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 43-44.

<sup>928</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquilina do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 87, nº. 750, abr. 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 113-120



Uma vez expostos, ainda que em breve sumário, os grupos de situações em que os ditos deveres de proteção costumam aparecer, cumpre, agora, confrontá-los com os contornos dogmáticos da responsabilidade civil, tal como proposto.

Um esclarecimento, entretanto, apresenta-se necessário. Note-se não haver dificuldades em se admitir que os danos que decorram da quebra dos deveres de proteção, até mesmo por estarem conexos com o contato propiciado pelo contrato ou com a própria execução dos deveres de prestação, podem ser reconduzidos aos quadros da responsabilidade civil contratual.<sup>930</sup>

Em verdade, o que gera dificuldade e se encontra em discussão é o princípio da denominada responsabilidade civil extracontratual – considerando-se que a imputação de dano por violação a um dever pressuporia, em princípio, a sua violação culposa – e se seria passível acomodar, nos seus quadros, a violação aos deveres de proteção, de modo a sobrepor ou complementar a já conhecida ordem de responsabilidade calcada na ideia do dever geral de não prejudicar (*neminem laedere*).

A questão, então, perpassa por saber até que ponto a presença de uma lesão à propriedade ou integridade pessoal da contraparte, como decorrência da violação de um dever de proteção, representa uma ofensa a um bem jurídico objeto de uma proteção delitual geral e se, portanto, integra a previsão normativa dos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Nesse passo, cumpre chamar a atenção para que, na maior parte dos casos citados, em que estavam em jogo os mencionados deveres de proteção, a lesão à propriedade ou à integridade física ou moral não resultou de um ataque direto ou intencional a tais bens. Foi antes resultado de uma conduta que apenas indiretamente produziu a lesão, ou seja, traduziu-se numa inobservância de um dever de cuidado que, certamente, acaso tivesse sido respeitado, a teria evitado. Nesse sentido, então, diz-se que se lida com hipóteses em que os danos se produzem “já para além do quadro do decurso da ação que o originou, ou, então, por virtude de uma omissão.”<sup>931</sup>

Segundo Manuel A. Carneiro da Frada, situações como essas suscitam, no âmbito do direito alemão, o desenvolvimento dos denominados *deveres (de segurança) no tráfico*. Estes

---

<sup>929</sup> GODOY, Claudio. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 150.

<sup>930</sup> Na Alemanha, como já referido, as soluções caminham nesse sentido. Conf., LARENZ, *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958. p. 362-369; LARENZ, Karl. Culpa in contrahendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”. Trad. de Karina Nunes Frtiz. In: **Revista de Direito Privado**. Ano 9, n. 34, abr./jun./2008. pp. 343-352. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 346-347.

<sup>931</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina. 1994. p. 163.

deveres exercem por lá funções dogmáticas específicas: a) em primeiro lugar, servem para evidenciar os termos da equiparação da omissão à ação no âmbito da lesão aos bens de outrem, preenchendo assim a previsão delitual; e b) em segundo lugar, proporcionar os quadros de tratamento das denominadas ofensas mediatas aos bens delitalmente protegidos, para o fim de qualificá-las como eventualmente ilícitas, por um juízo de “reprovação do fazer perigar certas posições jurídicas (*unerlauble Gefährdung*), impondo àquele que cria ou mantém uma situação de especial perigo a adopção das providências adequadas a prevenir os danos que ela pode ocasionar.”<sup>932</sup>

Segundo Karl Larenz, o tipo ilícito previsto no § 823, II, do BGB<sup>933</sup> – que, no direito alemão, está relacionado aos *deveres no tráfego* – não pressupõe um ataque direto a um direito subjetivo, sendo antes suficiente a infração a uma norma que vise à salvaguarda de terceiros frente a um perigo abstrato. Entre outras tantas normas protetoras, Larenz cita: a) no Código Penal alemão, as normas sobre injúria, violação de correspondência (StGB, § 300) e de segredo profissional (StGB, § 300) roubo, fraude e apropriação indevida, coação e chantagem, atos contra a segurança do transporte e o tráfego urbano (StGB, §§ 315, 315a, 316, 316a); e b) no Código Civil alemão, as normas sobre a turbação e esbulho da posse (§ 858) e a proibição do abuso de direito (§ 226) etc.<sup>934</sup>

Da exposição acima, percebe-se uma similitude entre as estruturas dos *deveres (de segurança) no tráfego*, do direito alemão, e o denominado dever geral de não prejudicar, decorrente do *neminem laedere*.

A dificuldade – se é que existe – seria sobrepor os *deveres de proteção* à moldura dos denominados *deveres (de segurança) no tráfego*. Isto porque, no direito alemão, os citados deveres se desenvolveram em ordens distintas (contratual e delitual, respectivamente), conquanto com funções semelhantes: a defesa de posições jurídicas e interesses pessoais ou patrimoniais, respectivamente, não previstas no contrato, ou não estatuídas expressamente na lei, senão por meio de uma cláusula geral de ilicitude.

---

<sup>932</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina. 1994. p. 163-164.

<sup>933</sup> BGB § 823 – Obrigação de Indenização: 1.” Aquele que, intencionalmente ou por negligência, atentou contra a integridade corporal, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outrem, é obrigado, em relação à pessoa lesada, à reparação do prejuízo causado”. 2. “A mesma obrigação incumbe a quem contravém a uma lei que tem por fim a proteção de outrem. Se, conforme o teor dessa lei, se pode contravir, mesmo que para isto não haja necessidade de culpa, a responsabilidade civil não existe se uma culpa não se produza.”

<sup>934</sup> LARENZ, *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1959, p. 593-594.

Ou seja, o cerne da questão se encontra (ainda) na divisão dos dois modelos conhecidos de responsabilidade: a) contratual, em que ocorreria a violação de um dever jurídico relativo, i.e., de um dever correlato a um direito subjetivo de crédito; e b) extracontratual, que pressupõe a violação de um dever geral, de natureza absoluta.

Conforme premissa já firmada em capítulo anterior, não haveria sentido na distinção ontológica entre as culpas contratual e aquiliana<sup>935</sup> e, por via de consequência, não haveria também porque se distinguir os dois modelos de responsabilidade. Deve-se pensar em unidade. Esta unidade decorre, entre outras razões, da própria definição de culpa, já citada, cujo elemento objetivo pressupõe a infração a um dever jurídico, independentemente da sua origem (seja ele previsto em alguma regra, seja ele derivada de algum princípio).<sup>936-937</sup>

Nesse sentido, observe-se que tanto os deveres de proteção, quanto os deveres do tráfego têm estrutura idênticas (violação a dever jurídico cujo conteúdo não se encontra definido *ab initio* e cuja concretização depende de pressupostos variáveis) e funções muito parecidas (a defesa de posições jurídicas e interesses pessoais ou patrimoniais).

Com efeito, no âmbito das omissões e das ofensas mediatas ou indiretas aos direitos subjetivos de outrem – campo propício ao desenvolvimento dos *deveres (de segurança) no tráfego* –, a ilicitude não é indiciada de maneira automática, pela produção (adequada) de uma lesão no referido direito. Antes, necessita ser *positivamente determinada* por meio da ponderação de diversos fatores, havendo-se – claro – de dar o devido relevo à periculosidade da conduta no confronto com a necessidade de proteção do potencial bem lesado. Implica,

---

<sup>935</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. vol. XII. tomo II. 2. ed. (portuguesa) São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 598; No mesmo sentido, DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997. Vol. I. p. 124.

<sup>936</sup> A propósito, conferir o Capítulo 01, item 1.2.4.1.

<sup>937</sup> É importante ressaltar que não se está a defender que a unidade aqui proposta decorreria apenas da inexistência da distinção ontológica da culpa contratual e extracontratual. A culpa, como bem adverte Rodrigo Xavier Leonardo, jamais poderia ser entendida como “o imã centralizador de uma noção geral da responsabilidade”, justamente porque ela já não mais representa o ponto central do dever de indenizar. Defende-se a unidade a partir da constatação da identidade da estrutura e função da responsabilidade contratual e aquiliana, fato que é evidenciado pelo princípio da boa-fé. Não se concorda, ademais, que aspectos secundários e relacionados ao direito positivo (como ônus de prova e presunção de culpa, prazos prescricionais distintos ou possibilidades de pré-exclusão de hipóteses de não indenizar) sirvam para definir os contornos da teoria da responsabilidade civil. Embora não conclua da mesma forma, vale conferir LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). Revista de Direito Privado, n. 19, julho-setembro de 2004, pp. 260-269. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 265.

pois, na elaboração (por atividade do juiz) de norma de conduta abstrata, cuja violação deve ser havida, em princípio, como culposa.<sup>938</sup>

Essa atividade de elaboração da norma pelo juiz não servirá a outro propósito senão a formação do juízo de censura a respeito do comportamento do agente (culpabilidade), que deverá seguir um critério objetivado e tipificado de conduta (standard), segundo o qual, para a responsabilidade civil, apenas interessam os conhecimentos e a atitude típica de uma pessoa pertencente à mesma profissão ou a um determinado grupo (v.g., condutores de automóveis, médicos, agricultor, comerciante etc.).<sup>939-940</sup> Estes standards servem, pois, para a aferição do erro de conduta.

No que diz respeito aos *deveres de conduta* havidos por violados, foi visto que o problema se resolverá nos mesmos termos acima expostos, ou seja, os citados deveres independem de prévia previsão legal ou contratual, tendo como uma de suas fontes principais – e, eventualmente, exclusiva – a boa-fé objetiva. Assim, podem ter seu conteúdo determinado pelo juiz em cada caso concreto, segundo o que as circunstâncias fáticas exigirem, sendo que, por meio deles, são estabelecidos parâmetros típicos ou modelos de comportamento (standard) que serviram para aferição do erro de conduta.

É bem verdade que, o expediente acima apontado – que, consciente ou inconscientemente, decorre da própria aplicação das respectivas cláusulas gerais da responsabilidade aquiliana e

---

<sup>938</sup> A respeito dos deveres (de segurança) no tráfico, Larenz afirma que “*no es necesario que a consecuencia de la infracción de la norma haya sido infringido precisamente un derecho subjetivo: es suficiente cualquier daño a un bien ajeno. [...] Por otra parte, es suficiente la infracción de la norma que sólo pretende la salvaguardia de otros frente a un peligro abstracto (como muchos preceptos sobre el tráfico o la obligación de echar arena en caso de helada) sólo cuando la infracción es culposa; si de esta infracción se deriva un daño para otro, es suficiente que este daño sea consecuencia adecuada de la infracción, por tanto, no es preciso que al mismo tiempo sea imputable a culpa el menoscabo de los bienes de otro, "Leyes protectoras" son todas aquellas disposiciones que ordenan o prohíben una cierta conducta, en especial: imponen una pena para proteger a las personas individuales o a una cierta esfera de personas en sus bienes vitales.*” (LARENZ, **Derecho de obligaciones**. Tomo II. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1959, p. 594-595).

<sup>939</sup> “*Frente a dicha posición la jurisprudencia defiende desde hace tiempo un criterio objetivado o tipificado de la culpa, según el cual para la responsabilidad civil interesan sólo los conocimientos y la aptitud típicos de una persona perteneciente a la misma profesión o a idéntico grupo de personas (p. ej. conductores de automóviles), y partiendo de este módulo de enjuicia la aptitude más elevada del sujeto en cuestión. [...] La medida de la negligencia 'objetiva' típica en cada caso es, en cierto modo, el precio que el ordenamiento jurídico paga por el reconocimiento fundamental del principio de la culpabilidad; y de esta forma el principio de la obligación de garantía ha hallado un cierto reconocimiento limitado dentro del principio mismo de la culpabilidad. Excepcionalmente, debe tenerse en cuenta la aptitude individual del obligado cuando alguien no actúa en el ejercicio normal de su profesión o en el ámbito de tráfico jurídico negocial que le es usual, sino que obra únicamente con el fin de prestar auxilio en caso de necesidad o de peligro. En esta hipótesis no puede equitativamente exigirsele más de lo que sea capaz de realizar según sus aptitudes individuales.*” (LARENZ, **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, p. 287-288).

<sup>940</sup> A respeito do conceito e demais questões envolvendo a culpa normativa, conferir Capítulo 01, item 1.2.1.

da boa-fé objetiva – vem sendo duramente criticado pela doutrina, ao argumento de que a ampla admissão de deveres de prevenção do perigo equivaleria, em muitos casos, imputar uma responsabilidade pelo risco, porquanto apenas formalmente estaria amparada nos esquemas próprios da responsabilidade civil por culpa, afinal, “posteriormente à ocorrência de um dano, *ex post*, é sempre possível descobrir um comportamento que, a ter sido observado, o teria evitado.”<sup>941-942</sup>

A crítica, apesar de ponderável, não se sustenta. Em primeiro lugar, porque o apreciar objetivamente a conduta, não importa negar ou prescindir a existência do elemento subjetivo interno. Logo, a inobservância da diligência externa permite normalmente concluir pela falta interna dessa diligência.

Ademais disto, não é exatamente precisa a afirmação de que os deveres de proteção são impostos posteriormente à ocorrência do dano. Eles existem como uma realidade resultante das interações sociais e como decorrência do princípio da confiança, aplicável a qualquer relação. Apenas o seu conteúdo não é fixo, tampouco seus limites. A boa-fé objetiva, nesses casos, apresentar-se-á como a via adequada para concretização, pelo juiz, do plano de ordenação do legislador,<sup>943</sup> quando ele cuidará de estabelecer os limites do citado dever.<sup>944</sup> Ser independente da vontade e demandar uma atividade judicial de concretização, não implica dizer que as partes não se encontrem a ele vinculadas.

Por fim, cumpre lembrar que os deveres de proteção “representam um instrumento extraordinariamente dúctil,” depositado nas mãos da jurisprudência, quando se trata de

---

<sup>941</sup> Segundo Frada, essa postura crítica é a observada em Joseph Esser, Christian von Bar e Pietro Trimarchi (FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina. 1994. p. 165-166). Na Espanha, Nils Jansen reforça o coro dos que se colocam contra a culpa normativa (JASEN, Niels. *Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna*. In: **Revista para el Análisis del Derecho**. Barcelona: Facultad de Derecho Universidad de Resensburg, Working Paper nº. 128, abril de 2003. Disponível em < <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/82518/107364>> Acesso em 01 ago. 2013, p. 10) No Brasil, criticam a concepção de culpa objetiva Alvinio Lima e José de Aguiar Dias, tal como exposto no Capítulo 01.

<sup>942</sup> No Brasil, esta concepção de culpa normativa é aceita por Maria Celina Bodin de Moraes, Marcelo Junqueira Calixto, Anderson Schreiber, Silvio Rodrigues e Caio Mário da Silva Pereira. No direito português, admitem-na, desde que não haja outro critério de valoração da conduta estabelecido em lei, Mário Júlio de Almeida Costa e João de Matos Antunes Varella. A propósito, conferir Capítulo 01, item 1.2.1.

<sup>943</sup> WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé (Zur Rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)**. Trad. espanhola de José Luis de los Mozos. Madrid. Civitas, 1976, p. 52-53.

<sup>944</sup> Em sentido diverso, Anelise Becker afirma que os tanto os deveres de proteção quanto o dever de não prejudicar tem a mesma característica, ou seja, de apenas ser verificável *a posteriori*, constituindo-se, ambos, deveres ‘supostos’. (BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. n 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 45-55, jan./mar. de 1995, p. 53).

proceder a uma adequada distribuição dos riscos de ofensa à integridade, segundo o que as circunstâncias determinarem.<sup>945</sup>

Mediante a utilização da função de protecção dos deveres instrumentais, o juiz poderá graduar a intervenção na liberdade de ação das pessoas, seja pela inversão do ônus de prova quando indiciada a culpa nos termos acima indicados,<sup>946</sup> seja mesmo dispensando-a e tornando irrelevante qualquer análise a respeito da censurabilidade da conduta (com o que ingressará no âmbito da responsabilidade sem culpa), seja até mesmo atribuindo uma indenização como decorrência de um ato lícito, como forma de compensar a vítima pelos riscos que determinada atividade trouxe à sua esfera de interesses constitucionalmente protegidos. Neste sentido, Manuel A. Carneiro da Frada, a propósito do sistema português, esclarece que:

A responsabilidade por violação de deveres de protecção é, conforme salientado, dependente de um juízo de culpa. Contudo, isso não significa que toda a protecção da integridade pessoal e patrimonial das partes susceptível de ser afectada pela configuração específica do contato contratual se processe apenas pela mediação do princípio da culpa. Ao dizê-lo, não se considera agora a aplicabilidade das previsões legais que consagram uma responsabilidade decorrente de actuações que, embora lícitas e permitidas, envolvem caracteristicamente um risco potencial para outros que deva ser suportado por aquele a quem essas actuações aproveitam.<sup>947</sup>

Cumprido encerrar este tópico, portanto, ficando a premissa de que o recurso aos deveres de protecção serve tanto ao discurso fundamentador da situação de responsabilidade que decorre do próprio contrato e dos riscos específicos ligados à sua execução, como também para fundamentar a responsabilidade civil quando os danos produzidos resultam de um risco geral da vida e dos perigos típicos do contato social, ainda quando não propiciados pelo contrato.<sup>948</sup> Por meio deles também será possível alargar o âmbito de aplicação das hipóteses de presunção de culpa ou, até mesmo, justificar a objetivação da responsabilidade.<sup>949</sup>

---

<sup>945</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 194.

<sup>946</sup> Trata-se de hipótese de distribuição dinâmica o ônus de prova, independentemente de lei, como será objeto de discussão no item 5.3, logo em seguida.

<sup>947</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de protecção**. Coimbra: Almedina. 1994, p. 203.

<sup>948</sup> Vale salientar que Manuel A. Carneiro da Frada repudia a utilização dos deveres de protecção como discurso fundamentador da responsabilidade civil quando os danos produzidos resultem de um risco geral da vida. Aceita, contudo, com relação aos perigos típicos do contato social como aquele que é propiciado pelo contrato, por exemplo. (FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 183-184).

<sup>949</sup> Segundo Frada, “a inversão do ônus de prova da culpa (não se esqueça, de novo, o sentido que ela tem no domínio do art. 799 n.º. 1, relativo à responsabilidade obrigacional) faz-se à custa do princípio da culpa. E a admissão ampla (isto é, extensiva ao terreno delitual) de uma responsabilidade pela própria esfera de risco para fundamentar aquela inversão não se harmoniza facilmente com aquele princípio. Não está apesar de tudo excluída a inversão do ônus da prova no sector delitual: ela tem sido praticada em casos de violação de disposições de protecção ou na área de responsabilidade do produtor; re conhece-se que também é extensiva aos deveres no tráfico que contenham um elemento de garantia contra o perigo, o que não deveria alias, na opinião de alguns, aceitar-se como regra.” E, a propósito do dever geral delitual de não prejudicar ninguém, pontua que se esgota, em verdade, “em simples deveres de comportamento. Pretende-se, é certo, a protecção dos bens jurídicos, mas, em princípio, não se onera os sujeitos com um dever de responder por esse resultado a não ser na

### 5.1.3 A tutela da confiança, contato social e a superação da *summa divisio*

Menezes de Cordeiro lembra que, na Alemanha, conquanto a responsabilidade obrigacional tenha, de fato, uma cláusula geral pela qual o devedor responde por dolo ou negligência (§ 276 do BGB), a responsabilidade aquiliana encontra limites em três cláusulas que, embora gerais, não são hábeis a cobrir todo o universo delitual possível (§ 821, 1, § 823, 2 e § 826 do BGB). Naquele país, então, a teoria dos deveres de proteção teve que se desenvolver em bases contratualistas, sendo, portanto, relevante toda a série de discussões que se suscitam em torno dela.<sup>950</sup>

Com relação ao direito português, entretanto, Menezes de Cordeiro obtempera ser desimportante a discussão, visto que as violações dos denominados deveres de proteção têm um enquadramento direto na cláusula geral da responsabilidade civil aquiliana, que emerge do art. 483º/1 do Código Civil<sup>951</sup> (correspondente aos arts. 186 e 927 do Código Civil brasileiro de 2002).

Em sentido semelhante, Fernando Noronha<sup>952</sup> adverte que os deveres de proteção não teriam, no Brasil, a relevância que alcançaram no direito alemão. Entre nós – aliás, como em Portugal –, o Código Civil de 1916, bem assim o Código Civil de 2002, adotou o modelo francês de cláusula geral do delito, o que propicia uma ampla tutela às situações danosas.

No mesmo sentido, Cláudio Luiz Bueno de Godoy afirma que, no Brasil, há uma cláusula geral sobre a responsabilidade delitual à qual podem ser reconduzidas todas as hipóteses de violação de deveres de conduta, que, afinal, sempre acabam por representar uma demonstração de desatenção do dever genérico de não causar prejuízo a outrem (*neminem laedere*). Tal fato dispensaria a necessidade de se recorrer a uma suposta contratualidade para

---

medida em que se tenha demonstrado positivamente um comportamento ilícito-culposo do obrigado a indenizar.” (FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 201-202).

<sup>950</sup> A respeito da cláusula geral de responsabilidade civil aquilina no BGB, Menezes de Cordeiro indica que: “responde o agente que, com dolo ou negligência, viole um direito de personalidade, real ou semelhante - § 821/1 – que, nas mesmas condições, viole uma norma destinada à protecção de outrem - § 823/2 – ou que, dolosamente, provoque danos, atentando contra os bons costumes - § 826.” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina. 2007, p. 636-637).

<sup>951</sup> Código Civil português. SECCÃO V - Responsabilidade civil - SUBSECCÃO I - Responsabilidade por factos ilícitos - ARTIGO 483º - (Princípio geral) “1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”

<sup>952</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 163.

os deveres laterais, até porque, em muitas situações, não há sequer contrato ou mesmo prestação principal, como nos casos de responsabilidade pré-contratual.<sup>953</sup>

Em que pese reconhecer a relevância dessas considerações, Nelson Rosenvald obtempera – com base no potencial que tem o princípio da boa-fé para a instituição de deveres de conduta –, ser possível desenvolver uma distinção entre as hipóteses de responsabilidade civil pela violação do *neminem laedere* e outras situações de responsabilidade que surjam da quebra dos deveres de proteção, tais como nas hipóteses de responsabilidade civil por danos colaterais decorrentes do cumprimento da prestação principal, sugerindo, assim, uma terceira via da responsabilidade, como forma de assegurar uma maior tutela ao ser humano.<sup>954</sup>

Discorda-se de Nelson Rosenvald, em especial no que concerne à conveniência de se distinguir deveres de cuidado (*neminem laedere*) e deveres instrumentais ou de conduta. Isto porque, como visto em passagem anterior deste trabalho, defende-se a unidade conceitual de culpa e, também, da responsabilidade civil, com base da ideia de que certos deveres existentes nos contratos (como lealdade, honestidade, probidade etc.), embora não com a mesma intensidade, podem também surgir nas relações sociais.

Ou seja, propõe-se não ser necessária qualquer diferenciação entre os deveres genéricos de cuidado e os deveres concretos de proteção, derivados da boa-fé objetiva, senão no quadro de intensidade do contato social.<sup>955</sup> Defende-se, ademais, que a apontada *summa divisio* é absolutamente artificial, formalista e apenas compreensível num sistema em que se tinha a vontade individual hipervalorizada, sendo, assim, mais útil o desenvolvimento de uma teoria unitária da responsabilidade.<sup>956-957</sup>

Contudo, para além da proposta lançada, as ponderações feitas pelo citado autor parecem importantes, por duas razões: a) dá relevância ao apelo transformador propiciado pelo princípio da boa-fé, através da sua função integradora e instituidora de deveres de conduta; e b) de certa forma, instiga a compreensão da função de proteção dos deveres instrumentais e a sua importância para o desenvolvimento das hipóteses de responsabilidade civil.

---

<sup>953</sup> GODOY, Claudio. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 98-99.

<sup>954</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 105.

<sup>955</sup> No mesmo sentido, BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. n 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 45-55, jan./mar. de 1995, p. 53-54.

<sup>956</sup> Conferir o Capítulo 1, item 1.2.4.1.

<sup>957</sup> BECKER, Anelise. *Op. cit.*, p. 53-54.



Não parece irrelevante notar o potencial dogmático revelado pelos *deveres de proteção* no âmbito da responsabilidade civil, no direito alemão, tanto mais se considerado que eles se desenvolveram em um sistema jurídico cuja responsabilidade delitual não possui uma cláusula geral tão ampla como o do *Code Napoléon*, o que forçou a jurisprudência tedesca a buscar soluções variadas no direito obrigacional.

Vale, também, notar que, em que pese o Código Civil brasileiro tenha se inspirado no sistema do *Code de Napoléon*, a sua jurisprudência não teve o mesmo arrojado que as cortes francesas demonstraram no desenvolvimento das hipóteses de aplicação do art. 1.382 do Code Napoléon. Como visto, lá, a partir do citado artigo, a jurisprudência veio paulatinamente estabelecendo deveres de conduta, tais como o *devoir de renseignement* em matéria pré-contratual (reconduzida, no sistema francês, ao campo da responsabilidade delitual), os deveres de cuidado, de diligência, de atenção etc., cuja não observância poderá conduzir à obrigação de ressarcir os danos, ampliando, com este expediente, o campo dos danos indenizáveis.

O Brasil, nada obstante, não saiu da figura abstrata e esquiva do dever geral de cuidado. Prova disso, é tentativa baldada de desenvolvimento jurisprudencial da responsabilidade civil pré-contratual, antes de se associá-la à boa-fé objetiva. Na maior parte destes casos, o dever geral de cautela (ou *neminem laedere*) – extremamente abstrato e desapegado do caso concreto – mostrou-se insuficiente para justificar a denominada *culpa in contrahendo*.<sup>958</sup>

Superadas as concepções individualistas e esgotadas a capacidade teórica da distinção entre responsabilidades contratual e extracontratual a partir de um sistema baseado (exclusivamente) na vontade, a questão, afinal, é encontrar um fundamento capaz de delimitar até que ponto a vinculação entre as partes justificaria uma responsabilização, sem que, com isso, promova-se uma intervenção desmedida na liberdade das pessoas – ou, o que talvez seja pior, amplie-se demasiadamente o círculo de relações que gerem danos indenizáveis –,<sup>959</sup> mas,

---

<sup>958</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como um processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 90.

<sup>959</sup> Manoel A. Carneiro da Frada, a propósito, parece defender uma possibilidade de variações de regimes a depender da origem da lesão (interna ou externa ao crédito) e da espécie de bem lesado (patrimonial ou pessoal). Segundo suas próprias palavras, “tudo conflui para a conclusão de que estes deveres de proteção exprimem o dever geral de respeitar as posições jurídicas alheias e devem ser funcionalmente reconduzidos ao direito delitual. Não poderá, todavia, ignorar-se que a responsabilidade aquiliana não protege o patrimônio *qua tale* contra ataques exteriores. Nestas hipóteses, aqueles deveres colmatarão as brechas na linha defesa delitual do *status quo*.” Segundo o citado autor, não haveria razões para não se conferir a proteção contratual às situações de violações externas as posições puramente patrimoniais. Assim, deste último ponto de vista, “há uma aproximação clara das soluções do direito dos contratos (já que aqui os interesses patrimoniais puros, máxime, o crédito, são objeto de proteção), aproximação que é ainda reforçada pelo regime subsequente à violação dos

por outro lado, promova-se uma efetiva tutela das esferas pessoais e patrimoniais dos envolvidos nestes contatos.

Mais do que isso, é preciso um fundamento que seja apto a reagrupar os casos díspares, ressystematizando-os, mas, ao mesmo tempo, sem perder de vista a necessidade de atender aos reclamos da solidariedade social.

Segundo Manoel Carneiro da Frada,<sup>960</sup> é dupla a perspectiva, nesse cenário: a) uma teoria que busca imputar a especificidade desses deveres a um *contato social* entre as partes; e b) uma segunda que considera a doutrina da *confiança* recíproca apta a fundamentar uma situação especial de responsabilidade.

A teoria do contato social, sistematizada pela primeira vez pelo sociólogo alemão Leopold Von Wiese, foi inicialmente introduzida na linguagem jurídica para explicar os deveres existentes entre os interessados em celebrar um contrato, ou seja, visava a explicar a *fattispecie culpa in contrahendo*, depois incorporada ao direito pela via da teoria das fontes.

A partir daí, pode-se dizer, o contato social passou a ser uma *fattispecie* (ou *Tatbestand*) comum aos contratos e aos delitos.<sup>961</sup>

Segundo Leopold von Wiese e Howard Becker, as relações sociais são o resultado de processos de aproximação ou de afastamento entre os indivíduos. A sociedade, por sua vez, constitui-se numa textura de relações interpessoais, ou uma série de processos de aproximação e distanciamento entre as pessoas. E todas as relações – sejam associativas ou dissociativas – começam por meio dos mencionados contatos sociais, embora nem todo contato dê origem a um processo deste viés. Os referidos contatos são marcadamente instáveis e tem por função permitir um relaxamento das interações, amortecendo processos de oposição, inimizade e desacordo, de tal maneira que acabam por constituir-se um pré-requisito para a associação dos seres humanos individuais.<sup>962</sup>

---

deveres de protecção no que toca à inversão do ônus de prova da culpa e, sobretudo, quanto à responsabilidade por auxiliares segundo o figurino do art. 800, nº. 1.” Assim, restaria constatada a inviabilidade de uma redução dogmática unitária de todos os deveres de protecção da integridade, em razão do que afasta as soluções globalistas, pondo-se contra um textura extratificada encontrada na doutrina, pois “os deveres de protecção distribuem-se na realidade por uma largo espectro que vai desde os confins do delito até zonas limítrofes do acordo negocial, isto é, ao liminar do contrato.” (FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de protecção**. Coimbra: Almedina. 1994. p. 262-263 e 274).

<sup>960</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>961</sup> BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. n 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 45-55, jan./mar. de 1995, p. 47.

<sup>962</sup> WIESE, Leopold von; BECKER, H. O contato social. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). **Homem e sociedade – leituras básicas de sociológica geral**. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1976, p. 145.

Na medida em que se analise um determinado processo social, o que se procura estabelecer são as modificações das distâncias interpessoais e os graus que elas atingiram, ou seja, visa-se a determinar as alterações na intensidade e no tipo de ajustamento das relações pré-existentes. Explique-se melhor: as relações sociais são instáveis e encontram-se sujeitas a alterações das distâncias interpessoais, infligidas pela dinamicidade da vida em sociedade. No decorrer desse processo associativo e dissociativo, podem-se distinguir relações sociais, segundo o maior ou menor grau de proximidade ou distância em que se encontram os indivíduos.<sup>963</sup>

Segundo Anelise Becker, o contato social ingressa no mundo jurídico porque, assim como podem ser desfeitos quase que instantaneamente, podem dar início a processos sociais que, “conforme a suficiência do suporte fático, podem sofrer a incidência de uma norma jurídica.”<sup>964</sup>

A doutrina do *contato social* é marcadamente orientada a substituir a visão individualista – consistente com uma anônima convivência e possibilidade de lesões ocasionais (cuja regra do *neminem laedere* visaria prevenir) –, pelo reconhecimento de situações de contatos mais próximos entre as pessoas, sempre que uma delas, para alcançar determinado objetivo (como no caso de um contrato), exponha os seus bens à influência alheia, em especial quando ingressa no âmbito da esfera jurídica dominada por outrem.

Nessas hipóteses, surgiriam deveres específicos de proteção frente ao patrimônio ou pessoa da parte susceptível de ser afetada pela atuação da contraparte. Por sua vez, os riscos acrescidos de danos (*gesteigertes Risiko*) provenientes dessa especial possibilidade de interferência (*besondere Einwirkungsmöglichkeit*), justificariam a aceitação de uma responsabilização que ultrapassasse os figurinos conhecidos da responsabilidade delitual.<sup>965</sup>

No direito português, Carlos Alberto da Mota Pinto parece admitir a teoria do contato social como fundamento dos deveres de proteção, pelo menos quando sejam eles derivados de um contrato já extinto, visto que, do contrário, estar-se-ia “fazendo tábua rasa do *contacto negocial* que, efectivamente, existiu entre as partes.”<sup>966</sup>

---

<sup>963</sup> WIESE, Leopold von; BECKER, H. O contato social. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). **Homem e sociedade – leituras básicas de sociológica geral**. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1976, p. 146-147.

<sup>964</sup> BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 45-55, jan./mar. de 1995, p. 48.

<sup>965</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina. 1994. p. 243.

<sup>966</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, a propósito da responsabilidade civil por danos causados após a extinção do contrato, assevera: “Não nos oferece dúvida a qualificação contratual da responsabilidade por danos causados pela violação dum dever lateral, derivado dum contrato, não obstante a posterior resolução do negócio. Seria um

No direito brasileiro, Clóvis do Couto e Silva exclui a possibilidade do *contato social* servir de fundamento aos deveres de conduta. Conquanto reconheça que, tanto os deveres instrumentais, quanto os deveres que são criados por via do citado contato, não decorram de um ato de vontade, afirma que estes últimos “não seriam concretos, o que afastaria qualquer possibilidade de pensar em assemelhá-lo aos que nascem da incidência da boa-fé, no desenvolvimento da relação obrigacional,”<sup>967</sup>

Manoel A. Carneiro da Frada, por sua vez, entende que a teoria do *contato social* seria insuficiente para justificar uma modalidade de responsabilidade especial, em razão da vagueza e imprecisão do que se entende como *contato mais estreito*, tanto mais considerando as sociedades atuais, em que se observa um elevado grau de interdependências e complexidade nesses contatos. Segundo o citado autor, uma vez que se trata de situação de fato, o problema já se apresentaria pela dificuldade de selecionar, sem arbitrariedade, quais os contatos sociais que seriam relevantes para justificar uma imposição de deveres de proteção que sejam substancialmente distintos dos deveres que decorrem do *neminem laedere*.<sup>968</sup>

Desenvolvida por Claus Canaris, a *teoria da confiança* parece representar a tentativa mais completa de alicerçar uma responsabilidade intercalada entre o contrato e o delito. Propugna, suplantando a dicotomia entre a tradicional dualidade da responsabilidade, introduzir um terceiro fundamento para a imputação do dano, qual seja, a confiança, cuja violação daria ensejo à responsabilidade.

Segundo Menezes de Cordeiro, a confiança, enquanto fato, exprime a situação em que uma pessoa se liga, em termos de ação ou crença, a certas representações, passadas, presentes e

---

pensamento cego perante as determinantes teleológicas do regime da responsabilidade contratual, isto é, uma atitude aritmética do pensamento problematizador e de valoração teleológica que deve ser o do jurista, desprover do carácter contratual uma lesão de bens patrimoniais ou pessoais, resultante da violação dum dever contratual de protecção, fazendo tábua rasa do contacto negocial que, efectivamente, existiu entre as partes, só porque, ulteriormente, veio a ter lugar uma resolução do contrato.” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão do contrato**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 415).

<sup>967</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como um processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 90.

<sup>968</sup> Segundo o referido autor: “é certo que contactos sociais estreitos obrigam os intervenientes à adopção de medidas especiais com vista à preservação da integridade alheia. O que pode duvidar-se é se isso, como puro dado de facto, chega só por si para justificar uma ordem de deveres qualitativamente distintos dos deveres delituais comuns. Na verdade, as dificuldades começam logo à hora de seleccionar os contactos sociais relevantes. Numa sociedade que, como a hodierna, apresenta um elevado grau de interdependências e complexidade, as formas do contacto são tão diversificadas e de intensidade tão variada que os critérios basilares do acréscimo de risco e da especial possibilidade de interferência não lograriam, sem arbitrariedade, estabelecer uma nítida linha de separação na escala variável de intensidade que os ditos contactos podem apresentar.” (FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de protecção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 243).

futuras, que tenha por efetivas. Já o princípio da confiança representaria o reconhecimento dessa situação de fato e sua tutela.<sup>969</sup>

A confiança foi, desde sempre, um argumento de relevo para a legitimação de uma ordem especial de proteção da integridade no âmbito daquelas mencionadas relações especiais, intercedendo, em muitas ocasiões, ao lado das razões ligadas ao contato social e servindo, assim, ora para limitar, ora para concretizar, do ponto de vista material, esse contato. A confiança, neste contexto, assumiria uma função integradora e complementar da autonomia privada, suprimindo eventuais “lacunas de proteção” e abrindo a possibilidade de reconhecimento de intromissões danosas aos interesses da contraparte, mediante a compensação por meio de uma responsabilidade acrescida (*gesteigerte Verantwortlichkeit*).<sup>970</sup>

Manoel A. Carneiro da Frada critica a teoria da confiança, por entender que a própria expressão “confiança” é dotada de ambiguidades. Segundo o autor, a ambiguidade residiria justamente no fato de que, por *confiança*, pode-se exprimir tanto um dado fático, representativo de um estado psicológico do sujeito (daquele que *confiou de fato na correção do comportamento da outra parte*), como uma avaliação axiológico-normativa de um comportamento (daquele que merece tutela porque, em dada situação, independentemente do seu estado de ânimo, *deve poder confiar*).<sup>971</sup>

Assim, para o citado autor, o simples fato de o termo *confiança* ser representativo de algo diferente da imposição jurídica de um dever (i.e., o dever de as partes evitarem infligirem-se mútuas lesões, em dado contato entre as respectivas esferas patrimoniais e pessoais) já tornaria o critério duvidoso.<sup>972</sup>

Ademais disto, afirma o caráter difuso do conceito de confiança, visto que é um termo onipresente na vida social como um todo, o que dificultaria saber as situações em que se

---

<sup>969</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1234.

<sup>970</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina. 1994. p. 249-250.

<sup>971</sup> *Ibidem*, p. 251-252.

<sup>972</sup> São fortes as críticas de Frada a esse respeito: “Que o poder confiar represente então alguma coisa de distinto do efeito da imposição jurídica de, no contacto das esferas pessoais e patrimoniais, as partes evitarem infringir-se mutuamente lesões, adoptando a diligência exigível da situação, é naturalmente duvidoso. Por isso, assiste razão a quem, como THIELE, reconhece que o ‘princípio da confiança não logra justificar sozinho os deveres de proteção’, admitindo a sua impropriedade no contexto de situações em que os elementos subjectivos internos do lesado não relevam. Ele só é dogmaticamente útil suposto que constitua de facto a fonte de legitimação de uma ordem específica de comportamentos. Não há dúvida que a querela entre uma concepção psicológica e um entendimento normativo ou objectivo da confiança reflecte o quanto nesta doutrina se mistura o fático e o normativo, deixando-se com frequência de distinguir claramente entre a causa e o efeito da protecção jurídica. Corre-se o perigo de uma argumentação circular, bem manifestada no resumo de v. BAR: ‘É lícito confiar porque existe um fundamento para a pretensão, esta nasce porém quando se confia.’” (FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 252).

poderia isolá-la para o fim de fundamentar um dever de reparar.<sup>973</sup> Como o princípio da confiança penetra em todos os âmbitos da atividade humana, dificilmente se poderia utilizá-lo como fato de intensificação do dever de responder e uma fonte legitimadora de uma ordem de comportamentos distinta da do delito. Afirma o autor que supor que a confiança aqui é *disfuncional*, como faz Canaris, é realmente dar como meio de prova aquilo que justamente haveria de ainda ser demonstrado.<sup>974</sup>

Apesar das críticas, Manoel A. Carneiro da Frada reconhece a persuasividade natural da doutrina da confiança e a sua suscetibilidade de concitar uma espontânea adesão, fundamentando uma especial ordem de proteção da integridade pessoal e patrimonial das partes. De fato, a experiência demonstra que não haveria contato entre as esferas jurídicas se alguma das partes suspeitasse que a outra não iria atuar com a precaução devida, de sorte a evitar lesões.

Assim, segundo o referido autor, não se trata de enfileirar no coro crítico das vozes que se erguem contra a doutrina da confiança, mas apenas prevenir contra fundamentações simplistas de juízos de responsabilidades especiais, principalmente naquelas ordens de proteção distintas da ordem do delito, chamando a atenção para o fato de que a confiança, por si só, não permite justificar todas as diferenciações ali implicadas.

Para além dessa ressalva, entretanto, nada depõe contra a adoção da confiança como fundamento da responsabilidade, pois tudo estará a depender das especificidades do caso concreto a que a confiança esteja proposta a aplicar-se, ou seja, “das particularidades de configuração, estrutura ou articulação dos comportamentos humanos que lhe estejam na base, o que é reconhecer todavia também que não basta a remissão para o princípio da confiança *tourt court*”.<sup>975</sup>

Portanto, os deveres de proteção podem ser justificados pela confiança, enquanto juízo axiológico-normativo. Entretanto, ao se utilizá-la como diretiva para fundamentar uma determinada decisão, deve-se ter em conta que a confiança não pode ser utilizada sem critérios, isto é, sem referência à estrutura ou em articulação com os comportamentos humanos que lhe sirvam de fundamento, concretamente falando.

Conclui-se, então, que o contato social propicia os processos de aproximação e distanciamento entre os indivíduos. Essas aproximações dependerão, em maior ou menor

---

<sup>973</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 253.

<sup>974</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina. 1994, p. 255.

<sup>975</sup> *Ibidem*, p. 257.

medida, da adesão a certas representações (passadas, presentes ou futuras), por todos conhecida (confiança enquanto fato). Embora nem todo contato social seja suficiente para originar uma relação ou processo social, na medida em que eles vão ocorrendo, poderão ser distinguidas hipóteses típicas de interações, nas quais se possa explicitar uma relação de efetiva crença, a ponto de merecerem tutela jurídica (confiança enquanto princípio jurídico).

Retomando o exemplo do sujeito que cai em um lago e pede socorro, por não saber nadar, trazido em capítulo anterior,<sup>976</sup> conclui-se que o transeunte, que simplesmente passa por ali, não realizou um nível contato social (no máximo, visual) em intensidade tal que lhe colocasse na posição de garante. Não haveria solidariedade social que justificasse colocá-lo nesta posição, de sorte que o exemplo ali dado, com seus desdobramentos, não parece ter respaldo no contato social, tampouco no princípio da confiança.

Situação diversa, mas sem interesse prático ao presente estudo, é se o transeunte tivesse na condição de garante, por imposição legal, como ocorre com os socorristas, salva-vidas, policiais etc.

Pode-se imaginar, entretanto, uma situação distinta e que serve para ilustrar a posição aqui adotada: imagine que um grupo de jovens citadinos resolve passar uma temporada no campo, em uma fazenda que margeia um rio caudaloso e conhecido, na localidade, pelas suas fortes correntezas. Por indicação do dono da fazenda, os jovens resolvem fazer um divertido passeio de barco (de uso da fazenda), por um pequeno afluente do rio, sendo, então, orientados a circundar uma determinada ilha e que, assim o fazendo, não ingressariam no curso do rio principal.

Imagine, agora, que estes jovens – sem qualquer experiência de navegação – desorientam-se e acabam ingressando na forte correnteza do rio, culminando, assim, em trágico acidente, sendo alguns deles vítimas de afogamento. Conclui-se, então, haver aqui uma possível situação de responsabilidade civil do proprietário da fazenda, por quebra de deveres de proteção, derivados da boa-fé, que, em linha de princípio, será regida pelo princípio da culpa. Note-se que a interação resultante do contato entre eles foi suficiente para despertar no espírito dos jovens a confiança necessária para fazer a (desastrosa) travessia. O proprietário da fazenda, por outro lado, coloca-se na posição de proteger as posições pessoais dos jovens citados, na medida em que era conhecedor dos riscos inerentes e, nada obstante, incentivou o passeio, sem as cautelas que seriam de se esperar.

---

<sup>976</sup> Permita-se remeter o leitor para o Capítulo 01, item 1.2.4.2, evitando repetições desnecessárias.

## 5.2. O PRESSUPOSTO SUBJETIVO E SUAS RUPTURAS

### 5.2.1 Métodos clássicos de aferição da culpa, suas alterações e crítica ao *bonus pater familias*

Como visto no capítulo inicial, poucos conceitos jurídicos sofreram, ao longo dos últimos dois séculos, tantas transformações quanto o da culpa. Não se pretende – obviamente – transcrever os pontos já desenvolvidos no citado capítulo, senão fazer um breve apanhado das principais conclusões, aditando-lhe as informações necessárias a este derradeiro capítulo.<sup>977</sup>

Viu-se que a primeira concepção de culpa não demorou a demonstrar a sua insuficiência.

A culpa era, inicialmente, aferida a partir da noção moral da conduta, denotando, assim, uma faceta excepcionalmente psicológica. Até mesmo a clássica fórmula da negligência, imprudência e imperícia, incorporada às codificações modernas, inclusive à nossa codificação civil, e apresentada como critério para definição da culpa, costumava revelar um forte apelo moral e psicológico.<sup>978</sup>

Diante de tal concepção – que não prescindia da análise de intenções, previsões concretas e atributos pessoais do agente –, não faltou quem visse na culpa um caráter puramente moral, de aferição nada científica.<sup>979</sup>

Anderson Schreiber conjectura, entretanto, que seria exagero dizer-se não ter havido qualquer vantagem nessa formatação dogmática da culpa. Segundo o referido autor, a atribuição de um caráter moral à noção de culpa, de certo modo, culminou por influenciar profundamente a construção de um moderno sistema de responsabilidade civil, assegurando um fundamento ético ao dever de reparar, além de ter servido, ao seu tempo, como obstáculo verdadeiramente sólido para a reparação indiscriminada dos danos.<sup>980</sup>

O problema é que o obstáculo foi tão seriamente reproduzido em sede jurisprudencial, a ponto de dificultar a obtenção das indenizações, que acabou gerando algumas injustiças. Na

---

<sup>977</sup> Para um apanhado completo, permita-se remeter o leitor para o Capítulo 01, itens 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3, 1.2.4.

<sup>978</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 14.

<sup>979</sup> Por todos, conferir: MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 211; SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 16-17.

<sup>980</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 16.



tentativa de superá-las, viu-se a série de expedientes que se propunham facilitar o acesso concreto da vítima à reparação, entre os quais: o estabelecimento de presunções judiciais e legais de culpa; a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual; a objetivação da culpa e, por fim, a própria dispensa da culpa quando se mostrasse impossível ou mesmo desnecessário efetuar qualquer tipo de censura à conduta do agente, bastando, assim, que certa atividade trouxesse um risco considerável aos direitos de terceiros.

Entre todos esses expedientes, a doutrina costuma apontar a teoria do risco como sendo o mais importante e consistente no embate à teoria da culpa, até mesmo porque possibilitou a reestruturação do instituto da responsabilidade civil mediante a criação da denominada responsabilidade sem culpa ou objetiva. Ocorre que, apesar do avanço da responsabilidade civil objetiva no âmbito doutrinário, jurisprudencial e, contemporaneamente, legislativo, o sistema jurídico brasileiro – aliás, como na generalidade dos países de base romano-germânica –, não dispensou ou excluiu a responsabilidade civil de cunho subjetivo, calcada na ideia de culpa.<sup>981</sup>

De fato, basta passar rapidamente em revista o ordenamento jurídico brasileiro para que se chegue a essa conclusão. Na Constituição Federal de 1988, por exemplo, tem-se: a) o seu art. 7º, XXVIII, que assegura ao trabalhador o direito à percepção de um seguro contra acidente de trabalho a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado a pagar quando incorrer em dolo ou culpa; b) o art. 37, § 6º, que assegura às pessoas jurídicas de direito público, assim como as de direito privado prestadoras de serviços públicos, o direito de regresso contra os responsáveis pelos danos causados a terceiros, nos casos de dolo ou culpa.<sup>982</sup>

Também, a nível infraconstitucional, tem-se, entre outros: a) a cláusula geral do art. 186 do Código Civil de 2002, que cuida da responsabilidade civil delitual decorrente de ação ou omissão voluntária, negligente e imprudente; b) o art. 120 da Lei nº. 8.213/91,<sup>983</sup> que assegura à autarquia previdenciária o direito de regresso contra o empregador, para haver dele o valor

---

<sup>981</sup> Permita-se remeter o leitor ao Capítulo 01, item 1.3.3.

<sup>982</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; [...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

<sup>983</sup> Lei 8.213/91: “Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.”

correspondente aos benefícios pagos aos acidentados, quando o acidente de trabalho tiver decorrido de negligência no cumprimento de uma série de normas-padrão de segurança e higiene do trabalho, indicadas para a proteção individual e coletiva; c) o art. 5º da Lei nº. 8.429/92,<sup>984</sup> que estatui a obrigação de ressarcir os danos ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, de agente público ou de terceiro; d) o art. 14, § 4º, da Lei 8.078/90,<sup>985</sup> segundo o qual a responsabilidade civil dos profissionais liberais pelos danos causados aos seus clientes deverá ser mediante verificação da culpa; e e) o art. 32 da Lei 8.906/94,<sup>986</sup> que estabelece a responsabilidade pessoal do advogado pelos atos que, no exercício da sua profissão, praticar com dolo ou culpa. Entre outros.<sup>987</sup>

Isso indica, claramente, que há certas relações jurídicas, como nos casos de direito de regresso contra o verdadeiro culpado (em certas hipóteses de responsabilidade objetiva), ou como aquelas que envolvam a liberdade de uma dada profissão (como a dos profissionais liberais, no geral), ou até mesmo a liberdade de manifestação de pensamento (como nos casos de liberdade de imprensa), em que a objetivação da responsabilidade civil, não apenas representaria um exagero desmedido, como ignoraria o que verdadeiramente serve de fundamento para a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, a ideia de que há um espaço jurídico e legítimo de uso da liberdade de ação, da manifestação da autonomia da vontade, cuja má utilização, apenas, autorizaria a responsabilização do agente.

Portanto, conclui-se que, se o sistema não dispensa a culpa – pelo menos para certos segmentos do tráfico social – deve a sua prova ser facilitada, em alguns casos pelo estabelecimento de presunções legais ou judiciais.

Ocorre que o estabelecimento de presunções de culpa acabou sendo desvirtuado. Com efeito, a presunção de culpa representa uma solução intermédia entre as injustiças decorridas das exigências de prova psicológica da culpa, ao tempo em que se contornavam os argumentos

---

<sup>984</sup> Lei 8.429/92: “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.”

<sup>985</sup> Código de Defesa do Consumidor: “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

<sup>986</sup> Lei 8.906/94: Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

<sup>987</sup> Embora tenha sido considerada revogada pela Constituição de 1988 (ADPF 130), o art. 49 da Lei 5.250/64, estabelecia que: “Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar.” Os casos até então regulados por este dispositivo deverão ser reconduzidos para às hipóteses dos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002.

favoráveis à adoção generalizada da teoria do risco, como novo fundamento da responsabilidade.

Anderson Schreiber alerta, entretanto, que, na prática, as presunções de culpa foram passando, por meio de uma atuação jurisprudencial, de presunções relativas para presunções absolutas, de tal modo que o juiz, ao final, já presumia de forma tão definitiva a culpa do ofensor, que isso equivalia a dispensá-la para fins de responsabilização,<sup>988-989</sup> quando, em verdade, essa presunção “absoluta” só poderia decorrer de hipótese casuisticamente prevista lei.

No decorrer dessa onda de ataques, viu-se reestruturar e surgir um novo modelo de culpa, que pudesse sobreviver pareada com a teoria do risco. Essa reestruturação dogmática do pressuposto subjetivo deu-lhe uma feição normativa, que culminou com a consagração da chamada culpa objetiva. Ela perdeu, de vez, a sua feição de estado de ânimo do agente. Preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, previsão do dano e a reprovabilidade moral da conduta praticamente perderam espaço para outros critérios, tais como o esforço empregado para evitar o dano, segundo a natureza e o valor protegido; a periculosidade da atividade e a diligência adotada para evitá-lo; a perícia exigível, de sorte a se esperar mais de um especialista do que de um leigo; a previsibilidade do dano, entre outros, como medidas do juízo de censura.<sup>990</sup>

A culpa, sob esta feição normativa, passou a ser entendida como “erro de conduta”, a ser apreciado não em concreto, com base nas condições pessoais e capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, “isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune de aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão culpa objetiva”.<sup>991-992</sup>

Por tradição do nosso direito, o modelo de conduta abstrato de comportamento que se emprega é o do parâmetro romanista do *bonus pater familias*, assim entendido como o homem médio, o homem-padrão, o indivíduo prudente. Para se verificar se o agente incorreu em erro de conduta – e, portanto, agiu com culpa –, mister comparar o seu comportamento

---

<sup>988</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33.

<sup>989</sup> Nesse sentido, tem-se o exemplo emblemático do Brasil que, inicialmente, por meio da Súmula 341 do STF, veio declarar a hipótese de presunção *juris et de iure* da culpa do preponente, vedando qualquer espécie de prova em contrário (o que equivale, na prática, a objetivar a responsabilidade), processo este que foi encerrado pelo Código Civil de 2002, que declarou em termos expressos a responsabilidade objetiva do ‘empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele’ (arts. 932, inciso III, e 933)”.

<sup>990</sup> A propósito, observar os critérios verificados por Miguel Martín Casals, descrito no Capítulo 1, item 1.2.2.

<sup>991</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>992</sup> A propósito, remete-se o leitor ao Capítulo 01, item 1.2.1.

com aquele que seria normal e correntio em um homem-médio, fixado como padrão.<sup>993</sup> Ou, ainda, segundo Alvino Lima, devemos “fazer abstração das circunstâncias internas do agente, isto é, do seu estado de alma, hábitos, caráter, ou, numa palavra, das circunstâncias de ordem intelectual, para atendermos tão-somente às circunstâncias externas, de ordem física, como sejam as de tempo, de lugar e influência do meio social”.<sup>994-995</sup>

Sem dúvida, a configuração objetiva da culpa (também denominada normativa) atenua consideravelmente as dificuldades inerentes à sua demonstração, evitando-se o subjetivismo da análise em concreto. Prescinde-se, com este método, da investigação psicológica das intenções, previsões ou características pessoais do agente, facilitando-se a prova da culpa.

Ocorre que, exatamente por isso, impõe-se um flagrante divórcio entre a culpa e sua tradição moral. Assim, corre-se o risco de um indivíduo ser considerado culpado ainda que tenha feito o seu melhor para evitar o dano, considerando, concretamente, as suas características de ordem intelectual e habilidades específicas. Tais aptidões (ou inaptidões) de cada sujeito deixam de ser relevantes para a análise da culpa, ressalvado apenas casos extremos de incapacidade jurídica.<sup>996</sup>

Assim, a maior crítica que se pode fazer à concepção normativa da culpa reside no fato de propiciar um juízo dotado de elevado grau de abstração, relegando à suposta inutilidade a avaliação das situações concretas em sua rica multiplicidade. Apesar das contundentes críticas a esta formulação objetiva ou normativa da culpa, recorde-se que ela é a mais utilizada pelos sistemas jurídicos no geral, inclusive é a concepção que vem predominando no Brasil.<sup>997-998</sup>

---

<sup>993</sup> Como já referido, a ideia do homem médio está ligado ao fato de que não seria razoável exigir de alguém uma diligência extrema, acima da média, contentando-se a dogmática com o comportamento usual da maioria das pessoas diante da situação vivenciada pelo agente.

<sup>994</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 43.

<sup>995</sup> A metodologia do *bonus pater familias*, adverte Schreiber, não é substancialmente distinta da metodologia adotada pelos ordenamentos do *common law*, nos quais se invoca o chamado *reasonable man* como parâmetro abstrato de comportamento (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 36).

<sup>996</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>997</sup> Na visão de Larenz, a apreciação objetivada da culpa, em cada caso, de certo modo, é o preço que o ordenamento jurídico paga pelo reconhecimento da natureza fundamental do princípio da culpabilidade. (LARENZ, **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, p. 288). Mas, o citado autor adverte que esta forma de imputação objetiva da ação, conquanto possa ser diferenciada daquela imputação pessoal, isto é, por um ato de vontade consciente, é também voluntária. Nas palavras do próprio Larenz, “*objetivamente imputavel’ a la voluntad humana es también aquella conducta ‘involuntaria’ que no fué dominada por dicha voluntad, pero que puede serlo porque se da em definitiva la posibilidad de un control de la conciencia.*” (LARENZ, **Derecho de obligaciones**. Tomo II. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1959, p. 564-565).

<sup>998</sup> No Brasil, admitem expressamente a culpa normativa Caio Mário da Silva Pereira, Anderson Schreiber, Maria Celina Bodin de Moraes e Silvio Rodrigues. Conferir, a respeito, PEREIRA DA SILVA, Caio. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69; SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 34-49;

O método abstrato sempre tem como justificativa a ideia da secularização da culpa, tornando-a uma noção científica e que, portanto, todos poderiam acessar, ao invés de deixar a sua avaliação aos saberes do caso concreto. Contudo, critica-se o método porque a identificação do modelo de conduta, por si, é algo inacessível, não passando da condição de um ponto de vista subjetivo de um determinado juiz.<sup>999-1000</sup>

Vale também lembrar, a propósito dessa crítica, o apanhado do professor italiano Mauro Bussani, segundo o qual se observa que os tribunais que adotam esse modelo de aferição de culpa – seja de países que seguem a tradição do *civil law* (em especial a Itália e a França), seja os do *common law* –, têm procurado levar em conta características mais pessoais dos sujeitos, colocando-as como critérios decisivos para a elaboração do *standard*, ainda que tais circunstâncias devam ser sopesadas com os valores e interesses em jogo.<sup>1001</sup>

No direito anglo-saxão, há autores com esse mesmo tipo de preocupação, como Tony Honoré, para quem, com relação à conduta dos menores, pessoas com deficiência e idosos, o *standard* totalmente objetivo deve ceder e dá lugar a um *standard* subjetivo ou misto, considerando tanto aspectos subjetivos, quanto objetivos.<sup>1002</sup>

Joanne Conaghan e Wade Mansell, em sentido semelhante, lembram que uma das mais acirradas críticas ao padrão do homem médio (“the reasonable man standard”) foi proveniente do movimento feminista, embora alertem que a questão não se resume à simples reivindicação de troca de nomenclatura para mulher média ou pessoa mediana (“the reasonable woman standard” ou “the reasonable person standard”). Isto porque se continuaria remetendo à ideia

---

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211; RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. Responsabilidade civil.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

<sup>999</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 40.

<sup>1000</sup> A respeito do dever de cuidado (*duty of care*) exigível do homem médio (*reasonable man*), Joanne Conaghan e Wade Mansell afirmam que: “*The question of whether or not a duty of care has been breached is a question of standards. According to what (or whose) standards does one determine whether or not a person’s behavior amounts to a breach? [...] ‘The standard of care which is formulated is that of the ‘reasonable man’, but it is important to realize that he is a fictional character, the reference to whom is a thin disguise for the value judgement which is made by the judge’ [...] Thus, despite his distinguished pedigree, the reasonable man represents little more than the subjective viewpoint of a particular judge.*” (CONAGHAN, Joanne; MANSELL, Wade. **The wrogs of tort.** 2nd. Edition. London: Pluto Press, 1999, p. 52-53)

<sup>1001</sup> BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado** [tradução de Helena Saldanha]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 13-25. Ver, a propósito, Capítulo 01, item 1.2.2.

<sup>1002</sup> HONORÉ, Tony. **Responsibility and fault.** Oregon: Hart. Publishing, 1999, p. 17-18.

de um padrão singular, o que nega a possibilidade muito real de conceitos divergentes de razoabilidade.<sup>1003</sup>

Na doutrina nacional, Anderson Schreiber parece caminhar em sentido parecido, quando assinala que, sem abandonar totalmente o método *in abstracto* ou retornar a um exame de imputabilidade moral, os tribunais têm, nada obstante, procurado “dar ênfase às circunstâncias concretas e à especialidade das situações submetidas à sua avaliação, desenhando modelos múltiplos e menos generalizados de comportamento”<sup>1004</sup>.

Na avaliação desse último autor, entretanto, esses modelos levam em consideração não as características pessoais e individuais do indivíduo (que seria a análise *in concreto*), mas fatores atinentes à sua formação socioeconômica (como diretrizes emitidas por associações profissionais, de códigos de conduta especializados, mesmo desprovido de valor normativo etc.), que, muitas vezes, se vinculam indissociavelmente à situação analisada.<sup>1005</sup>

Concorda-se com essa última posição – aliás, como já anunciado em capítulo inicial. Pode-se dizer que a culpa deve passar a contar com parâmetros cada vez mais específicos de aferição, afastando-se (embora não se divorciando totalmente) do método abstrato singular. Assim, parece com razão Anderson Schreiber quando afirma que o método de verificação de culpa perde em abstração e generalidade, mas ganha em objetividade, estimulando os efeitos dissuasivos, sem as deficiências de um standard unívoco, que acabavam por projetar um homem médio desconhecido da média dos homens.<sup>1006</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes explica que a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa normativa, justifica-se na exigência de balizar o dever de respeito aos demais, nos limites da razoabilidade, a partir de possibilidades factíveis de modelo de conduta (de diligência) relacionadas àqueles limites. Entretanto, pondera que tais modelos devem ser variáveis e

---

<sup>1003</sup> Segundo os citados autores: “*One of the most sustained critiques of the reasonable man standard has come from feminist legal scholars who have argued that it embodies a male point of view, thereby holding women to a standard which was devised without them in mind. [...] In this sense the feminist critique of the reasonable man echoes a more widespread preoccupation in feminist scholarship with the concept of reason itself. Indeed the idea that reason might be gendered is a familiar theme in much feminist writing (for leading examples, see Lloyd, 1984; Antony and Witt, 1993). It therefore follows that it will not answer simply to abandon the gendered nomenclature of the traditional standard of care in tort and invoke instead the notion of ‘the reasonable person’ or a standard of reasonableness devoid of its anthropomorphic garg (as, for example, in the most recent edition of Atiyah’s classic, Cane, 1993, pp. 28-31). Arguably, such a solution remains problematic because it relies upon the idea of a single standard and continues to deny the very real possibility of diverging concepts of reasonableness.*” (CONAGHAN, Joanne; MANSELL, Wade. *The wrogs of tort*. 2nd. Edition. London: Pluto Press, 1999, p. 53-54).

<sup>1004</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 42.

<sup>1005</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>1006</sup> *Ibidem*, p. 43.

compatíveis com cada atividade desempenhada. Filiando-se, assim, a uma percepção menos abstrata do modelo de conduta, assevera a autora:

Através da nova concepção, existirão tantos modelos de diligência quantos forem os tipos de conduta (profissional, desportiva, na direção de veículos etc.) presentes do contato humano, de modo que os parâmetros, entre os tipos, serão variáveis (e diz-se que foram ‘subjativados’ ou relativizados). Isto é o que permite que se estabeleçam padrões – standards – de conduta que exigirão do agente um comportamento judicioso, o qual variará em cada situação, consideradas sua profissão e demais circunstâncias pessoais.<sup>1007</sup>

Percebe-se que, em autêntico movimento dialético, parte-se da subjetividade e concretude extremas para uma objetividade e abstração também radicais, propondo-se, contemporaneamente, que se chegue a uma síntese desses opostos, permitindo-se uma aferição mais objetiva da culpa, apenas que seja mais próxima da realidade concreta. O homem mediano visto em dado contexto social. Tudo isso com a preciosa orientação do princípio da boa-fé objetiva, ponto sobre o qual se passa a falar.

### **5.2.2 O papel da boa-fé objetiva na aferição da culpa**

A partir das considerações até aqui realizadas, pode-se facilmente concluir pela relevância dos deveres de conduta, impostos pela boa-fé objetiva, como instrumento poderoso de criação de padrões (standards) mais particularizados de conduta, fugindo-se das propaladas deficiências de um juízo em seu mais alto grau de abstração.

No âmbito da responsabilidade civil, viu-se que os deveres de conduta, em sua função de proteção, têm em mira a defesa das pessoas em face das “intromissões danosas” à sua esfera patrimonial ou pessoal decorrentes da conduta da contraparte. A violação a tais deveres, quando importarem em danos àqueles interesses ou posições por eles protegidas, renderão ensejo à responsabilidade civil que, em princípio, impõe uma imputação pelo princípio da culpa.

Eis, então, o ponto de contato entre a boa-fé objetiva e a contemporânea concepção dogmática da responsabilidade civil. As transformações relativas ao método de aferição da culpa e, especialmente, à sua verificação a partir de parâmetros objetivos de comportamentos

---

<sup>1007</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211-213.

encontram paralelo perfeito com a boa-fé objetiva em sua função instituidora de deveres de conduta.<sup>1008</sup>

A boa-fé objetiva, por intermédio da mencionada função, fornece um importante instrumental à construção jurisprudencial e doutrinária de condutas standards reputadas necessárias em determinados tráficos sociais, considerando as especificidades de cada caso concreto. A violação de tais deveres instrumentais, na medida em que entra em desconformidade com o padrão esperado de comportamento, representa um ilícito “normativamente” culposu.<sup>1009</sup>

De outro lado, pode-se também dizer que, no que toca à função restritiva ao exercício de direitos, a discussão sobre os modelos de comportamentos inadmissíveis – associada, no Brasil, à categoria do abuso de direito – também considera um standard de aferição de conduta, apenas que negativo.<sup>1010</sup> De fato, ainda se está a cuidar dos deveres instrumentais. Nesse ponto, há até quem sugira a redução da tríplice função da boa-fé objetiva para uma dupla função: ao lado da função interpretativa, a boa-fé teria, apenas, uma função instituidora de deveres, que já implicaria por si mesma, a limitação ao exercício de direitos (função restritiva). Isto porque os deveres de conduta “se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato”.<sup>1011</sup>

Em que pese a respeitável opinião, não parece ser necessária proceder à redução da classificação trinária das funções da boa-fé objetiva. De todo modo, a posição doutrinária é importante para demonstrar que a instituição de standards de comportamento inadmissíveis perpassa também pela análise da função instituidora. A propósito, vale lembrar que já se firmou posição de que as ditas funções, embora estudadas separadamente, devem ser compreendidas em atuação articulada.<sup>1012</sup>

Contudo, há de se fazer um grande alerta. O enorme elenco e referência aos denominados deveres anexos (deveres de informação, de sigilo, de colaboração) traz o risco de tornar-se ineficaz, na prática, acaso seja desprovido de parâmetros razoavelmente aceitos que permitam estabelecer o seu exato conteúdo. A grande dificuldade não estaria, necessariamente, em

---

<sup>1008</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 45.

<sup>1009</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 43.

<sup>1010</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>1011</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil: In: TEPEDINO, Gustavo (coord.), **A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na Perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37.

<sup>1012</sup> Conferir Capítulo 04, item 4.1.3.



reconhecer que há certo dever de conduta por influxo da boa-fé objetiva, mas especificar o seu conteúdo, a sua extensão, em relações mais concretas.<sup>1013</sup>

É fundamental identificar e especificar, diante dos casos concretos, o conteúdo desses deveres por meio do auxílio e estudo dos precedentes. Ademais, no âmbito do direito de danos, mostra-se fundamental a consideração a respeito da função de proteção dos mencionados deveres de conduta, segundo o modelo apresentado por Manuel A. Carneiro da Frada e adotado como marco teórico na presente dissertação.

Enfim, é óbvio que esses deveres apenas podem ter os seus conteúdos determinados por via da aplicação judicial voltada às circunstâncias do caso, tomando em consideração elementos que não necessariamente se encontram no interior do sistema. Daí a grande missão atribuída à jurisprudência: na medida em que os citados elementos fundamentarão a decisão e sejam reiterados no tempo fundamentos idênticos em torno deles, viabiliza-se, por via do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização dos mencionados elementos no interior do sistema.<sup>1014</sup>

### **5.2.3 O papel concretizador da jurisprudência e os *standards* para aferição do erro de conduta à luz da boa-fé objetiva.**

Como visto nos tópicos anteriores, não resta dúvida de que a boa-fé objetiva por meio dos seus deveres instrumentais de conduta, nomeadamente por via da sua função de proteção, serve tanto ao discurso fundamentador da situação de responsabilidade que decorre do contrato e dos riscos específicos ligados à sua execução, como também para fundamentar a responsabilidade civil quando os danos produzidos resultam de um risco geral da vida e dos perigos típicos do contato social, ainda quando não propiciados pelo contrato.

Viu-se, também, que os citados deveres de proteção viabilizam o alargamento do âmbito de aplicação das hipóteses de presunção de culpa ou, até mesmo, em situações específicas, justificam a objetivação da responsabilidade, pontos que serão retomados ao longo do presente capítulo.

---

<sup>1013</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 203.

<sup>1014</sup> Conferir Capítulo 02, item 2.2.2.2.

Nesse tópico, entretanto, cabe colocar à prova a corrente doutrinária<sup>1015-1016</sup> que vem se formando, pelo menos no Brasil, sustentando que a violação dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva teria o condão de objetivar a responsabilidade civil, já que prescindiria de qualquer análise de culpa. Nesse sentido, também, vê-se o Enunciado n.º. 24 e 37 das Jornadas de Direito Civil,<sup>1017</sup> promovida pelo Conselho da Justiça Federal.<sup>1018</sup>

É preciso deter-se um pouco mais nesse ponto. Isto porque no capítulo anterior firmou-se a premissa – de resto aceita pela doutrina em geral – de que o ato ilícito previsto na cláusula geral do art. 187 do Código Civil de 2002 não inclui, entre os seus elementos de constituição, a presença de circunstâncias fáticas de natureza psicológica, representativas do estado de animo do sujeito, como, por exemplo, ocorreria se fosse exigida a comprovação do dolo direto, do dolo eventual ou da culpa consciente.

De fato, tentar-se assimilar o instituto do abuso do direito à culpa – entendida esta enquanto estado de ânimo do sujeito – seria um retrocesso não condizente com os avanços teóricos já alcançados da teoria do abuso, tal como visto em capítulo anterior.<sup>1019</sup> Esta afirmativa, entretanto, não exclui a possibilidade ou a necessidade de se analisar e, eventualmente, censurar a conduta do sujeito por meio da utilização da culpa normativa (ou objetiva), se for o caso, como dito, pelo uso dos deveres instrumentais decorrentes da boa-fé. Uma coisa não infirma a outra. Isto porque a culpa normativa também prescinde da apreciação de qualquer elemento psicológico, conquanto a possibilidade de se proceder ao juízo ético de censura da conduta do sujeito faça parte da sua estrutura analítica.

---

<sup>1015</sup> Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filhos afirmam que “poderá haver responsabilidade civil por quebra de boa-fé objetiva, independentemente de culpa”. A assertiva é válida e se encontra afinada com as conclusões até então firmadas neste trabalho, desde que se ressalve a possibilidade de haver responsabilidade civil por quebra de boa-fé objetiva com base na culpa (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Contratos. Vol. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75).

<sup>1016</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94 e 102; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 141; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57.

<sup>1017</sup> Enunciado n.º. 24 das Jornadas de Direito Civil: “Art. 422. Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”; Enunciado 37 – Art. 187: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaooseriada/index.php/jornada/issue/current>>. Acesso em: 01 ago. 2013).

<sup>1018</sup> Vale salientar que os enunciados editados por meio dessas jornadas, conquanto não sejam relativos às súmulas de tribunais, representam o pensamento médio dos membros de cada uma das comissões temáticas, formadas por magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil. Portanto, o seu poder persuasivo é muito forte.

<sup>1019</sup> Permita-se remeter o leitor ao Capítulo 04, item 4.2.1, 4.2.2 e 4.2.3

É preciso, pois, não confundir ilícito objetivo, culpa objetiva e responsabilidade civil objetiva. São conceitos próximos, mas que desenvolvem funções analíticas distintas.

O ilícito objetivo é fato jurídico em cujo suporte fático há a previsão de uma contrariedade entre determinada conduta e o elemento axiológico da norma que lhe serve de suporte: é a típica hipótese do comportamento antissocial ou socialmente nocivo, categoria na qual se encarta o abuso de direito.

A culpa objetiva se constitui num erro de conduta (i.e., uma circunstância fática que compõe o suporte fático do ilícito subjetivo), a que se chega por um juízo de censura propiciado pela análise comparativa entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento esperado (standard).

Já a responsabilidade civil objetiva é uma relação jurídica de obrigação indenizatória cujo(s) critério(s) de imputação do dano abstrai(em) a necessidade de fazer qualquer juízo a respeito do erro de conduta do sujeito, centrando-se, antes, no risco que certas atividades trazem para os interesses morais ou patrimoniais da generalidade das pessoas.

Portanto, seria preciso dilatar muito a estrutura e a função do abuso de direito, em cuja base está sedimentada a censura a uma conduta socialmente nociva, para aceitá-la como pressuposto suficiente para a responsabilidade civil objetiva, cujos critérios de imputação de estendem para muito além da simples desconformidade ao direito.<sup>1020</sup>

Bem entendidas as distinções, é preciso fincar a premissa de que é absolutamente possível a existência de responsabilidade civil por quebra de boa-fé objetiva com base exclusivamente na culpa normativa, não apenas pelo que já se viu da doutrina, em especial a estrangeira, mas também por que, à luz do próprio ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da culpa – como critério de imputação – subsiste e deve informar o direito de danos, em especial naqueles segmentos do tráfego para os quais não haja qualquer previsão casuística de responsabilidade civil objetiva, tampouco comporte a sua objetivação a partir dos critérios estabelecidos pela cláusula geral inserta no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.<sup>1021</sup>

A questão, então, passa a ser como aferir essa culpa normativa. É que se propõe a demonstrar a partir daqui, o que se fará com o auxílio de julgados de tribunais diversos.

---

<sup>1020</sup> A propósito, conferir item 5.4.2.

<sup>1021</sup> Sobre o conceito de responsabilidade civil objetiva e como a distinguir da culpa objetiva, ver Capítulo 01, itens 1.3.3 e 1.3.4. Ainda, voltar-se-á a tratar do assunto no próximo tópico.

Como já citado anteriormente, a culpa perdeu completamente a sua feição de estado de ânimo do agente. Para a formação do standard que servirá à aferição da culpabilidade, passam a ser desimportantes preocupações como a efetiva consciência da lesão ao direito alheio, a previsão concreta do dano e a reprovabilidade moral da conduta. Esses critérios, praticamente, perderam espaço para outros, tais como:

- a) a *natureza e o valor do interesse protegido*, de sorte que, quanto maior seja o valor do interesse posto em perigo, maior deve ser o esforço que se deve empregar para evitar o dano;
- b) a *periculosidade da atividade*, de sorte que aquele que atua deve adaptar a sua diligência à natureza da atividade que conduz;
- c) a *perícia exigível da pessoa que leva a cabo a atividade*, de sorte a se esperar uma diligência superior do especialista frente a um leigo. Este padrão de comportamento deve também ser exigido daquele que, sem ter os conhecimentos especializados, mostra-se perante aos demais como especialista e pratica condutas para as quais não se encontra devidamente capacitado (a denominada *Übernahmenverschulden* da doutrina germânica);
- d) como fatores ulteriores, menciona-se também a *previsibilidade do dano*, compreendida como uma previsibilidade *ex ante* e, ainda,
- e) a *disponibilidade e o custo das medidas de precaução e dos métodos alternativos* para evitar o dano, o que implica a aplicação dos princípios da boa fé e proporcionalidade.

Falar de culpa, assim, significa reconduzir o intérprete a um ponto de vista que tem o potencial de congregar, em torno de si, uma série de critérios de imputação e que servirão para dar a medida do bom ou mau uso da liberdade de ação daquele sujeito cuja conduta está sendo alvo de avaliação e eventual censura. Trata-se ainda de critérios para imputação de responsabilidade subjetiva, pois ainda que se desgarrem da necessidade de maiores investigações a respeito de estados de ânimo do agente, contam com previsibilidade de fatos cuja possível superveniência não escapa à perspicácia ordinária, sendo, assim, censuráveis a título de culpa.<sup>1022</sup>

Uma passada em revista dos julgados dos tribunais brasileiros permite constatar a utilização da culpa normativa como critério de imputação. A propósito, vale citar um interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se discutia o direito à indenização por danos morais em favor de paciente que se submetera a um determinado

---

<sup>1022</sup> A propósito, conferir o Capítulo 01, item 1.2.3.

procedimento cirúrgico e sofrera queimaduras causadas pela utilização de um bisturi elétrico. Acusava-se o profissional médico cirurgião-chefe de ter agido com imperícia e, portanto, com culpa. Ele, por outro lado, defendia-se imputando a responsabilidade ao Hospital, por não ter disponibilizado equipamento em condições de uso adequadas.

Em seu voto, o Desembargador Cláudio Godoy – utilizando-se das palavras de Fabrício Zamproga Matíelo – fez questão de ressaltar que ao cirurgião-chefe cumpre: a) “prever a possibilidade da superveniência de acontecimentos nocivos em cirurgia, desde que, logicamente, estejam ao alcance da ciência e façam parte de intercorrências razoavelmente imagináveis”; b) procurar acautelar-se na “opção do estabelecimento hospitalar dotado de condições materiais e higiênicas suficientes para a prestação do serviço contratado”, devendo, ademais, c) “assegurar-se – não sendo hipótese emergencial – de que o equipamento básico para a realização da operação está em ordem e em funcionamento.”

No caso concreto, há ainda um dado a merecer destaque: o relator do recurso considerou a existência de uma cláusula ínsita de incolumidade do paciente, com base na qual considerou especiais deveres de proteção do profissional médico, firmando ainda o entendimento de que não seria admissível eximir de responsabilidade o médico a quem cabe manejar o instrumental necessário à cirurgia, sob o argumento de que as falhas apresentadas pelos citados instrumentos normalmente escapam ao círculo de conhecimento de quem chefia a intervenção cirúrgica e maneja o aparelho elétrico.<sup>1023</sup>

Note-se, portanto, o viés puramente normativo (objetivo) da análise da culpa, tais como: a) o valor em jogo (no caso vida e integridade física do paciente) e o esforço que deve ser empreendido para evitar o dano; b) o risco ínsito à atividade (uma intervenção cirúrgica) e a redobrada diligência que se deve ter ao exercê-la; c) a exigência de um padrão de comportamento mais elevado, para aqueles que têm um maior nível de especialização e expertise (como, no caso, o médico cirurgião-chefe da equipe); d) a possibilidade de adoção de medidas alternativas para evitar os danos, como a escolha de um hospital dotado de condições suficientes para a prestação do serviço contratado, assim como a supervisão a respeito da regularidade dos equipamentos e instrumentos cirúrgicos; e, por fim, e) a

---

<sup>1023</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Responsabilidade civil. Cirurgia de eletrocauterização. Queimadura da paciente com combustão provocada pelo uso de bisturi elétrico. Responsabilidade solidária dos réus. Dever de segurança e incolumidade do paciente. **Apelação Cível nº. 9072652-47.2009.8.26.0000**, da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Cláudio Godoy. São Paulo, 16 de julho de 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=907265247.2009&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=9072652-47.2009.8.26.0000&dePesquisa=>>>. Acesso em: 23 de jul. 2013.

previsibilidade (e não previsão concreta) dos potenciais danos, segundo as circunstâncias do caso.

Ademais, observe-se que os deveres de conduta, derivados do princípio da boa-fé, em especial na sua função de proteção (no caso, a cláusula ínsita de incolumidade do paciente), também deverão servir como guia seguro na identificação da culpa normativa, em complementação aos critérios de imputação acima indicados.

O importante é reter que, imputar a responsabilidade por danos a partir do princípio da culpa, levando em consideração esses pontos de vistas para a solução das questões atinentes à aplicação da cláusula geral de ilicitude, significa, também, (re) colocar em jogo a liberdade de ação, no caso específico, a liberdade profissional do médico.

#### 5.2.3.1. A responsabilidade civil dos profissionais liberais.

O julgado acima citado já demonstra a aplicação da culpa normativa. Pretende-se ir além, demonstrando como a boa-fé objetiva atua na flexibilização dos standards, mediante o estabelecimento de parâmetros mais concretos de comportamento.

Dentro da linha anunciada, apresentar-se-ão alguns julgados que demonstram o ponto de vista sustentado no presente trabalho. Para começar, procurar-se-á manter no exame de julgados acerca da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, que, segundo o art. 14, § 4.º, do CDC, apenas será apurada mediante a verificação de culpa.

Para tanto, importa retomar as críticas feitas, em capítulo anterior, com relação à figura abstrata do *bonus pater familias* utilizada para aferição do erro de conduta, ou seja, da culpa, segundo as suas modalidades conhecidas (negligência, imprudência e imperícia). Especificamente no que diz respeito aos profissionais liberais, costuma-se apelar à obscura e confusa distinção entre erro profissional e do erro grosseiro, sendo que, apenas neste último caso, haver-se-ia de falar em ato culposo, decorrente de imperícia.<sup>1024</sup>

Ocorre que, como se referiu alhures, a prática normalmente revela que os casos duvidosos se constituem em uma maioria, seja porque estes não são mesmo suficientemente esclarecidos (por insuficiência ou dificuldade da prova), seja porque o julgador, na maior parte dos casos,

---

<sup>1024</sup> Conferir Capítulo 01, item 1.2.4.2.

depara-se com a nebulosa fronteira entre a culpa e o erro. Assim, não é incomum os juízes ficarem limitados pelas conclusões firmadas nos laudos periciais.

Quando, entretanto, se busca aferir o padrão de conduta pelo viés dos deveres de conduta (proteção, informação, lealdade etc.), aquelas apontadas dificuldades são eliminadas, ou, senão, minimizadas. A propósito, vale trazer à lume o julgado do E. Superior Tribunal de Justiça, em que se discutia a alegada responsabilidade objetiva de um médico cirurgião-plástico, em decorrência de uma cirurgia estética supostamente malsucedida, considerando-se tratar de uma típica obrigação de resultado.

Em termos precisos, a Relatora Ministra Nancy Andrichi pontuou que, o simples fato de tratar-se de obrigação de resultado não torna, necessariamente, a responsabilidade objetiva. Considerando os termos do art. 14 do CDC, há de se exigir a culpa do profissional de medicina, a quem eventualmente se incumbe o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. No caso concreto, pontuou-se que as cicatrizes salientes e escuras no local da cirurgia – as denominadas quelóides – eram decorrentes de características pessoais da paciente, não sendo imputáveis a uma má-atuação do cirurgião plástico.

Ademais, no caso específico, o profissional da medicina teria atuado com “cautela e segurança” devidas, na medida em que “informa à paciente os riscos da intervenção estética e dela colhe o ‘ciente’ por escrito, dando a conhecer à pessoa as consequências ou decorrências do procedimento que será efetuado”. Assim, pontuou a Ministra:

A conscientização da recorrente, portanto, é também de fundamental importância para o deslinde da questão ora em debate, em especial diante do comando contido no art. 6º, III, do CDC. O TJMG – após minucioso exame das provas produzidas durante a instrução processual – inferiu que o recorrido, ao obter da recorrente o termo de consentimento informado, agiu com a honestidade, devida, alertando-a acerca de eventuais problemas que pudessem surgir durante o pós-operatório. Essa Corte já teve a oportunidade de analisar o dever de informação dos profissionais de medicina, sendo que o i. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em uma dessas ocasiões, consignou que “[...] a obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, destacando-se entre elas o consentimento informado” (RESP 467.878/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 10/2/2003).<sup>1025</sup>

---

<sup>1025</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a exigente

Ressalte-se, todavia, que o dever de informação não serve apenas para isentar o profissional de qualquer responsabilidade.<sup>1026</sup> Em outro julgado, envolvendo questão similar, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, considerando as circunstâncias do caso concreto, firmou o entendimento de que teria havido a quebra do dever de informação, na sua função de proteção, dando ensejo, assim, a responsabilização do cirurgião-plástico por conduta negligente.

Tratava-se de ação em que a paciente acusava o cirurgião plástico de ter agido com negligência e imperícia. A autora alegava que a cirurgia, não só desatendeu às suas expectativas sob o ponto de vista estético, como também teve um desfecho negativo e agravante da situação anterior, na medida em que resultou em cicatriz abdominal. Avaliando a prova dos autos, em especial a perícia técnica elaborada por outro médico especialista, a relatora do recurso constatou que, sob o ponto de vista técnico, a cirurgia e a internação foram bem executadas e se encontravam dentro dos padrões aceitos pela comunidade científica médica.

Por outro lado, entretanto, constatou que as informações prestadas à paciente não foram suficientes para conscientizá-la dos riscos a que se sujeitava e, sobretudo, os resultados que poderia esperar do procedimento. O termo de consentimento informado utilizado foi um formulário padrão, vago e impreciso, não condizente com o que se espera de uma conduta leal, segundo os parâmetros esperados pela boa-fé. Assim, pontuou a relatora:

Nesse ponto, oportuno asseverar que a boa-fé objetiva, princípio informador de todo e qualquer negócio jurídico, traz como corolário o dever anexo de informação, de modo que ‘cabe ao contratante detentor da informação ou de determinado conhecimento técnico expor detalhadamente ao outro contratante (que ignora o fato

---

de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. **Recurso Especial nº 1.180.815**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=11574863&sReg=201000255310&sData=20100826&sTipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=11574863&sReg=201000255310&sData=20100826&sTipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

<sup>1026</sup> A propósito, Miguel Kfoury Neto, para quem, nas cirurgias plásticas com finalidades estéticas “a prova do consentimento pode acarretar dificuldades. Ao juiz é dada ampla liberdade de apreciá-la – e grande latitude para decidir. A informação pretada pelo médico deve ser inteligível e leal. Tanto a informação quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e testemunhados. A adoção de formulários é difícil, dadas as peculiaridades de cada caso. De qualquer modo, não podem suscitar a menor dúvida. [...] Repita-se, uma vez mais, que as obrigações do cirurgião, nessa especialidade, são agravadas. Deve ele, em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente; depois, sopesar os riscos a enfrentar e resultados esperados; a seguir, verificar a oportunidade da cirurgia. Convencido da necessidade da intervenção, incumbe-lhe expor ao paciente as vantagens e desvantagens, a fim de obter seu consentimento. Na cirurgia plástica estética a obrigação de informar é extremamente vigorosa. Mesmo os acidentes mais raros, as sequelas mais infrequentes, devem ser relatados, pois não há urgência, nem necessidade de intervir. (KFOURI NETO, **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 181).



ou não dispõe de informação técnica), antes de firmado o contrato, tudo o que for relevante com relação ao contrato, seu objeto e sua execução' (José Fernando Simão, In Direito Civil – Contratos, Atlas, p. 24).

A autora alega que, se tivesse informações claras e precisas quanto aos riscos do procedimento poderia ter optado por não realizá-lo. E os réus argumentam que a autora assinou termo de esclarecimentos, ciência e consentimento, com o que satisfeita a exigência.

Referido documento (f. 93), conquanto firmado pela autora, não autoriza a conclusão de que tenha ela exteriorizado conscientemente a sua vontade.

Trata-se, com efeito, de documento padrão que, vago e impreciso, passa a impressão de que não se presta para informar o paciente quanto aos riscos, mas unicamente para que o médico e hospital se eximam, antecipadamente, de qualquer responsabilidade quanto a eventuais sinistros ou intercorrências que advenham, durante ou após a cirurgia.

[...]

Enfim, o mesmo cuidado tomado pelo médico ao indicar, na contestação, todos os riscos inerentes à cirurgia de forma precisa e especificada, não foi observado no momento em que se fazia imperioso – antes da intervenção.

Daí a negligência com que se houve o médico, fato superveniente para atrair a responsabilidade dele, como decidiu este Tribunal.<sup>1027</sup>

No que diz respeito à responsabilidade do profissional advogado, as coisas não se operam de maneira distinta. As questões atinentes à bizantina distinção entre erro profissional e erro grosseiro também costumam servir como critério para a (não) solução de casos mais difíceis. Nesse segmento, portanto, a verificação da culpa à luz da quebra dos deveres instrumentais de proteção serve em boa medida.

Cite-se, como exemplo, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que os herdeiros de um trabalhador rural discutiam a responsabilidade do advogado de um espólio que, por negligência, teria dado causa ao arquivamento de execução trabalhista por prescrição intercorrente.

Segundo se depreende do julgado, o *de cujus* e outros empregados, por meio do respectivo sindicato, constituíram o acionado como procurador para promover uma reclamação trabalhista em face do seu empregador, uma determinada usina de açúcar e álcool. A ação foi distribuída em 1973 e, no ano seguinte, foi encerrada com sentença favorável aos autores e imediato trânsito em julgado. Por sucessivas vezes, os exequentes foram intimados, na pessoa

---

<sup>1027</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. DANOS MATÉRIAS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CONSENTIMENTO INFORMADO. VALOR DA CONDENAÇÃO. 1 – Hospital, como fornecedor de serviços médicos, responde, objetivamente, por erro médico ocorrido durante a cirurgia realizada em suas dependências, sobretudo se prestou parte dos serviços. E o médico, responsável pela cirurgia, responde mediante demonstração de culpa. 2 - É de resultado a obrigação em contrato para realizar cirurgia estética. Segue que, se o resultado pode ser melhorado, a cirurgia não atingiu o grau de satisfação esperado. Se não atingiu, a obrigação não foi adimplida a contento. 3 – Documento vago e impreciso, que não informa a paciente quanto aos riscos da cirurgia a ser realizada, não supre a exigência de efetivo consentimento informado. **Apelação Cível nº 20060310233162APC**, da Sexta Turma do TJDF. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. Brasília, 17 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?key=VEpERi9JVC9BUExfMzQ2OTY5MjAwNjgwNzAwMDNfREZfMTI5MDczMDI2OTM5MC5kb2M%3D>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

do advogado, a dar andamento ao feito. O advogado, nessas oportunidades, retirava os autos em carga para concluir os cálculos em liquidação, porém, na maioria das vezes os devolvia sem qualquer petição. Tal conduta reiterou-se até que culminou no seu arquivamento, mediante decreto de prescrição intercorrente da pretensão executória.

Os herdeiros imputaram responsabilidade ao advogado, acusando-lhe de ter sido relapso e desinteressado pela causa. Ele, por sua vez, defendeu-se alegando que apenas não dera andamento à execução porque a obrigação de elaborar os cálculos trabalhistas teria ficado a cargo do *de cujus* e do sindicato, prestação esta que, até então, não havia sido cumprida.

Em seu voto, o relator do recurso consignou que a responsabilidade civil dos profissionais liberais, em especial do advogado, deve ser apurada mediante culpa. Ademais, trata-se de responsabilidade de meio e não de resultado, em razão do que o descumprimento deve ser examinado a partir da conduta do devedor, de modo que a culpa deve não pode ser presumida, incumbindo ao credor prová-la cabalmente.

No caso concreto, entretanto, o relator considerou que uma simples leitura da sentença seria hábil a demonstrar que verbas trabalhistas deferidas no julgado não destoavam daquelas que corriqueiramente são tratadas na Justiça do Trabalho, sendo assim absolutamente de se esperar, a partir do que ordinariamente se conhece da práxis da advocacia trabalhista, que o próprio profissional elaborasse os referidos cálculos ou indicasse prontamente alguém de sua confiança para fazê-lo. Contudo, se a complexidade realmente se apresentasse a ponto de se necessitar a contratação de um contador especialista, nada justificaria a omissão de informar tal circunstância aos clientes, que poderiam ter adotado alguma outra providência para evitar-lhes o dano. Segundo as palavras do próprio relator:

Ademais, no presente caso não convence a tese de defesa do réu de que os cálculos necessários à liquidação do crédito do autor exigiriam o trabalho de um contador ou técnico especializado. Na realidade, a leitura do título executivo judicial permite perceber que as verbas devidas ao autor não destoam daquelas corriqueiramente tratadas no âmbito da Justiça do Trabalho, como férias, 13º salário, repouso semanal remunerado e diferenças salariais, com seus reflexos, que se referem a cálculos recorrentes e até mesmo corriqueiros, comezinhos, exigindo-se do advogado atuante nessa área, e não do cliente, o conhecimento correspondente ou, ao menos, a possibilidade de se fosse o caso pronta indicação de técnico especializado. Prova maior de que os cálculos trabalhistas não apresentavam maior complexidade é o fato de os novos causídicos contratados pelo de cujus não terem tardado a carregá-los aos autos, sem maior dificuldade.

[...]

Destarte, havendo necessidade de contratação de técnico especializado, como um contador, o réu tinha tal autorização dos patrocinados a seu dispor, devendo-lhes algum tipo de satisfação ou retorno sobre as providências que se fariam necessárias. Ainda que, no presente caso, o réu pretenda transferir ao de cujus a tarefa de contratar profissional habilitado, o fato é que não demonstrou nos presentes autos

ter-se desincumbido do dever de informar o cliente sobre tal necessidade na ocasião, deixando os empregados permanentemente no aguardo de alguma providência.

Nessas circunstâncias, exigia-se ao menos que o profissional tivesse observado o **dever de informar**, que constitui um dos deveres laterais de conduta originados do princípio da boa-fé objetiva, que rege as relações contratuais em geral.

O artigo 422 do Código Civil dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”. A boa-fé objetiva nada mais é do que um princípio positivado uma cláusula geral que determina às partes um tipo de conduta, de agir com padrões socialmente recomendados de lisura, de retidão, de correção, de honestidade, não frustrando as justas expectativas da parte contrária. Sempre que se declara um ato de vontade, despertam-se no destinatário expectativas, confiança, que não podem ser defraudadas por comportamento posterior.

É o que se denomina de função integrativa da boa-fé, gerando deveres não explicitados pelas partes no contrato, mas ainda assim exigíveis, de modo a não frustrar a confiança gerada pelo fim do contrato (**Fernando Noronha, ob. cit., p. 19; cfr. também Jorge Cesa Ferreira da Silva, A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato, Editora Renovar; Judith Martins Costa, A boa-Fé no Direito Privado, Editora RT**).

Em suma, no caso concreto, ainda que o réu tivesse dificuldades para elaborar os simples cálculos de liquidação exigidos para o cumprimento da sentença trabalhista, o fato é que os elementos dos autos demonstram que obteve autorização para contratar contador, mas ainda assim não levou adiante o trabalho e deixou de informar os clientes a respeito da impossibilidade de promover os cálculos. Obviamente, não se exigia tal percepção por parte do próprio de cujus ou demais patrocinados, pessoas leigas que não poderiam prever tais dificuldades e que confiavam no trabalho que até então vinha sendo desempenhado pelo advogado réu, de maneira que se limitaram a aguardar pacientemente, por anos, as próximas notícias sobre o andamento processual.

Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo firmou o entendimento de que o advogado, com a sua conduta, descumprira o dever de informação que lhe era exigido na execução de sua atividade profissional – em sua função de proteção aos interesses da contraparte –, como consequência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, dando ensejo, com este proceder, a um manifesto prejuízo para os seus clientes. Portanto, restou claramente caracterizada:

[...] a hipótese de culpa do réu, pois no presente caso era notório e previsível que sua renitente omissão redundaria na prescrição da execução, eliminando ao de cujus qualquer possibilidade de reverter a situação, uma vez que não lhe foi dada ciência de que a causa se encontrava paralisada pela não apresentação dos cálculos de liquidação.<sup>1028</sup>

---

<sup>1028</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. MANDADO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR PRESTAÇÃO DEFEITUOSA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. OBRIGAÇÃO DE MEIO. Êxito objetivo em reclamação trabalhista ajuizada no interesse de trabalhador rural falecido, porém paralisada em fase de cumprimento do título judicial transitado em julgado. Pendência de apresentação em juízo dos cálculos de liquidação, não providenciados pelo causídico constituído. Omissão do advogado que culminou no decreto de prescrição da execução. Inércia injustificada em dar prosseguimento ao andamento processual. Elaboração de cálculos de verbas trabalhistas que se insere entre as funções do advogado atuante nessa área. Atribuição que não pode ser injustamente transferida ao próprio cliente. Advogado que não cumpriu adequadamente o dever de informação. Descumprimento contratual. Caracterização da responsabilidade civil, pela grave consequência da prescrição, perfeitamente evitável. **Apelação Cível nº. 0075071-33.2008.8.26.0000**, da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Edgard Rosa. São Paulo, 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5604642&v1Captcha=wqvwc>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

Em outro julgado digno de nota, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença do magistrado de 1º grau para o fim de conceder ao autor o direito a haver perdas e danos do seu advogado, também, por quebra do dever de informação. No caso em comento, estava em jogo a conduta do advogado do autor que, em ação visando a percepção de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, deixou de interpor recurso contra a sentença que indeferiu a petição inicial.

O magistrado sentenciante firmou a sua convicção no suposto de que os advogados, no exercício das suas atividades profissionais, agem de acordo com suas convicções. No caso concreto, os advogados avaliaram a situação e convenceram-se de que o recurso não seria a opção mais adequada, não havendo como qualificar tal conduta como erro grosseiro ou ato culposo por parte deles.

Sem infirmar esta premissa, o relator do apelo, todavia, considerou que o advogado, ao optar por não recorrer, deveria ter informado esta circunstância à parte, que poderia até mesmo contratar outro profissional, caso assim lhe conviesse, dando, assim, uma nítida função de proteção ao direito de informar. Segundo consta do voto condutor do julgamento, de fato, o advogado é livre nas suas convicções e no exercício da sua atividade:

Ocorre, todavia, que o advogado, optando por não recorrer, mesmo que conclua se tratar de aventura jurídica, deve, necessariamente, comunicar à parte e cientificá-la da possibilidade de contratar outro patrono para levar a causa adiante.

[...]

Não há dúvida que os advogados, diante de uma importante deliberação como a de não recorrer num processo por eles patrocinado, devem assegurar-se da efetiva comunicação à parte, não apenas para prevenir responsabilidades, como também para esclarecer e orientar sua cliente, como função do advogado.

[...]

Diante de tal conclusão, inafastável o reconhecimento de desídia dos advogados que não informaram adequadamente a sua cliente da decisão de não recorrer e das possíveis consequências, inclusive da perspectiva de prescrição da pretensão.<sup>1029</sup>

Observe-se que, em todos os julgados citados, a boa-fé objetiva é utilizada como meio de aferir o padrão de conduta esperado (standard) de um profissional da medicina ou da advocacia, em dado caso específico, para o fim de aferir se houve ou não erro de conduta e, portanto, uma conduta imputável a título de culpa.

---

<sup>1029</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação. Ação de indenização por danos materiais. Ação movida em razão de perda da chance. Advogado que decide não recorrer de decisão que extinguiu processo, sem julgamento do mérito, e não informa o cliente. Desídia caracterizada, que enseja dano moral. Julgamento 'extra petita'. Inocorrência. Indenização arbitrada prudencialmente e em baixo patamar em razão de indícios de aventura jurídica. Exclusão de responsabilidade da advogada que não respondia pelos serviços. Recurso parcialmente provido. **Apelação Cível nº. 1.185.270-0/0**, da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo, 20 de agosto de 2008. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3184994&v1Captcha=recmn>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

### 5.2.3.2. A responsabilidade civil e a liberdade de imprensa.

Outro segmento do tráfico propício para a aplicação e o desenvolvimento da cláusula geral da boa-fé, por via dos deveres anexos de proteção, apresenta-se nos casos de responsabilidade civil e a liberdade de imprensa.

Nesse contexto, em que se coloca em colisão a liberdade de informar e os direitos da personalidade (honra, imagem, vida privada, intimidade etc.), sobreleva-se a importância de se estabelecer limites éticos ao exercício da mencionada liberdade. A boa-fé objetiva, por meio dos deveres anexos em sua função de proteção, apresenta-se como ferramental poderoso, na busca de parâmetros adequados de conduta exigíveis e necessários para a conformação dos referidos interesses em conflito, impondo-se, assim, como um critério de aferição de um limite razoável entre a licitude ou ilicitude do exercício do mencionado direito.

A operatividade da boa-fé objetiva, nesse especial segmento do tráfico social, pode se apresentar tanto mais útil, quanto se atente que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADPF nº. 130-DF, expressamente declarou a não recepção da Lei 5.250/64 pela Constituição Federal de 1988.<sup>1030</sup> A partir de então, pode-se dizer que não há mais hipóteses casuísticas de responsabilidade delitual, pelas quais o juiz possa pautar a sua decisão, o que impõe a necessidade de reconduzir-se aos limites das cláusulas gerais de responsabilidade civil dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002.

Cumprir lembrar que a liberdade de informação se revela, no plano individual, pelo direito que a pessoa tem de informar, de comunicar ou exteriorizar qualquer tipo de opinião ou manifestação de pensamento. Mas a tanto não se resume a citada liberdade, visto que, no seu conteúdo, também, insere-se o direito de todos de ser bem informados.<sup>1031</sup>

---

<sup>1030</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 130**. Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+130%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa8meqh>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

<sup>1031</sup> Vale aqui ressaltar, como faz Mônica Neves Aguiar de Castro Silva, ser possível diferenciar a liberdade de expressão e a liberdade de informação, que teria um conteúdo mais restrito em relação à primeira. Nas palavras da citada autora, “enquanto o objeto próprio da liberdade de expressão são as opiniões, ideias e pensamentos entendidos em sentido amplo aí incluídos, pois as crenças e juízos de valores subjetivos, a liberdade de informação confunde-se com a difusão de fatos que podem ser considerados noticiáveis.” Embora reconheça a possibilidade de se resumir, conceitualmente, as diferenças, a própria autora reconhece que “nem sempre é fácil separar a expressão de pensamentos, ideias e opiniões da comunicação informativa, haja vista que aquela se

A liberdade de imprensa se coloca, então, neste contexto, como um meio para concretização da mencionada liberdade de informação. Contudo, é importante ressaltar que, mais que o direito fundamental ao exercício da sua liberdade, os donos de veículos e comunicação e o jornalista têm o dever de informar ao público os acontecimentos, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original.<sup>1032</sup>

Observa-se, então, que, como decorrência da missão que lhes é constitucionalmente conferida, mas sem descurar do poder que detêm, aos órgãos de imprensa incumbe o dever de veracidade, mantendo-se em constante vigilância com relação aos conteúdos das matérias que divulgam, adotando-se as cautelas que sejam necessárias para que a prestação da informação seja sempre pautada por um comportamento ético e probo, tomando-se sempre em conta a dignidade da pessoa humana, com o que certamente não violarão os direitos da personalidade das pessoas envolvidas.<sup>1033</sup>

Trata-se, eminentemente, de um juízo de culpabilidade (culpa normativa), com auxílio dos deveres instrumentais da boa-fé (como o de honestidade e veracidade), por meio da sua função de proteção das posições das partes envolvidas (no caso específico, a liberdade de informação e os direitos da personalidade).

Para demonstrar a análise da culpa pelo seu viés normativo, quando se intente proteger a liberdade de informação, cite-se o julgado da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que foi relator o Ministro Luis Felipe Salomão. Trata-se de um caso em que determinado servidor público municipal ajuizou uma ação de indenização por dano moral, em face de uma

---

apoia frequentemente na narração ou descrição de fatos e vice-versa, ou seja, ‘a comunicação de fatos ou de notícias não se dá nunca em um estado quimicamente puro e compreende, quase sempre, algum elemento valorativo ou, dito de outro modo, uma vocação à formação de uma opinião.’ (CASTRO, Monica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida provada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105-106). Não se encontra entre os objetivos da presente pesquisa o aprofundamento dos diversos aspectos relacionados à liberdade de informação quando em colisão com os direitos fundamentais.

<sup>1032</sup> Segundo José Afonso da Silva, “a liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na media do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação e de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. Reconhece-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o dever de informar ao público tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 240).

<sup>1033</sup> Rafael Naranjo de La Cruz lembra que o Tribunal Constitucional espanhol tem entendido que “el deber de veracidad, que afecta a la libertad de información, y que exige el cumplimiento de un determinado deber de diligencia por parte de quien emite el mensaje, no es sino una exigencia subjetiva del principio general de buena fe.” Da mesma forma, a proibição do animus nocendi se tem apresentado, naquela Corte Constitucional, “como condicionamento de la libertad de expresión impuesto por el principio de buena fé.” (CRUZ, Rafael Naranjo de La. **Los Límites de los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre Particulares: La Buena Fe**. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 343-347).

empresa editora, argumentando que, em determinado dia, o jornal pertencente à acionada, veiculou matéria que lhe foi ofensiva, intitulada "Motorista Bêbado Bate Carro da Câmara".

O autor sustentava que, posteriormente, foi absolvido em sindicância interna do órgão ao qual se encontrava vinculado, não se confirmando, portanto, o seu estado de embriaguez. Em razão disto, sustenta que experimentou intenso abalo moral pelo fato de a matéria tê-lo intitulado de "bêbado", mormente se levada em conta sua profissão de motorista. Em que pese o juízo de primeiro grau tenha julgado improcedente a demanda, o Tribunal de Justiça do Paraná reformou a sentença para o fim de condenar a editora ao pagamento de danos morais, sob o argumento de negligência ao não tomar as cautelas devidas para verificar a veracidade das informações e abuso no direito de informar.

O recurso especial da editora fundamentava-se na ofensa ao art. 186 do Código Civil de 2002, visto que ao noticiar o fato, fê-lo não apenas com *animus narrandi*, mas também inspirado no interesse público (no caso, o direito de todos de ser informados e a participação na vigilância da coisa pública), não havendo, pois, que se falar em culpa ou abuso de direito de informar.

O relator do recurso especial considerou ser fato incontroverso que o autor ingeriu bebida alcoólica em determinada festa, vindo algumas horas depois a bater com a viatura oficial no muro de sua casa. De outro lado, considerou, também que, conquanto se deva exigir da mídia um mínimo de diligência investigativa, isso não significa que a sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. Nas palavras do relator,

3.2. Nada obstante, se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial.

Tal exigência colide com a celeridade do tráfego da informação, pautado que é, sobremaneira, pelo calor dos acontecimentos, o que, em verdade, é salutar para os próprios destinatários da notícia, palavra cujo significado a ser seguido pelos meios de comunicação não é outro senão aquele de origem anglo-saxã – *news* –, mormente quando o interesse público reclama solução expedita. Vale o dito popular: “informação velha não vira notícia”.

Exige-se, em realidade, com a rapidez e velocidade possíveis, uma diligência séria que vai além de meros rumores, mas que não atinge, todavia, o rigor judicial ou pericial, mesmo porque não possui a imprensa meios técnicos ou coercitivos para tal desiderato.

[...]

Deveras, o dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas.

O Ministro conclui, então, que, em que pese não se exija a prova inequívoca da má-fé da publicação em ações indenizatórias dessa natureza – visto que se incorreria em uma hipótese

de prova diabólica, notadamente porque perquirições acerca do conhecimento prévio da falsidade (*knowledge of falsity*) arvoram-se em recintos impenetráveis da psique humana –, entendeu que o jornal, ao irrogar ao autor o predicado de "bêbado", agiu segundo essa margem tolerável de inexatidão, orientado, ademais, por legítimo juízo de aparência acerca dos fatos e por interesse público, respeitando, por outro lado, o dever de diligência mínima que lhe é imposto, na reportagem objeto do dissenso entre as partes. Confira-se, a respeito, trecho do voto do relator:

4. Ressalte-se, porém, que, para ensejar indenizações do jaez desta que se ora persegue, não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação, à semelhança do que ocorrera na jurisprudência norte-americana, sobretudo na década de 80, quando vicejou a doutrina da *actual malice*, ou a chamada Regra *New York Times*, nascida originalmente em 1964, no marcante caso *New York Times Co. vs Sullivan*, julgado no Estado do Alabama.

[...]

De fato, a premissa da *actual malice* pode consubstanciar-se, no mais das vezes, em exigência de prova diabólica, improvável de ser produzida, notadamente porque perquirições acerca de conhecimento prévio da falsidade (*knowledge of falsity*), ainda que verificado um agir grosseiro (*reckless disregard*), arvoram-se em recintos impenetráveis da subjetividade humana, o que é incompatível com o sistema processual brasileiro.

[...]

5. Com efeito, a *vexata quaestio* resolve-se mesmo a partir da imposição de uma prudente diligência por parte de quem noticia fatos potencialmente ofensivos a outrem, prudência esta a ser extraída objetivamente da conduta realizada.

No caso dos autos, segundo fatos incontroversos, ao irrogar ao autor o predicado de "bêbado", o jornal agiu segundo essa margem tolerável de inexatidão, orientado, ademais, por legítimo juízo de aparência acerca dos fatos e por interesse público, respeitando, por outro lado, o dever de diligência mínima que lhe é imposto.

[...]

É bem de ver que o autor, declaradamente, ingeriu bebida alcoólica em festa na qual se encontravam membros do Poder Legislativo local, e, em seguida, conduziu o veículo oficial para sua residência. Segundo noticiado, dormiu no interior do automóvel e acordou com o abalroamento no muro ou no portão de sua casa. Constam da notícia relatos da vizinhança, no sentido de que o motorista da Câmara ostentava nítido estado de embriaguez.

Não se pode afirmar, desse modo, que houve erro grosseiro na informação divulgada. Com efeito, a manchete do jornal – muito embora utilize termo impreciso – não se distancia dos fatos assumidos pelo próprio autor e de tudo que restou comprovado nas instâncias ordinárias.

Dessa forma, vislumbrou-se simples e regular exercício de direito, consubstanciado em crítica jornalística própria de estados democráticos. E, mais, com precisão, o relator censurou o acórdão que, ao qualificar a conduta do órgão de imprensa como ilícita, tolhia o que há de melhor da imprensa, no que diz respeito à fiscalização da coisa pública. Confira-se, a respeito, as palavras do relator:

6. A solução do acórdão recorrido, *data venia*, significa tolher o que há de melhor na imprensa, que é, exatamente, essa indispensável participação na vigilância da coisa pública.

É de se ressaltar que, mormente agora, em que a Lei de Imprensa foi declarada não-recepcionada pela Constituição Federal, no julgamento da ADPF 130/DF, a



imprensa afirma-se mais ainda como uma instituição livre, e essa liberdade, não se pode negar, faz parte dos caracteres identificadores do próprio sistema democrático. Em outros termos, a crítica jornalística – que é uma das faces da aclamada liberdade de imprensa - densifica esse dogma maior do Estado de Direito, qual seja, a democracia.<sup>1034</sup>

Nesse caso, como fica claro, ao proceder à conformação entre o interesse na conservação da posição pessoal do suposto ofendido (honra) e o interesse de liberdade de informação, o juízo propendeu em favor do último. E o fez mediante a utilização do “filtro” da culpa, para apenas admitir algum tipo de limitação à referida liberdade (no caso, mediante a imposição *a posteriori* da sanção reparatória<sup>1035</sup>) acaso houvesse um uso contrário aos ditames da boa-fé objetiva.<sup>1036</sup>

Mas nem sempre a ponderação se opera no mesmo sentido.<sup>1037</sup> Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luis Felipe Salomão negou provimento ao recurso especial interposto por uma determinada editora, para o fim de manter a condenação a ela imposta pela corte local, por entender que a recorrente exercera seu direito de informar de maneira abusiva.

---

<sup>1034</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Notícia jornalística que irroga a motorista de Câmara Municipal o predicado de “bêbado”. Informação de interesse público que, ademais, não se distancia da realidade dos fatos. Não comprovação, em sindicância administrativa, do estado de embriaguez. Irrelevância. Liberdade de imprensa. Ausência de abuso de direito. **Recurso Especial nº 680.794**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de junho de 2010. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=982214&sReg=200401126103&sData=20100629&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=982214&sReg=200401126103&sData=20100629&formato=PDF)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

<sup>1035</sup> Vale citar que o Pleno do STF, no julgamento da ADPF nº. 130/DF, firmou entendimento de que a, na ponderação entre os interesses envolvidos no exercício da liberdade de imprensa, haveria uma precedência entre o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa sobre o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. A incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar a responsabilidade penal, civil e administrativa, seria a fórmula constitucional peculiar de, sem cercear o pleno gozo da liberdade de imprensa, proteger os interesses privados. Tais mecanismos, mesmo atuando a posteriori, agiriam sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa.

<sup>1036</sup> Em sentido semelhante, conferir: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. CONTEÚDO OFENSIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA DE MODO REGULAR, SEM ABUSOS OU EXCESSOS. [...] 4. A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública. [...] 8. A diligência que se deve exigir da imprensa, de verificar a informação antes de divulgá-la, não pode chegar ao ponto de que notícias não possam ser veiculadas até que haja certeza plena e absoluta da sua veracidade. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial, no qual se exige cognição plena e exauriente acerca dos fatos analisados. 9. Não houve, por conseguinte, ilicitude na conduta da recorrente, tendo o acórdão recorrido violado os arts. 186 e 927 do CC/02 quando a condenou ao pagamento de compensação por danos morais ao magistrado.. **Recurso Especial nº 1.297.567**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 de março de 2013. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1229339&sReg=201102621882&sData=20130502&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1229339&sReg=201102621882&sData=20130502&formato=PDF)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

<sup>1037</sup> A propósito, conferir Mônica Aguiar, para quem “parece salutar a conjugação das teorias subjetiva e objetiva que visam a alcançar o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais e, por consequência, os limites a eles inerentes, ficando estacas em que não há direito que deva sempre prevalecer sobre os demais em todas as ocasiões, eis que não há uma supremacia absoluta de determinado bem jurídico. (CASTRO, Monica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida provada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 108-109).

Tratava-se de uma ação indenizatória proposta por um ex-jogador e comentarista de futebol contra a editora mencionada, ao argumento de que ela teria desbordado do seu direito de informar, ofendendo a dignidade e imagem do autor, ao publicar em jornal diário de sua titularidade matérias que reproduziam entrevistas concedida pela ex-companheira do autor à revista “Isto é Gente”, cujo conteúdo continha insinuações de que o autor teria praticado crime de sequestro do filho de ambos, além de assédio sexual contra uma telefonista da empresa para qual ele trabalha.

Vale citar que a Corte local firmou entendimento de que, conquanto o jornal não tenha avançado além da narrativa dos fatos, tampouco manifestado qualquer juízo de valor sobre a entrevista concedida pela ex-companheira a outro veículo de comunicação, a reprodução e veiculação de declarações, por envolver a intimidade pessoal e familiar do autor, além de não visar a qualquer interesse público, seria violadora dos seus direitos da personalidade.

Ademais disso, o relator do recurso especial firmou a premissa de que, ao republicar as acusações da entrevistada, o jornal “não se desincumbiu do ônus de um mínimo de diligência investigativa”, especialmente quando se verifica que o noticiado sequestro do filho, em verdade, foi o devido cumprimento de uma ordem judicial. Com tal proceder, entendeu o STJ, o jornal violou o dever de veracidade e agiu, “no mínimo, com culpa, sem ter o cuidado de checar ao menos um indício de plausibilidade daquelas declarações que imputam ao recorrido a prática de crime que se verificou não ter ocorrido.”<sup>1038</sup>

Em suma, a partir dos julgados supratranscritos, observa-se com certa facilidade que, conquanto se esteja tratando de definir a respeito de exercício regular ou abuso de direito, os standards foram elaborados para fins de definição do erro de conduta – num ou noutro caso – tomando em consideração aspectos atinentes à violação aos deveres de diligência e cuidado dos veículos de imprensa, tradução mais pura da culpa normativa.

Portanto, não parece difícil concluir que os enunciados nº. 24 e 37 não resistem a um confronto com a doutrina – pelo menos parte dela –, tampouco com as cláusulas gerais

---

<sup>1038</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Recurso especial. Responsabilidade civil e direito processual civil. Reportagem de jornal reproduzindo trechos de entrevista concedida por ex-companheira à revista, em que são proferidas declarações ofensivas à honra do recorrido e imputada, falsamente, conduta criminosa. Ônus de um mínimo de diligência investigativa não observado pelo órgão de imprensa. Ausência de interesse social em fatos íntimos da vida privada da pessoa, ainda que goze de notoriedade. Credibilidade do jornal que permitiu a ampliação de perpetuação da violação à honorabilidade do autor. Desbordamento do direito/dever de informar. Conduta ilícita. Dano moral configurado. Recurso especial não conhecido. **Recurso Especial nº 713.202**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 01 de dezembro de 2009. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=916753&sReg=200401845974&sData=20100803&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=916753&sReg=200401845974&sData=20100803&formato=PDF)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

estatuídas no sistema, ou mesmo com a práxis dos tribunais, pelo menos em certos segmentos específicos do tráfico social, em que se observa a necessidade de uma maior proteção de espaço de liberdade aos particulares.

A violação à boa-fé objetiva não é necessariamente condicionante de uma responsabilidade civil objetiva: ao revés, é modalidade de ilícito que convive e dialoga com a culpa, desde que se compreenda esta como um erro de conduta. Neste contexto, a boa-fé objetiva serve à delimitação de deveres instrumentais em setores mais específicos do tráfico, o que propicia a relativização do standard por meio da criação de modelos de conduta menos abstratos, com base nos quais se elaborará um juízo ético-jurídico do comportamento do agente.

### 5.3 A FUNÇÃO HEURÍSTICA DA BOA-FÉ OBJETIVA<sup>1039</sup>

#### 5.3.1. Noções iniciais.

Uma vez demonstrado que os deveres instrumentais em sua função de proteção não são incompatíveis com um juízo de responsabilidade civil baseado na culpa – ainda que esta culpa reste objetivada – é, então, chegado o momento de verificar em quais circunstâncias ou de que modo eles podem atuar na inversão do ônus de prova ou, eventualmente, na objetivação da própria responsabilidade.

Sobre a relação dos deveres de proteção com a responsabilidade civil objetiva, falar-se-á no próximo tópico. Agora, cumpre descrever de que forma a boa-fé objetiva favorece – se é que assim o faz – a inversão do ônus de prova da culpa.

Manuel A. Carneiro da Frada, conquanto reconheça que a aferição da culpa como decorrência dos deveres de proteção deverá ser feita nos limites do art. 487/2 do Código Civil português<sup>1040</sup> - isto é, mediante o reenvio ao critério do *bonus pater familias* –, pondera que o juízo de culpa no contrato teria um sentido distinto daquele que reveste na responsabilidade

---

<sup>1039</sup> Segundo os léxicos, heurística quer dizer o conjunto de métodos empregados para chegar-se à invenção, à descoberta ou à resolução de problemas (AULETE, Caldas. **Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, p.419). A ideia de vinculá-la ao tema abordado surgiu das discussões travadas com o Professor Pós-doutor Fredie Didier Jr., em sala de aula.

<sup>1040</sup> Código Civil português: “ARTIGO 487º (Culpa) 1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa; 2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.”

aquiliana, visto que nesta “exprime a censurabilidade de uma conduta que viola o compromisso geral traçado pela lei entre liberdade de actuação e interesses de defesa de pressupostos básicos da ordem social global”, na responsabilidade contratual o juízo de reprovação baseia-se em uma norma de comportamento que visa a distribuir riscos em uma ordem jurídica particular.<sup>1041</sup>

Com base nessa premissa, que toma em consideração em especial a natureza contratual dos deveres de proteção, o citado autor admite a possibilidade de aplicação analógica do art. 799/1<sup>1042</sup> do Código Civil português às hipóteses de violação dos aludidos deveres, criando uma presunção de culpa contra aquele que os descumpre e em favor dos beneficiários de tais deveres. Assim, incumbirá àquele que descumpre os deveres de proteção, em especial quando estes deveres são estabelecidos como deveres de resultado, o encargo de provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não decorreu de culpa sua.<sup>1043</sup>

No direito brasileiro, em que pese não haver uma norma fixando a presunção legal de culpa para aquele que descumpre a prestação principal da obrigação (tal como o art. 799/1 do Código Civil português), a doutrina e a jurisprudência vem reconhecendo ser hipótese de presunção judicial da referida culpa, sempre que ela decorra de uma dever expresso, no contrato ou na lei (neste último caso, denominando-se de culpa contra a legalidade).<sup>1044</sup>

As características “avoluntaristas”<sup>1045</sup> e “invisíveis”<sup>1046</sup> atribuídas aos deveres de proteção podem levar, a primeira vista, à conclusão de que seria incompatível com a sua natureza presumir-se judicialmente a culpa a partir da sua violação, salvo quando os citados deveres vierem consagrados expressamente em lei ou resultarem do que tiver sido expressamente pactuado pelas partes de um contrato.

Não seria bem assim. Afora as hipóteses acima citadas, ao beneficiário dos deveres de proteção, que tenha sua posição jurídica lesada pela quebra dos referidos deveres, resta o direito à facilitação da prova do pressuposto subjetivo por meio da denominada prova *prima*

---

<sup>1041</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 187-189.

<sup>1042</sup> Código Civil português: “ARTIGO 799º (Presunção de culpa e apreciação desta) 1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.”

<sup>1043</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. cit.*, p. 194.

<sup>1044</sup> A propósito, conferir Capítulo 01, itens 1.2.4.1, 1.2.4.3 e 1.2.4.4.

<sup>1045</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 438.

<sup>1046</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. Vol. IV. Tomo I. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2008. p. 70

*facie* da culpa, o que também poderá permitir uma inversão efetiva do ônus de prova no processo. É o que se passa a explicar.

### 5.3.2 As máximas de experiência e cláusula geral da boa-fé objetiva.

Segundo velho e conhecido brocardo, a convicção do magistrado deve estar limitada aos lindes traçados pelo conteúdo dos autos, afinal o que não se encontra nos autos não pertence ao mundo do juiz (*quod non est in actis non est in mundo*). No direito positivo brasileiro, esta máxima vem expressa no art. 131 do CPC, segundo o qual o que o juiz pondera como razões de decidir são os fatos e circunstâncias constantes dos autos, pois, afinal, apenas estes terão sido alegados, discutidos e demonstrados em regime de contraditório e em obediência às formas e respeito à garantia do devido processo legal.<sup>1047</sup>

Apesar dessa regra, Adroaldo Furtado Fabrício lembra haver uma tendência ao abrandamento do formalismo e à aceitação da máxima verossimilhança possível da “verdade”, a ser apurada no processo, que conduzem a algumas exceções, a saber: o aproveitamento dos fatos notórios e a aplicação das máximas de experiência. Segundo o citado autor, os fatos notórios e a aplicação das máximas de experiência têm em comum o fato de ambas pertencem ao “saber privado do juiz”, ou seja, “a fonte do convencimento judicial, em tais situações, acha-se fora dos autos e neles não chega a penetrar, senão quando da fundamentação do julgado”.<sup>1048- 1049- 1050</sup>

---

<sup>1047</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Fatos notórios e máximas da experiência**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. 2004. n. 376, p. 3.

<sup>1048</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>1049</sup> Tem-se, assim, como notórios aqueles fatos cujo conhecimento integra a cultura geral de um determinado povo ou grupo social, em dado local e determinada época, segundo o momento em que se profere a decisão. Segundo Juan Montero Aroca, para que um fato seja reconhecido ou qualificado como notório, é dispensável que a parte contra quem ele é alegado admita esta sua qualificação, sendo importante que esta notoriedade se qualifique segundo a apreciação do magistrado (AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 3 ed. Madrid: Civitas. 2002. p. 63). Jeremias Betham, entretanto, discorda desta afirmação, ao sugerir que seria possível se exigir da parte contrária o reconhecimento do fato tido como notório. Para este autor, portanto, a notoriedade em matéria de fatos poderia resultar em algo passível de questionamento e, portanto, passível de prova. (BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Manuel Ossorio Florit (trad.). Buenos Aires: Valletta Ediciones Europa-América. 1971. v. 1, p. 97).

<sup>1050</sup> A máxima de experiência é um juízo constituído a partir da observação do que comumente acontece e que, desta forma, pode ser constituído em abstrato por qualquer pessoa de cultura média, ensina a doutrina. Segundo leciona Barbosa Moreira, as regras (ou máximas) de experiência são “noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva. 1977. p. 62-63). É, numa linguagem vulgar, aquilo que a vida ensina a todo homem médio. Ex. engarrafamentos na hora do *rush*; presença de turistas durante o carnaval etc. Ou,

Para o referido autor, inclusive, a convicção construída a partir dos fatos notórios e máximas de experiência decorre de iniciativa do juiz e independe de prévia submissão às partes.<sup>1051</sup>

A lição de Adroaldo Furtado Fabrício acima citada costuma ser repetida pela doutrina sem maiores reflexões. De fato, a natureza dos fatos notórios e das máximas de experiência é similar, no sentido de que ambas são espécies que pertencem ao mundo do “saber privado do juiz”.

Discorda-se, contudo, da afirmação sobre a suposta desnecessidade de prova. Isto por que: a) os fatos notórios não dependem de prova, mas a notoriedade, sim. Portanto, se foi objeto de debate e controvérsia, esta última circunstância (notoriedade) será, sim, objeto de prova;<sup>1052</sup> b) as regras (máximas) de experiência, de maneira similar, ordinariamente, integram o patrimônio cultural comum a todos, inclusive o juiz. Contudo, é possível que a regra de experiência demande uma consulta às fontes adequadas, independentemente de qualquer provocação das partes; ou, ainda, excepcionalmente, pode ser objeto de prova, quando for de natureza técnica.

Essa última conclusão é crucial para a conclusão desse tópico, na medida em que se tem a boa-fé objetiva, por meio da sua função integrativa e instituidora de deveres anexos, como elemento indicativo da necessidade imposta ao magistrado da busca dos costumes e padrão de comportamento esperado, em dado tráfico social específico, fugindo-se ao padrão abstrato e genérico do *bonus pater familias*. Daí dizer Barbosa Moreira que:

Todos os conhecimentos, que integram o patrimônio cultural comum da sociedade, atuam no processo na medida em que atuam na mente do juiz, ou porque já lá se encontravam presentes, ou porque, no caso contrário, ele os adquira mediante consulta às fontes adequadas, sem necessidade, em qualquer hipótese, de provocação das partes. Ressalve-se que as regras de experiência podem às vezes constituir objeto da prova: é perfeitamente concebível que o juiz desconheça algum uso peculiar a determinada categoria profissional, por exemplo, e seja preciso estabelecer a certeza ao propósito, através do depoimento de uma testemunha. No presente contexto, porém, não é tal eventualidade que nos interessa, senão o papel que essas regras – uma vez conhecidas, antes do processo ou no curso dele – são chamadas a desempenhar no trabalho cognitivo do órgão judicial.<sup>1053</sup>

---

ainda, como ensina Adroaldo Furtado Fabrício, “as máximas ou regras de experiência são “definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se apreciam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros que venha a ocorrer”. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Fatos notórios e máximas da experiência**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense 2004. n. 376. p. 6.).

<sup>1051</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>1052</sup> AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 3 ed. Madrid: Civitas. 2002. p. 64-65;

<sup>1053</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual**. 2<sup>a</sup>. série. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 63.

Neste item da dissertação, deter-se-á à análise da máxima de experiência, em especial da função que ela desempenha como elemento de verificação ou demonstração da culpa por meio de um juízo de verossimilhança e, a partir daí, das consequências processuais que possam advir.

Segundo Barbosa Moreira, a partir da análise topológica do art. 335 do CPC (i.e., no capítulo de provas), adquire-se a noção de que a utilidade das regras (máximas) da experiência estaria em servir de *instrumento de apuração de fatos*. E, de fato, é isto que realmente ocorre: a) de um lado, porque é com base nas máximas de experiência que, a partir de indícios (fato provado), formam-se as presunções judiciais (fato probando); b) de outro lado, as regras de experiência também servem de critérios de valoração da prova: “supondo-se que duas testemunhas, uma das quais daltônica, prestem depoimentos contraditórios sobre a cor do veículo que causou o acidente, o juiz naturalmente preferirá o depoimento da testemunha de visão normal, com apoio em corriqueira regra de experiência”.<sup>1054</sup>

Mas, não se esgota nisso o papel das regras de experiência. Segundo o referido autor, elas ainda teriam função relacionada à *linguagem empregada nos textos legais* – de grande interesse teórico e prático -, quando atuam no momento da concretização das normas que contenham conceito jurídico indeterminado.

Como já referido em capítulo anterior, em alguns casos é inconveniente e até mesmo impossível que o legislador defina com plena exatidão o campo de incidência de uma norma jurídica, determine todas as situações fáticas em que ela há de se aplicar, produzindo efeitos jurídicos. Daí que ele se limita a fornecer elementos e indicadores genéricos (conceitos jurídicos indeterminados), mas suficientes para que o operador do direito, no momento da sua concretização, preencha os vazios.

Por exemplo, “qual o ‘tempo suficiente’ para a chegada da resposta ao conhecimento do proponente, e, portanto, para desobrigá-lo da proposta de contrato feita sem prazo a pessoa ausente”? O magistrado, a fim de constatar se ocorreu ou não o fato típico previsto na norma deve recorrer aos seus conhecimentos ordinários sobre o que se dá naquele tipo de situação da vida.

Barbosa Moreira, a propósito, explica que, para proceder a tal determinação, cumpre ao juiz questionar-se, antes de mais, sobre a maior ou menor facilidade e rapidez das comunicações,

---

<sup>1054</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual.** 2<sup>a</sup>. série. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 63.

tendo em consideração a localidade e a distância em que se encontram as partes. Imaginando-se que as citadas pessoas estão nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, em condições normais, uma ligação não demoraria mais que alguns segundos e uma correspondência não levaria mais que dois dias: “eis aí uma ‘regra de experiência’ capaz de auxiliar o julgador na solução de litígio sobre a matéria figurada”.<sup>1055</sup>

É bem verdade que Barbosa Moreira correlaciona a determinação da regra de experiência com os denominados conceitos jurídicos indeterminados, isto é, não necessariamente correlacionando-a com as cláusulas gerais.<sup>1056</sup>

Contudo, como já referido em tópico anterior, adota-se aqui a concepção de que os conceitos indeterminados constituem técnica legislativa utilizada na estruturação das cláusulas gerais.<sup>1057</sup> Assim, a técnica legislativa utilizada na estruturação da cláusula geral da boa-fé objetiva se utiliza de conceitos vagos e indeterminados. Afinal, o que se entende por “boa-fé”, “usos do lugar” e “probidade”? Isto será definido, segundo certa margem de discricionariedade e liberdade do juiz, por meio de uma operação concretizadora, especialmente por meio da formulação de juízos de valor. Nas palavras de Barbosa Moreira:

Na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, com é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor. Exemplo frisante é o dos “atos contrários à moral e aos bons costumes”, cuja prática, na dicção do art. 395, n.º III, do Código Civil, acarreta perda do pátrio poder.<sup>1058</sup>

Ressalte-se, ainda, a contundente observação de Barbosa Moreira, no sentido de que a função exercida pelas regras de experiência, nas hipóteses de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, não se confunde com a função que elas (máximas de experiência) desempenham em matéria probatória, “seja na formação de presunções judiciais, seja na valoração das provas produzidas”. Esclarece que, neste último caso, elas seriam *instrumentos de apuração de fatos*, servindo, assim, à experiência probatória; enquanto que no primeiro

---

<sup>1055</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual.** 2ª. série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 65.

<sup>1056</sup> “A questão assumirá importância particular caso se trate de palavras ou expressões de sentido impreciso. Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato -, o cuidado de ‘preencher claros’, de cobrir os ‘espaços em branco’. A doutrina costuma falar, ao propósito, em ‘conceitos juridicamente indeterminados’ (*unbestimmte Rechtsbegriffe*).” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>1057</sup> Nesse sentido, conferir Capítulo 02, item 2.2.2.2.

<sup>1058</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 65.



caso, seriam “*instrumentos da subsunção*, isto é, da operação pela qual os fatos apurados recebem, mediante o confronto com o modelo legal, a devida qualificação jurídica”. E, então, conclui que “uma e outra constituem etapas necessárias e complementares, mas distintas, da motivação do *decisum*”.<sup>1059</sup>

O citado autor apresenta o seguinte exemplo: “Caio propõe ação contra Tício, para exigir ressarcimento de dano causado pelo cão pertencente ao réu. Das duas testemunhas ouvidas, uma declara que Tício mantinha o cão preso por forte corrente, jamais rompida; outra diz que, em ocasião anterior, vira romper-se a corrente a um puxão mais violento do animal. A primeira testemunha é empregado de Tício, que receia ser despedido; a segunda é um vizinho que nada teme”.

A partir deste caso narrado e tomando em conta a aplicação da regra do art. 1527, I, do Código Civil de 1916 (que previa hipótese de presunção relativa de culpa<sup>1060</sup>), o citado autor imagina que se podem formular três raciocínios na mente do julgador, todas aptas a conduzi-lo, racionalmente, a uma conclusão: “a) a testemunha independente é mais veraz; ora, a testemunha independente afirmou que a corrente, certa vez, se rompera; logo, o rompimento deve ser admitido como verdadeiro; b) o que uma vez acontece, em igualdade de circunstâncias, pode acontecer de novo; ora, a corrente já se rompera; logo, era suscetível de romper-se novamente; c) manter um cão preso por meio de corrente suscetível de romper-se não é guardá-lo e vigiá-lo ‘com cuidado preciso’; ora, Tício mantinha o cão preso por meio de corrente suscetível de romper-se; logo, não o guardava e vigiava ‘com cuidado preciso’”<sup>1061</sup>.

Nos três silogismos, surgem as denominadas máximas de experiência. Contudo, segundo o autor do exemplo, nas duas primeiras hipóteses, as regras de experiência estariam servindo como *instrumentos de apuração de fatos* (valoração de provas, no item “a”, ao estabelecer que a testemunha independente é mais veraz; e formação de presunção judicial, no item “b”, ao presumir que a corda romperia-se). Na terceira hipótese, distintamente, a regra de experiência serve para delimitar (no caso, por exclusão), o conceito juridicamente indeterminado de “cuidado preciso”.

---

<sup>1059</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual.** 2ª. série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 65.

<sup>1060</sup> Código Civil de 1916: “Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar: I. Que o guardava e vigiava com o cuidado preciso.”. Vale notar que citado dispositivo corresponde ao atual Art. 936 do Código Civil de 2002, que trata de hipótese de responsabilidade objetiva.

<sup>1061</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 67.

Apesar da lógica irretorquível da argumentação, não se vislumbra o porquê da necessidade de separar o momento da valoração da prova e do instante da apuração dos fatos, no momento que se aplica a regra ou o princípio respectivo, mediante a valoração do conceito jurídico indeterminado. Ao que parece, a observação do citado autor decorre do fato de que não se toma em consideração a realidade da cláusula geral, cuja aplicação, como dito em capítulo anterior, não é condizente com o método lógico dedutivo.<sup>1062</sup>

Por fim, vale ainda citar que as máximas da experiência serviriam também como limite ao livre convencimento motivado, tendo em vista que ao juiz não seria dado decidir apreciar e valorar as provas em contrariedade às máximas de experiência.<sup>1063</sup> Esta concepção, conecta-se e mostra-se essencial à ideia de que a cláusula geral da boa-fé permite a constituição de um critério axiológico de formação do juízo de verossimilhança da culpa. Assim, caso a caso, deverá o juiz motivar a sua decisão a fim de demonstrar aos destinatários do preceito normativo os caminhos percorridos pela sua mente na formação da sua convicção sobre a valoração da prova em torno dos fatos que delineiam uma conduta culposa.

### 5.3.3. A prova *prima facie* como juízo de verossimilhança da culpa

A prova *prima facie* é aquela em que a comprovação do fato se exterioriza na primeira aparência. Trata-se de uma convicção formada no espírito do julgador a partir da experiência da vida, segundo aquilo que usualmente acontece. Das máximas de experiência, o juiz infere a verossimilhança dos fatos de tal ordem que os considera *prima facie* provados.<sup>1064</sup>

---

<sup>1062</sup> O próprio autor reconhece a dificuldade, embora defenda a posição anteriormente firmada: “Dir-se-á que também na atividade probatória as regras de experiência se veem usadas como ‘premissas maiores’, quer nos raciocínios atinentes à valoração da prova, quer nos tendentes ao estabelecimento da *praesumptiones hominis* [...]. A esse ângulo, inexistiria diferença entre o papel desempenhado pelas regras de experiência na fixação de conceitos indeterminados e o papel por elas exercido em matéria de prova. Em primeiro lugar, porém, a assemelhação se inscreveria em plano puramente formal; ademais, ela reflete, como já se acentuou, concepção afinada pelo diapasão de um ‘dedutivismo’ hoje em crise. No estágio atual da elaboração científica, não se afigura prudente reconhecer peso decisivo a argumento de valor condicionado à sobrevivência da teoria ‘silogística’ do julgamento. E mais: se existe ponto em que o esquema dedutivo tem melhor probabilidade de resistir às investidas críticas e de conservar prestígio como tradução idônea do processo judicante, é exatamente a subsunção”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual**. 2.<sup>a</sup> série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 70-71).

<sup>1063</sup> Esta última função é apontada por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Editora Podivm, 2011, p. 56).

<sup>1064</sup> A prova *prima facie* - também denominada prova por verossimilhança ou prova de primeira aparência - decorre das denominadas regras de experiência ou máximas da experiência. Trata-se de noção construída no direito anglo-saxão e depois incorporada à legislação processual alemã, com repercussões na legislação tanto da Itália, como do Brasil (CAMBI, Eduardo. **A prova civil. Admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT. 2006. p. 383). A prova *prima facie* é aquela em que a comprovação do fato se exterioriza na primeira aparência (*at first view, at first sight, at first appearance*). Constrói-se a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente

Portanto, a prova *prima facie* tem como ponto de partida a ideia de que alguns campos da experiência humana produzem, regularmente, eventos típicos que, tomados à luz das máximas de experiência, possibilitam extrair ilações (valorações) acerca do fato que se queira provar.

A partir de então, pode-se surgir a “aparência de verdade” das alegações do fato que se quer provar, o que autoriza a inversão do ônus de prova, para o fim de atribuir à outra parte o encargo de demonstrar o contrário. Para este fim, como visto, o magistrado deve observar criteriosamente as condições de admissibilidade das provas *prima facie*.<sup>1065</sup>

Nas ações em que se vise à responsabilização civil do agente, com fundamento na culpa, a sua demonstração é pressuposto essencial. Trata-se, portanto, de um dos elementos do fato jurídico complexo constitutivo do direito da vítima (autor da demanda) e, portanto, constitui-se em *thema probandum*. O ônus ou encargo da prova da culpa incumbe, ordinariamente, à vítima (usualmente o autor da demanda).

Como já assentado, a culpa a ser provada, por seu turno, já não é mais aquela de caráter psicológico: a dogmática contemporânea contenta-se com a análise normativa do mencionado requisito, pelo viés do denominado *erro de conduta*. Nada obstante, ainda é dificultosa a sua prova (i.e., da culpa), visto que a ideia do padrão comportamental desejado cujo desatendimento implica em erro de conduta leva em conta o caráter abstrato do bom pai de família (*bonus pater familias*), figura esquivada e de difícil visualização. Este modelo de análise peca, muitas vezes, por ignorar aspectos particulares do problema.

Assim, apesar de todo o esforço, a prova da culpa continua sendo diabólica, visto que: em muitas situações, a dificuldade de sua prova é tamanha, que a jurisprudência acaba dispensando-a, ainda quando o faça ao arpejo de expressa disposição legal<sup>1066</sup>; ou, senão, o

---

acontece. Moacyr Amaral Santos fala em aparência da verdade. Para ele, “a verossimilhança dos fatos alegados’ se apresenta ao juiz, quando os submete em cotejo com as máximas de experiência, produzindo prova *prima facie*. Pelo que o julgador infere das máximas de experiência, a verossimilhança dos fatos é de tal ordem que os considera *prima facie* provados.” (AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Max Limonad. s/a. v. 5. p. 441).

<sup>1065</sup> Seriam elas: a) dificuldade da prova direta do fato, ou seja, a necessidade de se promover a prova por meio de fatos indiretos, ou indiciários; b) a facilidade da prova contrária, sob pena de se transferir a parte adversa o ônus de uma prova diabólica e na implicação de um cerceamento ao direito de defesa; e c) a possibilidade de se julgar, por verossimilhança, ou seja, com base nas máximas de experiência” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil. Admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 383).

<sup>1066</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁ- GRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA (FATO DA VÍTIMA). A regra geral do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil do autor do dano, mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927, caput, CC). Contudo, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco acentuado para os trabalhadores envolvidos, desponha a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, tornando objetiva a responsabilidade

que talvez seja ainda pior, torna a referida prova algo impossível ou senão bastante difícil, como no caso da estranha figura do *erro profissional* (escusável), que justificaria a conduta do profissional liberal (do médico e do advogado, por exemplo), divisando-a do *erro grosseiro* (inescusável), de viés psicológico, hipótese em que aquele profissional deveria responder.<sup>1067</sup>

Evidentemente que a adoção de critérios dogmáticos tão díspares para resolver problemas fundados em uma realidade tão próxima gera inconsistências, devendo ser evitados no discurso jurídico.

Com já firmado anteriormente, a boa-fé objetiva servirá de solução intermédia, na medida em que se afasta daquele parâmetro abstrato e esquivo do bom pai de família (*bonus pater familias*), sem permitir uma volta indesejada da análise psicológica ou moral da culpa. Mediante a sua função instituidora de deveres instrumentais, a boa-fé objetiva confere amplas possibilidades ao julgador, autorizado-o a criar os estereótipos de comportamento, com base naquilo que ordinariamente costuma ocorrer, *in concreto*, tomando por base nos costumes de determinado tráfico social e cujo desvio poderá implicar num juízo de verossimilhança da culpa do agente.

Para melhor se entender o que vem se tentando demonstrar, tome-se o seguinte exemplo: o sujeito ofendido move uma ação de responsabilidade civil por danos advindos de sua queda em poço descoberto, situado em terreno pertencente ao seu vizinho. Claro está que haverá uma grande dificuldade do autor provar a culpabilidade do ofensor, malgrado a experiência da vida indique ou evidencie que ela (a denominada culpa) recaia sobre o réu, seu vizinho. Ou seja, os princípios práticos e regras de experiência, extraídos do que ordinariamente se espera,

---

empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco). Noutro norte, a caracterização da culpa exclusiva da vítima é fator de exclusão do elemento donexo causal para efeito de inexistência de reparação civil no âmbito laboral quando o infortúnio ocorre por causa única decorrente da conduta do trabalhador, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se, com base nos fatos relatados pelo Regional, se conclui que a conduta da vítima do acidente não se revelou como causa única do infortúnio, afasta-se a hipótese excludente da responsabilização da empregadora pelo dano causado. Recurso conhecido e provido. **Recurso de Revista nº 85040-87.2004.5.12.0021**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 03 de junho de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=trua&numeroFormatado>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

<sup>1067</sup> “Traduz-se, enfim, no erro grosseiro e inescusável, como, *ad exemplum*, ingressar com uma ação inexistente ou absolutamente inadequada para hipótese, alegar fatos que nunca ocorreram, perder prazos peremptórios – cujos termos *a quo* (inicial) e *ad quem* (final) restaram fixados sem rebuços – que conduzam ao insucesso da ação judicial etc.” (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil. Doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 508); “Via de regra, a responsabilização do advogado, tal como em relação aos médicos, tem lugar nos casos de culpa grave (art. 34, IX, do Estatuto da Advocacia), decorrente de erros grosseiros, de fato ou de direito, cometidos no desempenho do mandato, tal como o ajuizamento de ação inviável, desconhecimento de texto expresso de lei ou de jurisprudência dominante etc.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 377).

ressoam que a culpa pelo referido acidente seja do dono da área, visto que não fora diligente o bastante para manter o poço coberto ou afixar em local visível um aviso de perigo.<sup>1068</sup> Daí ser possível formular um juízo de culpa, ainda que por verossimilhança.

Note-se que, no exemplo dado, o não ter atendido às normas de dever de cuidado (com base no que se pode esperar de um homem médio) – em especial por constituir-se em fato negativo – apresenta-se como uma prova diabólica para aquele a quem cabe o encargo de demonstrá-la. A verdade é que, em muitos casos, não há mesmo como se produzir a prova, senão por um juízo de verossimilhança. E, inegavelmente, os juízes têm se valido desse raciocínio ao longo de décadas, tenham ou não consciência disso.

A questão é que, em uma sociedade complexa como é a atual, esse juízo formulado com base na figura do homem médio revela-se muitas vezes inadequado, sendo muitas vezes a fonte das inconsistências apontadas em capítulo anterior.<sup>1069</sup> Em verdade, parece não ser possível admitir como juízo de verossimilhança um raciocínio que se estabeleça totalmente dissociado das circunstâncias fáticas presentes em determinado caso e sem observância aos costumes e àquilo que ordinariamente se espera em determinado tráfico social.

Outro exemplo ilustra a importância da quebra do paradigma do homem médio - segundo o que se vem defendendo no presente trabalho - trazida pela cláusula geral da boa-fé objetiva. Imagine-se que um determinado paciente mova uma ação de responsabilidade civil contra o seu médico, indicando ter perdido parte da sua visão esquerda em razão da cirurgia de catarata. O médico se defende alegando que adotara o procedimento de rotina, sem qualquer intercorrência, sendo que o tipo de dano indicado pelo paciente decorre de um risco natural ou inerente ao procedimento a que ela se submetera, tanto mais se considerado o quadro de comorbidades (doenças pré-existentes), olvidando-se, contudo, que devia ter informado ao paciente sobre tais consequências. Adotando-se a concepção do homem médio, dir-se-ia não haver qualquer responsabilidade a ser imputada ao médico-réu. Uma análise mais acurada, entretanto, poderá demonstrar a quebra do dever de informar e, conseqüentemente, um juízo de verossimilhança da culpa.<sup>1070</sup>

---

<sup>1068</sup> O exemplo é de Moacyr Amaral Santos, extraído da sua obra: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. Vol. 5, cit., p. 432.

<sup>1069</sup> Permita-se remeter o leitor para o Capítulo 01, item 1.1.4.2.

<sup>1070</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇOS MÉDICOS. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. INFECÇÃO HOSPITALAR. INDENIZAÇÃO INDEFERIDA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO REDUZIDA. - Hipótese em que houve violação do dever de informar à paciente sobre o seu estado de saúde e as possíveis consequências do tratamento. Desconsideração ao princípio da boa-fé objetiva. Comissão encarregada de zelar pelo controle e combate às infecções hospitalares no Hospital

Nesse sentido, os deveres instrumentais instituídos com o auxílio da denominada cláusula geral da boa-fé podem ser compreendidos, em certa medida, como injunções axiológicas feitas pelo intérprete, segundo o que ordinariamente ocorre e se espera em termos de comportamento social obrigatório. Estas injunções se operam por meio da estipulação de padrões ou *standards* menos abstratos do homem médio ou mais próximos da realidade. Assim, o não ter agido da maneira esperada, segundo aquelas injunções – fato negativo por excelência – pode ser tomado como uma demonstração da verossimilhança da culpa normativa.

Assim, é possível concluir-se que: i) a prova da culpa (i.e., do fato correspondente ao erro de conduta), nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, desde que atendidos os pressupostos exigidos (como, v.g., tratar-se de uma prova extremamente dificultosa para a vítima, mas possível para a outra parte fazer a contraprova) pode dar-se por um juízo de verossimilhança, ou seja, por meio da prova *prima facie*; ii) esse juízo de verossimilhança, como dito, deve tomar em conta as máximas da experiência formuladas a partir dos padrões de comportamentos impostos pelos deveres instrumentais de conduta naquele tipo de situação específica; iii) como consequência dos dois raciocínios anteriores, pode-se dizer, também, que a verossimilhança autoriza a inversão do ônus de prova, o que se daria com arrimo na teoria da distribuição dinâmica do ônus de prova, ou seja, o encargo probatório deve ser repartido, no caso concreto, independentemente de regra legal típica, que previamente assim o autorize (como nos casos do art. 6º, VIII, do CDC).<sup>1071</sup>

Obviamente que, acaso resulte hipótese de consideração da prova *prima facie* ou por verossimilhança da culpa do agente, cumpre ao juiz, quando da fixação do *thema probandum*,

---

Fêmnia S/A comprovou que os índices de infecção contraídas no nosocômio, à época, eram considerados aceitáveis segundo os padrões estabelecidos. A indenização por dano moral não deve ensejar o enriquecimento dos ofendidos, mas minimizar-lhes a dor. Indenização reduzida para R\$10.000,00. **Apelação Cível nº 200104010798813**, da Terceira Turma do TRF 4ª Região. Relator: Ministro Maria de Fátima Freitas Labarrère. Porto Alegre, 18 de março de 2003. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

<sup>1071</sup> Quanto à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, cumpre lembrar que o CPC adotou a teoria estática do ônus de prova, ou seja, cuida de distribuir prévia e abstratamente o encargo probatório, conforme se viu: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito; e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 333, CPC). Ocorre que nem sempre autor e réu tem amplas condições de atender a este encargo probatório que lhes é formalmente distribuído (cite-se como exemplo o caso da denominada prova diabólica). Assim, não existindo prova suficiente nos autos para comprovar os fatos, o magistrado acabará por proferir decisão em desfavor daquele que não se desincumbiu do seu ônus probatório (regra de julgamento). Nesse sentido, então, diz-se que esta distribuição inflexível do ônus de prova atrofia o nosso sistema, na medida em que a sua aplicação rígida pode acabar por produzir julgamentos injustos. Assim, propõe-se que a concepção mais acertada é aquela que permite a distribuição o ônus de prova de maneira dinâmica, ou seja, incumbindo-se a quem tenha melhores condições de produzi-la, a luz das circunstâncias do caso concreto. A propósito, conferir, DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Editora Podivm, 2011, p. 94-95.

determinar a inversão da regra geral do ônus de prova, justificadamente, em tempo da parte adversa se desincumbir do encargo judicialmente imposto de provar o contrário e evitando surpresas que poderiam dar ensejo à violação à garantia constitucional do contraditório e ao direito à prova, com flagrantes prejuízos ao direito de defesa.<sup>1072</sup>

Saliente-se que a hipótese aqui versada, conquanto possa implicar inversão *ope iudicis* da regra geral de ônus *probandi*,<sup>1073</sup> não se confunde necessariamente com as hipóteses de presunção simples da culpa, como decorrência da comprovação do fato indiciário “quebra de dever contratual” ou “quebra de dever legal expresso”.

Como já afirmado anteriormente, a “quebra de uma regra legal” ou a “quebra de uma regra contratual” vem sendo reconhecido como indício que permite, por aplicação das máximas de experiência, firmar a presunção judicial da culpa do infrator. Eis algumas hipóteses que vêm se reconhecendo a presunção de culpa, na jurisprudência brasileira, como decorrência da demonstração da quebra de um dever legal: a) do condutor de veículo envolvido em acidente automobilístico, não habilitado para dirigir; b) do motorista que se envolve em colisão, ao ultrapassar sinal vermelho; c) condutor do veículo que colide na parte traseira do veículo que se encontrava logo à sua frente, por não respeitar a distância mínima obrigatória; e d) do empregador que não fornece os equipamentos de proteção industrial (EPIs).

São as denominadas hipóteses de *culpa contra a legalidade*, sendo que as citadas normas são usualmente estabelecidas para o atendimento de regras técnicas de segurança. A jurisprudência e a doutrina brasileira, como já salientando em capítulo anterior, tem firmado

---

<sup>1072</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil. Admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT. 2006. p. 385; GIDI, Antônio. **Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 38; e CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). **Prova judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 27 ss.

<sup>1073</sup> Diferentemente da inversão legal, ou *ope legis* – que, como o próprio nome sugere é a prescrita pela lei, a priori e abstratamente, ou seja, independente e sem qualquer consideração com o caso concreto e também da atuação do juiz – a inversão *ope iudicis* constitui verdadeira hipótese de inversão do ônus da prova, visto que, em casos tais, o legislador não excepciona a regra geral sobre o ônus *probandi*, abrindo apenas a oportunidade para que o magistrado, em determinado caso concreto, constatando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, a inverta. No sistema jurídico brasileiro, emblemático é o exemplo do art. 6º, inciso VIII, do CDC. Assim, “prevalece, a priori, a regra geral do art. 333 do CPC, podendo o juiz, no caso concreto, a depender das circunstâncias, excepcioná-la, dispondo de que forma será redistribuído o ônus da prova.” E mais: exatamente porque depende da apreciação subjetiva do magistrado a respeito dos fatos da demanda, a inversão *ope iudicis* é regra de atividade, e não de julgamento, o que, em outras palavras significa que o magistrado não poderá se valer dela acaso não tenha concedido à parte a quem imputou o ônus de provar a oportunidade de produzir a sua prova. A conclusão é que o magistrado deve, antes de sentenciar, anunciar a inversão do ônus, dando a oportunidade da prova do fato, sendo absolutamente injustificado o posicionamento daqueles que defendem a possibilidade de a inversão se dar em momento do julgamento, pois, “se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia.” (GIDI, Antônio. *Op. cit.*, p. 38).

uma presunção *ope judicis* da culpa do agente a partir do descumprimento de um dever previamente fixado na lei ou no contrato, cabendo-lhe, então, fazer a prova da exclusão da sua responsabilidade.<sup>1074</sup>

Portanto, presunção judicial de culpa decorrente de indício (i.e., fato provado) é algo diverso da hipótese de prova *prima facie* da culpa, que toma como ponto de partida a ideia de que alguns campos da experiência humana produzem, com alguma regularidade, eventos típicos que, tomados à luz das máximas de experiência, possibilitam extrair ilações (valorações) acerca do fato que se queira provar (como no caso do exemplo da queda no poço, fornecido supra).<sup>1075</sup>

Isso porque, enquanto na presunção judicial comum, o magistrado conduz seu raciocínio na existência de um indício, ou seja, quebra de um dever legal ou contratual - que nada mais é do que um fato indiciário conhecido (e, portanto, provado) – para, enfim, chegar à conclusão da ocorrência de um fato desconhecido, no caso a culpa pelo viés do erro de conduta (i.e., não provado); na prova *prima facie* o magistrado se pauta nas regras de experiência (princípios práticos), para enfim concluir pela verossimilhança da ocorrência ou não de um fato desconhecido (i.e. não provado), permitindo ao adversário provar o contrário.<sup>1076</sup>

Portanto, na prova *prima facie*, conquanto o juiz também se utilize de uma máxima de experiência, ele a toma em conta para firmar o seu juízo de verossimilhança. Observe-se que esta máxima de experiência não necessariamente é fato probando (nem secundário, tampouco principal). Constitui-se apenas numa regra adotada pelo juiz para extrair a convicção sobre a culpa (i.e., o fato que constitua *thema probandum*), facilitando a sua prova.

Essa máxima pode, inclusive, fazer parte apenas do conhecimento do juiz e, como tal, sequer ter sido alegada por alguma das partes. Então, não se pode dizer que a parte contra quem ela seja utilizada deva conhecê-la, tampouco saiba (ou tenha como saber) da necessidade de fazer prova contrária do fato que venha, a partir daquela máxima, ser considerado verossímil.

---

<sup>1074</sup> A propósito, conferir o Capítulo 01, item 1.2.4.3.

<sup>1075</sup> Vale citar que Manuel A. Carneiro da Frada propõe que, às relações informadas pelos deveres instrumentais de proteção, haja a aplicação analógica da regra do art. 799/1 do Código Civil português, segundo o qual incumbe ao devedor demonstrar que o inadimplemento ou o adimplemento defeituoso não procede de sua culpa (ou seja, no direito português, há uma presunção legal de culpa para as hipóteses de descumprimento de um dever de prestação ou um dever acessório). Esta regra, conforme o próprio autor anota, “ultrapassa a mera facilitação ao lesado da demonstração dos fundamentos da pretensão indenizatória pela chamada prova *prima facie* (*Anscheinbeweis*) para representar uma efectiva inversão do ônus da prova.” (FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 198).

<sup>1076</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 5. p. 430; No mesmo sentido, DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Editora Podivm, 2011, p. 69.



Daí porque apenas as provas *prima facie* – e não as presunções simples (judiciais ou *praesumptiones hominis*) - quando possam implicar inversão judicial (*ope judicis*) do ônus de prova, não podem ser utilizadas como regra de julgamento: pressupõem que antes sejam atendidas as cautelas devidas e necessárias para que se assegure o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, uma questão que pode surgir diz respeito à possibilidade de prova da regra ou máxima de experiência, ou seja, se ela pode ou não constituir-se em objeto de prova. É evidente que a forma pela qual se chegue à conclusão para tal questão dependerá, em certa medida, da resposta a que se dê à outra pergunta, bastante discutida na doutrina, ou seja, qual a natureza da máxima de experiência: norma ou fato? Não é de fácil solução.

Há muita discussão e opiniões e defensores autorizados em todos os sentidos. Segundo Barbosa Moreira, já houve quem as equiparasse às normas jurídicas, quem lhes negasse tal natureza, quem as situasse num plano intermédio entre o direito e os fatos, ou quem as atribuísse uma função variável, “de tal maneira que a equiparação ora se justificaria, ora não”.<sup>1077</sup>

Não cabe, no presente trabalho, fazer uma digressão ou recapitular a extensa discussão a esse respeito. De todo o modo, cumpre ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, admite-se a prova do direito quando diga respeito a costumes (autorizados pela cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no art. 113, 187 e 422 do Código Civil), ou, ainda, mesmo com relação às máximas de experiência – independentemente da discussão quanto à sua natureza -, sempre que revestirem natureza de norma técnica não vulgarizada (na forma do art. 335 do CPC).

Portanto, em consonância com a função integradora dos deveres propiciada pela cláusula geral da boa-fé objetiva, pode e deve o juiz, sempre que for preciso, perscrutar os costumes de dado tráfico social, as regras éticas ou técnicas de dado segmento profissional ou econômico, ou de qualquer outra natureza específica, que seja relevante para solucionar o caso envolvendo a análise da conduta culposa de determinado agente inserido na respectiva realidade social.

---

<sup>1077</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual.** 2<sup>a</sup>. série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 69-70.

## 5.4 A BOA-FÉ OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL SEM CULPA

### 5.4.1 A responsabilidade sem culpa: origem, conceito e a cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do CC.

Como visto em capítulo anterior, a responsabilidade civil objetiva foi o mais bem sucedido expediente entre os que visavam a colocar a teoria da culpa em xeque (a exemplo da presunção de culpa, da transformação da culpa aquiliana em contratual e da objetivação da culpa). Nenhum deles, por certo, teve tanta influência na construção na teoria da responsabilidade civil quanto à concepção de uma responsabilidade desgarrada da culpa, fundamentada na ideia do risco.<sup>1078-1079</sup>

O Código Civil de 1916 fundou o seu sistema de responsabilidade civil na prática de um ato ilícito culposo. A culpa passou, então, a ser tomada como um princípio axiomático, universal, deduzido de uma razão ético-jurídica atemporal, correspondente à ideia de punição por ato ilícito praticado (i.e., a sanção pela violação de um direito subjetivo). Ocorre que, antes mesmo da edição da primeira codificação brasileira, a Europa do séc. XIX já se preocupava com certos danos decorrentes de acidentes apenas atribuíveis à fatalidade, impessoais, e que, portanto, passaram a ser aferidos por critérios distintos da culpabilidade, colocando em xeque a concepção de ética até então vigente.

De fato, em 1896, por meio da denominada decisão “Teffaine”, a Corte de Cassação francesa introduziu no sistema a noção de risco, ao obrigar o patrão a reparar os prejuízos sofridos pelo seu empregado como decorrência da explosão de uma caldeira. O legislador, por sua vez, não ficou insensível à elaboração jurisprudencial, promulgando, em 1898, a lei francesa sobre acidentes de trabalho, na qual se impunha a responsabilidade do patrão pelos danos decorrentes do acidente do trabalho, independentemente de culpa, apenas com o fundamento do risco profissional.<sup>1080</sup>

A respeito da decisão “Teffaine”, Raymond Saleilles apontava que, nos casos de acidente de trabalho, exigir da vítima (i.e., o trabalhador) que prove a culpa seria o mesmo que negar-lhe

---

<sup>1078</sup> Permita-se remeter o leitor para o Capítulo 01, item 1.3.2 e 1.3.3.

<sup>1079</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 19.

<sup>1080</sup> A autora refere, ainda, a lei prussiana de acidentes ferroviários, de 1838, a lei de minas, de 1861, e, por fim, a lei de acidentes de trabalho, de 1884, que veio a ser a primeira lei a respeito do assunto. (MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 12).

o próprio direito ao ressarcimento. Louis Josserand, tomando em consideração a mesma decisão, anunciava a criação de um princípio geral de responsabilidade pelo fato da coisa, postulando, assim, uma espécie de responsabilidade por quaisquer fatos que a pessoa desse causa.<sup>1081</sup>

Segundo a doutrina que ganhou corpo a partir de então, excepcionalmente, desde que expressamente ressalvado em lei, passaria a ser inteiramente dispensável a presença da culpa para certas hipóteses de ressarcimento, visto que o que justificaria a imputação de danos àquele que causou o fato seria o risco que a sua atividade gera aos interesses de outrem. Está-se diante, então, da chamada responsabilidade objetiva, também conhecida como responsabilidade pelo risco, ou responsabilidade sem culpa.<sup>1082</sup>

No Brasil, mesmo antes da edição do Código Civil de 1916, diante do expressivo aumento do número de acidentes decorrentes da utilização de transportes ferroviários, o legislador ordinário se deparou com a necessidade de regulamentar este tipo de atividade, qualificando-a como “atividade de risco”, com o fim de objetivar a responsabilidade civil das empresas operadoras desse segmento de transporte de massa (Dec. nº. 2.681, de 07 de dezembro de 1912). Daí por diante, não demorou muito a que a legislação nacional previsse outras hipóteses de responsabilidade civil objetiva, estendendo a exceção ao princípio da culpa a outros segmentos do tráfico social, como nas hipóteses de acidentes de trabalho, atividades de mineração, acidentes de veículos, transporte aéreo e relações de consumo.<sup>1083</sup>

Assim, a partir do Código Civil de 1916 e das diversas leis especiais que foram editadas em seguida, diz-se que o sistema jurídico brasileiro passou a ser dotado de uma cláusula geral de

---

<sup>1081</sup> JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. In: Revista Forense. Vol. LXXXVI. Rio de Janeiro: Forense. abr./jun. de 1941, p. 556-557. No Brasil, conf. MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 13.

<sup>1082</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 127.

<sup>1083</sup> No Brasil, foram inúmeras leis esparsas que trataram da responsabilidade sem culpa: em 1919, foi promulgada a primeira lei acidentária do Brasil, com base no risco profissional, a cargo do empregador, por meio do Decreto-Lei nº. 3.724; nas atividades de mineração, o Decreto-Lei nº. 227/67; no âmbito dos acidentes de veículos, a Lei nº. 6.194/74 e a Lei nº. 8.441/92, que dispõem sobre o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT); nas atividades nucleares, a Lei nº. 6.453/77; nas relações de consumo, a Lei nº. 8.078/90. No acidente de trabalho, a partir da promulgação da Lei nº. 5.316, de 14 de setembro de 1967, tem-se inaugurada uma fase publicista do sistema de proteção às vítimas, por meio da criação de um seguro a cargo da Previdência Social. Este sistema foi aperfeiçoado, posteriormente, com a edição da Lei nº. 6.195, de 19 de dezembro de 1974, da Lei nº. 6.367, de 19 de outubro de 1976 e da Lei nº. 8.213, de 25 de julho de 1991, atualmente em vigor. A Constituição Federal de 1988 consagrou, ainda, a responsabilidade objetiva em três passagens: para as pessoas jurídicas de direito público e para as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, no seu art. 37, § 6º; para os que exploram energia nuclear, no seu art. 21, XXIII, “c”; e para a previdência pública em casos de acidente de trabalho, independentemente da responsabilidade do empregador quando este incorrer em dolo ou culpa, nos arts. 7º, XXVIII, 194 e 201, I.

responsabilidade fundada no princípio da culpa (art. 159), e de casos especiais, casuisticamente previstos em lei, em que ela era expressamente dispensada, excepcionando a regra geral.

Ao lado dessas leis esparsas, viu-se que a doutrina e a jurisprudência caminharam juntas no sentido de desenvolver hipóteses de presunções com vistas a viabilizar a facilitação da prova, a exemplo dos casos de responsabilidade indireta trazidas pelo art. 1523. Ademais, passaram a interpretar como hipóteses de responsabilidade objetiva aquelas decorrentes dos danos causados pelo fato do animal (art. 1.527), ou ocasionados por ruínas de prédios ou construções (art. 1.528), ou, ainda, decorrentes de coisas lançadas ou caídas em locais indevidos (art. 1.529).

O Código Civil de 2002, além de consagrar as hipóteses casuísticas de responsabilidade civil objetiva já aceitas pela jurisprudência, inovou: ao lado da cláusula geral de responsabilidade civil por culpa (artigos 186 e 927, *caput*), editou outra cláusula geral de responsabilidade, desta feita com base no denominado “risco da atividade” (art. 927, parágrafo único), segundo a qual: “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 preciso, pois, entender os contornos dogmáticos que servirão para preencher essa cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, missão que incumbe ao judiciário por intermédio da aplicação e desenvolvimento do direito. Como se vê, o Código Civil de 2002 alterou radicalmente o sistema, adotando uma cláusula geral objetiva para as atividades de risco. Cabe, agora, à jurisprudência, com auxílio da doutrina, definir o sentido dos conceitos indeterminados e vagos contidos nas expressões “atividade normalmente desenvolvida”, “por sua natureza”, assim como a que espécie de “risco” se refere.

Apesar da vagueza dos conceitos, reconhece-se haver uma tendência da doutrina em reconduzir a responsabilidade objetiva à ideia de “risco da atividade”, também aplicado às relações de consumo e nos danos ao meio ambiente. Segundo tal concepção, incorrerá alguém na obrigação de reparar, independentemente de culpa, sempre que, no decurso de determinadas atividades, tenham sido produzidos danos às posições jurídicas de outrem.<sup>1084</sup>

---

<sup>1084</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 15; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 153-154.

Ocorre que existem várias concepções de “risco de atividade”, segundo as teorias que foram desenvolvidas para tentar justificar a responsabilidade sem culpa, entre as quais se destacam: risco profissional, risco proveito, risco integral e risco criado.

Como já referido alhures, a teoria do risco profissional foi concebida sob a forte influência dos prejuízos ocorridos em função dos acidentes de trabalho, que exerceram um papel preponderante na idealização da teoria objetiva. Foi ela que serviu de suporte à decisão “Teffaine”. Segundo esta teoria, a obrigação de indenizar surgiria quando o evento danoso decorresse a atividade ou profissão do lesado.<sup>1085</sup> Apesar da sua importância, principalmente histórica, possui visão demasiadamente estreita, visto que fundada na ideia de proveito e limitada a uma determinada atividade empresarial específica, o que não a habilita a servir de fundamento para todas as hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

Para a teoria do risco proveito – também denominada de risco benefício –, por seu turno, responsável seria todo aquele que tirasse vantagem do fato gerador do dano, prevalecendo a máxima: “onde está o ganho aí reside o encargo – *ubi emolumentum ibi onus*”. Nas palavras de Alvino Lima, “não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano que a vítima que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia.”<sup>1086</sup>

Contra tal teoria, objetaram-se os irmãos Mazeaud, para quem a responsabilidade fundamentada na teoria do risco-proveito ficaria deveras restrita a uma só classe, no caso a dos comerciantes e industriais, o que lhe retiraria o valor de fundamento geral da responsabilidade civil. Com efeito, segundo a citada teoria, apenas se torna responsável aquele “que tira proveito da exploração de uma atividade empresarial”, portanto, o simples fato de vir a ter prejuízo já seria o bastante para comprometer a imputação dos danos.<sup>1087</sup>

A teoria do risco integral – extremista - proclama que qualquer fato, culposo ou não culposo, deve implicar para o agente uma obrigação de indenizar, independentemente da investigação sobre como ou porque ele ocorreu. Basta, para que surja a responsabilidade do agente, que se comprove a existência de um dano vinculado a um fato qualquer a ele atribuível. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, esta teoria não fez escola, visto que, até mesmo os mais

---

<sup>1085</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 129.

<sup>1086</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 93.

<sup>1087</sup> MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon e TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual e contractual**. Tomo I. Vol. 1. Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América. 1961, p. 87.

extremistas dos objetivistas, procuram subordinar o ressarcimento a um critério que afaste o princípio da responsabilidade civil do “universo incontrolável do ambiente aleatório”.<sup>1088-1089</sup>

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a concepção de risco que melhor se adapta às condições de vida social é aquela que se fixa no fato de que, se alguém põe em curso uma atividade qualquer, seja ela uma atividade lucrativa (proveitosa) ou não, mas potencialmente danosa e que exponha outrem a riscos, torna-se responsável pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar-se, em cada caso, isoladamente, se o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta. Trata-se da denominada teoria do risco criado.<sup>1090</sup>

O citado autor é um dos mais ferrenhos defensores da referida teoria, sustentando, inclusive, que o sistema jurídico brasileiro teoria optado por adotá-la. Sua posição, inclusive, exerceu marcante influência na doutrina nacional.<sup>1091-1092</sup>

Todavia, Maria Celina Bodin de Moraes lembra que a controvérsia não se restringe apenas à escolha da teoria do risco que deva informar a aplicação da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, estendendo-se, ademais, às referências contidas nas expressões “atividade normalmente desenvolvida”, assim como à apresentação do risco “por sua natureza”.<sup>1093</sup>

Sergio Cavalieri Filho, por exemplo, entende que a atividade deve ser aquela costumeira do ofensor, a sua conduta reiterada, habitual e constante, não se amoldando à vagueza semântica

---

<sup>1088</sup> SILVA, Caio Mário Pereira da. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 281.

<sup>1089</sup> Apesar da respeitável opinião, não se pode desconhecer a doutrina segundo a qual a responsabilidade civil decorrente de acidentes ambientais tem por fundamento a ideia o risco integral, fazendo-se, de fato, uma leitura bastante frouxa do nexo causal. “Extrai-se do Texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/1981) que essa responsabilidade é fundada em risco integral, conforme sustentado por Nelson Nery Jr. (Justitia 126/747). Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei, a maior parte dos casos de poluição ambiental [...]” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 136). Nesse sentido, parece ser a posição de Édis Millaré ao afirmar que “se a responsabilidade civil ambiental, sob a modalidade do risco integral, jamais admite a incidência das chamadas excludentes, a responsabilidade administrativa, em certos casos, pode ser elidida com base na alegação de força maior, caso fortuito ou fato de terceiro.” (MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente. A gestão ambiental em foco**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 835).

<sup>1090</sup> SILVA, Caio Mário Pereira da. *Op. cit.*, p. 270.

<sup>1091</sup> A propósito, SILVA, Caio Mário Pereira da. *Op. cit.*, p. 284. Para Sérgio Cavalieri Filho, deve ser a teoria que servirá de base à aplicação da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 154.

<sup>1092</sup> Felipe Peixoto Braga Netto ressalva, contudo, não haver interesse em distingui-la da teoria do risco-atividade. Conferir, a respeito, BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 88-89.

<sup>1093</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 16.

da expressão uma atividade esporádica ou eventual, conquanto dispense a necessidade de tratar-se de uma atividade econômica ou mesmo trazer qualquer proveito ao seu titular.<sup>1094-1095</sup>

Felipe Peixoto Braga Netto, também, reconhece que a expressão “atividade normalmente desenvolvida” dá um sentido de habitualidade, apesar de criticar a opção do legislador por um critério tão restritivo, propondo a possibilidade de ter seu alcance ampliado, de sorte a evitar “deixar sem reparação danos que devem, à luz da teoria do risco, ser reparados,” apontando ser esta a tendência contemporânea do instituto da responsabilidade civil.<sup>1096</sup>

No que diz respeito à expressão “que por sua natureza implicar risco”, Sergio Cavaliere Filho<sup>1097</sup> entende que o preenchimento do conteúdo desse conceito indeterminado deve ser feito ocorrendo-se das distinções já desenvolvidas no direito do consumidor a respeito dos denominados “risco inerente” e “risco adquirido”.

Segundo o citado autor, há riscos que são inerentes a certas atividades e que se encontram intrinsecamente atrelados à sua própria natureza e modo de funcionamento, como, por exemplo, os serviços médicos hospitalares. Assim, a cirurgia de uma pessoa idosa, por exemplo, por si só, apresenta riscos que não podem ser evitados, ainda que realizada em respeito a toda técnica e segurança. Nesse sentido, “transferir as consequências desses riscos (inerentes) para o prestador do serviço seria ônus insuportável,” que “acabaria por inviabilizar a própria atividade.”

Todavia, enquanto os riscos inerentes decorreriam daquilo que razoavelmente se há de esperar da atividade, os riscos adquiridos seriam aqueles outros derivados de uma atividade defeituosa. Portanto, a imprevisibilidade e a anormalidade dariam a nota característica de um risco adquirido. Uma atividade deve atender às expectativas de segurança que dela legitimamente se espera, sendo, assim, legítimas aquelas que, confrontadas com o estágio atual da técnica e as condições econômicas da época, mostram-se razoáveis e justificadas. O desvio desse parâmetro é que transformaria a periculosidade inerente em uma periculosidade adquirida.

Apesar de ponderável, não parece ser um critério amplamente satisfatório – senão no microsistema de defesa do consumidor, em que já há a previsão legal expressa de uma

---

<sup>1094</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 154-156.

<sup>1095</sup> Em sentido semelhante, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil. Vol. III. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139; VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil**. Responsabilidade civil. Vol. IV. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 17.

<sup>1096</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 87.

<sup>1097</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 156-158.

objetivação da responsabilidade civil –, afinal, contar com critérios de previsibilidade da possibilidade de danos, bem assim com a concepção de desvio de parâmetro aceitável da atividade, em última instância, reconduz à ideia de culpa, ainda que objetivada. Tanto isto é verdade, que o citado autor não prescinde, na estruturação do sua concepção acerca da responsabilidade objetiva, da violação a um dever geral de segurança e do pressuposto da ilicitude.<sup>1098</sup>

Para agravar as dificuldades acima descritas de preenchimento dos conceitos vagos trazidos pela cláusula geral consagrada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, tem-se, ainda, o reconhecimento expresso de hipóteses casuísticas de responsabilidade civil objetiva, em que não se vislumbra qualquer das situações de risco entre os modelos teóricos acima citados, tal como ocorre nas hipóteses da responsabilidade dos pais pelos filhos menores (arts. 932 e 933 do Código Civil de 2002), e as situações de responsabilidade civil em que não se exige qualquer contrariedade à ordem jurídica, funcionando a imputação por danos muitas vezes como um critério de compensação, assim como ocorre nos casos de danos a terceiros decorridos de hipóteses de estado de necessidade (arts. 188, II, 929 e 930 do Código Civil de 2002).<sup>1099</sup>

Ao que parece, falharam as tentativas de estruturar conceitualmente um fundamento único que sirva de princípio axiomático para a solução de todos os casos em que se justifique a aplicação de um modelo de responsabilidade civil objetiva. Se algumas teorias serviram como discurso de justificação para as primeiras hipóteses casuísticas de responsabilidade sem culpa, consagradas pelo legislador, já não servem mais para fundamentar outras tantas hipóteses em que o legislador a consagra expressamente. Mostram-se, por conseguinte, ineptas para fornecer critérios de imputação seguros para a aplicação da referida cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

---

<sup>1098</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 158.

<sup>1099</sup> Como já referido no Capítulo 01, item 1.3.3, nota 227, a situação é polêmica. Enquanto alguns não conseguem encaixar tais situações no figurino da responsabilidade sem culpa por não vislumbrem uma situação de risco exigido pela doutrina tradicional, outros tantos a descartam de tal situação como decorrência da ausência do pressuposto da ilicitude, que seria um dos requisitos da responsabilidade civil objetiva. Na doutrina nacional, Sérgio Cavalieri Filho e Marcelo Junqueira Calixto se manifestam nesse sentido. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 08-09; e CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 161-177). Para Pontes de Miranda “o dano, no caso de animais, coisas, ou indústrias perigosas, não é delitual, no sentido de culposos, mas é contrário ao direito (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. t. II. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 197). No direito alemão, Karl Larenz entende que a responsabilidade civil objetiva não pressupõe a ilicitude. (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo II. Trad. espanhola Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 663-664). No direito português, Mário Júlio de Almeida Costa se posiciona no mesmo sentido de Karl Larenz (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina. 2006, p. 561, nota 1).



Passa-se, então, a buscar de um fundamento verdadeiramente capaz de congrega e justificar racionalmente todas as hipóteses de responsabilidade civil objetiva e fornecer critérios de imputação condizentes com tais fundamentos.

#### **5.4.2 O fundamento constitucional da responsabilidade objetiva, seus critérios de imputação e os deveres de proteção estatal perante terceiros.**

Maria Celina Bodin de Moraes revela um interessante paradoxo que se insere no conceito de risco quando colocado no centro do funcionamento de uma sociedade industrializada, na qual as relações se apresentam na maior parte dos casos massificadas. O acidente, tal como emerge nessas relações, apresenta traços que impedem de identificá-lo com os significados anteriores, que o relacionavam ao acaso: o evento danoso que dele decorre deixa de ser considerado mera fatalidade e passa a ser levado em conta como um fenômeno normal da vida em sociedade, estatisticamente calculável.<sup>1100</sup>

De fato, é na organização coletiva complexa – e em razão dela mesma – que os danos ocorrem para os indivíduos, sem que, necessariamente, haja uma causa pessoal, tampouco se excedam os limites ordinários de uma atuação razoável.<sup>1101</sup> É, portanto, evidente que esses danos ditos “inevitáveis”, a partir de uma lógica centrada na culpa e na ideia do comportamento voluntário ou controlável pela vontade, tornar-se-iam irressarcíveis.<sup>1102</sup>

Essa é a razão pela qual a responsabilidade civil centrada exclusivamente na concepção de culpa entrou em crise e – não por coincidência – juntamente com a perda da centralidade do sistema jurídico fundado na figura do proprietário tradicional. Na nova concepção de sociedade – complexa e plural –, a reparação daquele que fora injustamente lesado não poderia ficar ao exclusivo alvedrio da necessidade de identificar e provar quem de fato teria agido de forma negligente, para fim de estabelecer a imputação dos danos injustamente sofridos.<sup>1103-1104</sup>

---

<sup>1100</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17.

<sup>1101</sup> VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil**. Responsabilidade civil. Vol. IV. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 17.

<sup>1102</sup> JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. In: Revista Forense. Vol. LXXXVI. Rio de Janeiro: Forense. abr./jun. de 1941, p. 52 e ss.

<sup>1103</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>1104</sup> Ver, a respeito do pluralismo social, a observações constantes do Capítulo 02, item 2.2.1.

Daí porque os marcos teóricos da responsabilidade civil tiveram que mudar radicalmente. No início do processo, como visto, ainda sob os influxos da ideologia liberal, propugnava-se a exclusão de qualquer responsabilidade por atividades ditas perigosas, sob o argumento de que “as perdas devem ficar onde caírem,” com o nítido propósito de evitar que o progresso tecnológico viesse a ser, de alguma forma, obstaculizado ou dificultado pelo pagamento de indenizações. Nesse sentido, a única forma de imputar estes danos, deslocando-se os riscos da esfera da vítima para o agente seria por meio da noção de culpa.<sup>1105-1106</sup>

Quando, entretanto, os danos se tornam inevitáveis e normais (segundo um critério de estatístico de probabilidades), perdendo definitivamente aquela área de extraordinariedade, o sistema de culpa passou a ser incapaz de inculcar no agente os níveis de atividade socialmente desejáveis. Nesses casos, apenas um sistema em que, independentemente do maior ou menor cuidado, imputasse a obrigação de reparar todo dano causado, é que se apresentaria hábil a forçar o agente a internalizar os custos dos riscos da sua atividade.<sup>1107</sup>

Nessa linha de intelecção, então, diz-se que as profundas alterações na estrutura da responsabilidade civil, em direção à objetivação dos critérios de imputação, tem correspondência com as profundas modificações ocorridas na sociedade e na cultura, no último século, e que influenciaram – e ainda continuam a influenciar –, substancialmente, a transformação do instituto.<sup>1108</sup>

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, essas transformações consubstanciam-se justamente na passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade – inteiramente compatível com a ideologia que inspirou os autores do Código Civil de 1916 – para o denominado modelo solidarista – baseado na Constituição Federal de 1988. Nesse modelo, a responsabilidade civil se desvincula de uma finalidade primordial de punição-sanção em favor da maior reparabilidade possível daqueles que foram injustamente lesados:

[...] optando o ordenamento por dar maior prioridade aos princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade em detrimento do objetivo anterior de sancionar culpados. Afasta-se, por igual, da ideologia liberal, comprometida essencialmente com a garantia da liberdade de iniciativa e com o desenvolvimento das atividades empresariais.<sup>1109</sup>

---

<sup>1105</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown and Company. 1938, p. 77-80.

<sup>1106</sup> Permite-se remeter o leitor ao item 5.1.1.

<sup>1107</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19.

<sup>1108</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>1109</sup> *Ibidem*, p. 18-19.

Mas, apesar da absoluta necessidade e da franca vantagem das transformações operadas, em especial para a proteção aos interesses pessoais ou patrimoniais das vítimas daqueles mencionados danos, cumpre chamar a atenção – aliás, com já feito em tópico anterior – para o fato de que a responsabilidade civil objetiva não veio substituir aquela fundada na culpa.<sup>1110</sup>

Defende-se, aqui que a responsabilidade civil subjetiva deve, ainda, ser reservada para as relações interpessoais absoluta ou relativamente simétricas, deixando as hipóteses de responsabilidade civil sem culpa para aquelas específicas relações em que haja uma íntima relação de desigualdade entre as partes, à maneira do que se passou com o reconhecimento de hipóteses legais casuísticas de objetivação ao longo da história, como nos segmentos das relações de consumo, acidentes de trabalho e nas relações com o Estado.<sup>1111</sup>

Mas, algo mais há que ser considerado na objetivação da responsabilidade civil.

Sem dúvida que os deveres em que se funda a solidariedade social não estão, atualmente, adstritos às relações entre o Estado e a sociedade: abrangem todas as relações, seja de direito público, seja de direito privado.<sup>1112</sup> Mas não se pode negar que a sua incidência, quando estejam em jogo interesses relacionados à liberdade de ação, de um lado, e interesses pessoais e patrimoniais, de outro, terá intensidades distintas. Em capítulo anterior, a propósito, já se firmou a premissa de que a medida da incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares é antes um problema de colisão, em razão do que jamais se poderá fugir do exame do caso concreto.<sup>1113</sup>

Também se firmou a premissa de que, em um Estado que respeita o princípio democrático, a ponderação acima referida deve ser realizada, primeiramente, pelo Legislador. Contudo, diante da necessidade de preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, como na hipótese do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, tal ponderação deverá ser feita pelo Poder Judiciário, considerando-se o imperativo de proteção dos direitos fundamentais.

---

<sup>1110</sup> Conferir Capítulo 01 item 1.3.3.

<sup>1111</sup> Na doutrina nacional, conferir, MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19-20. Em Portugal, conferir, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 561.

<sup>1112</sup> Segundo Gustavo Tepedino, a configuração de um sistema dualista “da responsabilidade atende a um incidível dever de solidariedade social determinado pelo constituinte, que não se restringe à relação entre o cidadão e o Estado e para cuja efetividade se revela indispensável a sua incidência, em igual medida, sobre as relações de direito público e de direito privado.” (TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 177).

<sup>1113</sup> A propósito, conferir o capítulo 03, item 3.2.2.

Nesses casos, como já salientado, a solução da colisão não terá como fugir de uma análise tópico-sistemática, com base nas circunstâncias encontradas em cada caso concreto.<sup>1114</sup> Para tanto, o aplicador deverá partir de critérios que servirão de premissas para o desenvolvimento do raciocínio que será elaborado na fundamentação da decisão. Um desses critérios é, justamente, a desigualdade fática entre os envolvidos. Assim, pode-se dizer que, quanto mais assimétrica for a relação, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em questão, cabendo ao Poder Judiciário brasileiro, proteger estes interesses, se for o caso, criando hipóteses de zonas isentas de risco ou de responsabilidade sem culpa, fundadas na solidariedade social, em especial naquelas situações em que o exercício de liberdade de ação estiver apenas atrelado ao direito de propriedade.<sup>1115-1116</sup>

Como já assentado em tópico anterior, a função da responsabilidade civil está em servir como linha de defesa indireta de bens e interesses jurídicos fundamentais, como a integridade pessoal e patrimonial das pessoas, assim como a liberdade geral de ação, radicando seu fundamento nos próprios princípios constitucionais. Logo, como não poderia deixar de ser, a responsabilidade civil sem culpa deve buscar também seu fundamento ético-jurídico na Constituição da República e lá “será fácil identificar o princípio que dá foros de constitucionalidade, generalidade e eticidade à responsabilidade objetiva em todas as hipóteses em que ela se manifesta: é o princípio da solidariedade social.”<sup>1117</sup>

---

<sup>1114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 159.

<sup>1115</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 303.

<sup>1116</sup> A propósito da fundamentação da responsabilidade civil objetiva, Dora Gesualdi aponta haver duas correntes contrapostas: a subjetivista e a objetivista (MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 22). Para a corrente subjetivista, toda e qualquer responsabilidade – inclusive a que se denomina objetiva – assenta-se, sempre, numa ideia de culpa e representa, por via de consequência, uma concepção de sanção a cargo do responsável. Já a concepção objetivista, de maneira distinta, busca excluir do fundamento da responsabilidade objetiva qualquer fundamentação à culpa, em favor de fundamentos outros, como um dever geral de segurança, obrigação de garantia, a exposição ao perigo, ao controle ou poder de impedir uma situação de risco, equidade e até mesmo a caridade cristã. (SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 51 e ss). Maria Celina Bodin de Moraes obtempera que, até mesmo os autores que buscam se distanciar da concepção de culpa, colocando-se entre os objetivistas, acabam por sucumbir a ela quando buscam estruturar as suas teorias. Isto ocorre, segundo a citada autora, por duas razões específicas: a primeira refere-se ao fato de não aceitarem que a responsabilidade civil objetiva é uma responsabilidade por ato lícito; e a segunda, decorrente da primeira, é que visualizam a responsabilidade civil objetiva como “sendo o efeito de alguma forma de violação de deveres ou de conduta antissocial.” Assim, segundo a citada autora, aqueles que defendem que a responsabilidade civil objetiva nada mais seria que a consequência de atos ilícitos – tal como a violação de um dever de segurança – acabam por tratar dos riscos em moldes idênticos ao da culpa. (MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 23)

<sup>1117</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 23.

Com efeito, o valor da solidariedade social como diretriz política acaba por subverter a antiga coerência do sistema de responsabilidade civil, superando, em situações cada vez mais presentes, a antiga finalidade de identificação do culpado. Assim, quando se opta por proteger os bens e interesses fundamentais da vítima do dano anônimo e impessoal em detrimento da liberdade de ação do ofensor, realiza-se um verdadeiro compromisso com a solidariedade social.

Sob tal fundamento, pois, quem deve suportar os danos resultantes dos contatos sociais já não será mais a vítima, mas aquele que gera, com a sua atividade, a oportunidade da ocorrência de tais danos. Num primeiro momento, este sujeito é quem absorverá o impacto ou os “custos” do dano. Mas nada obsta a que estes “custos” sejam depois redistribuídos entre os demais membros da coletividade através de diversos mecanismos existentes, como aumento dos preços dos produtos ou serviços e a contratação de seguros privados.<sup>1118</sup>

É bem verdade que, diante do fenômeno da pluralidade social e da massificação das relações, resta um espaço deveras reduzido para a atuação da responsabilidade cujos critérios de imputação tomem por base a censura da conduta (i.e., com base na culpa). Assim, pode-se dizer que o sistema jurídico brasileiro – inaugurado pela Constituição de 1988 e a partir do advento do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 –, acabou por reservar um aspecto residual à responsabilidade civil baseada na culpa.<sup>1119</sup>

A propósito, Maria Celina Bodin de Moraes ressalta que a responsabilidade civil objetiva propiciou a elaboração de uma perspectiva ética de responsabilidade a partir da distinção entre as noções de autor e atividade, com o conseqüente deslocamento da responsabilização de um para outro. Assim, por meio dela, “ultrapassou-se a ideia da moral de retribuição (subjacente à ideia de culpa) para reconhecer que a relação é ética e se dá com a comunidade, com os outros e com o mundo, inclusive com as gerações futuras”, em razão do que se cuida mais de remediar os efeitos nocivos de determinados atos e atividades do que propriamente censurar seus autores.<sup>1120</sup>

---

<sup>1118</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19.

<sup>1119</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>1120</sup> Nesse sentido, parece ser o Enunciado nº. 446 das Jornadas de Direito Civil: “Art. 927: A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/issue/current>>. Acesso em: 01 de ago. 2013).

Bem entendido o fundamento constitucional da objetivação da responsabilidade civil, agora, cumpre questionar qual o papel da boa-fé objetiva nesse contexto.

Em tópico anterior, firmou-se a premissa de que a função de proteção dos deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva servirá para graduar a intervenção na liberdade de ação das pessoas, seja pela transferência de uma zona de risco de uma esfera jurídica a outra, por intermédio de uma culpa devidamente provada, seja pela simples inversão do ônus de prova em casos de verossimilhança da culpa, seja, ainda, pela possibilidade de criação de hipóteses de responsabilidade civil independentemente de culpa.<sup>1121</sup>

Portanto, uma vez demonstrado por quais critérios os deveres de proteção servem para a formação do juízo de imputação por culpa, será, também, aqui, necessário apresentar os critérios de imputação da responsabilidade civil objetiva, para, enfim, tentar demonstrar um paralelo entre a teoria dos deveres de proteção e esta modalidade específica de imputação de danos. Vale, antes, lembrar, com arrimo em Manuel A. Carneiro da Frada, que os deveres de proteção “representam um instrumento extraordinariamente dúctil,” depositado nas mãos da jurisprudência, sempre que se trata de proceder a uma adequada distribuição dos riscos de ofensa aos direitos fundamentais, de acordo com o que determinem as circunstâncias concretas.<sup>1122</sup>

Como já salientado, vive-se numa sociedade em que se reconhece haver uma ampla zona de riscos, a maior parte deles estatisticamente previsíveis, muitos dos quais tolerados, outros tantos até incentivados. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes lembra que certas atividades, embora potencialmente danosas, tendo em vista os benefícios que trazem para toda a sociedade, acabam sendo “admitidas pelo ordenamento jurídico e consideradas lícitas.”<sup>1123-</sup>

1124

---

<sup>1121</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 203.

<sup>1122</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>1123</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27.

<sup>1124</sup> Como já foi objeto de ressalvas anteriores, é bastante polêmico o reconhecimento ou não do pressuposto da ilicitude como um dos requisitos da responsabilidade civil objetiva. Muitas das dificuldades decorrem da utilização do conceito de ilicitude, vinculando-o, necessariamente, à ideia de culpa. Outras decorrem da premissa que se tenha a respeito dos critérios de imputação da responsabilidade civil objetiva, ou seja, se seria exigível ou não a presença de um elemento psicofísico, ainda que indireto, entre a atividade e o dano. Pontes de Miranda, embora prefira reservar o nome de responsabilidade civil objetiva para as hipóteses de contrariedade ao direito sem culpa, admite hipóteses excepcionais de imputação de danos em que se prescinde da ilicitude, aparentemente recusando-se a denominá-la de responsabilidade civil. A propósito, conferir o Capítulo 01, itens 1.1.1, 1.1.2 e 1.1.3, em especial, as notas 24, 34 e 37.

Ademais, com relação à expressão “risco”, deve-se ficar bem atento, em especial porque qualquer critério de imputação – ainda que pelo princípio da culpa – levará em conta os riscos de danos às posições jurídicas dos sujeitos envolvidos e como eles serão distribuídos.<sup>1125</sup>

Portanto, não é qualquer risco que justificará a utilização da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, a não ser que se tivesse por objetivadas todas as relações jurídicas de responsabilidade que viessem a se desenrolar, daqui por diante. Considerando tudo quanto já foi dito, obviamente que tal não seria possível. Afinal, o que não causa risco? Dirigir um carro? Fazer um passeio a pé por uma avenida de uma grande cidade? Fazer uma cirurgia? Recusar-se a submeter a um tratamento médico invasivo? Propor uma ação judicial com uma tese inovadora? Fazer sexo casual e desprotegido? Comer no botequim da esquina? Viver é arriscado!

Um critério que parece deva ser seguido – embora não o único, tampouco definitivo – é verificar as hipóteses que, ao longo do desenvolvimento do instituto, justificaram a objetivação e a dispensa do pressuposto subjetivo (culpa). Observe-se que o próprio texto da cláusula geral leva isto em conta ao referir que apenas certas “atividades de risco” justificam essa forma especial de imputação e não todo e qualquer risco. De fato, como visto, as primeiras formas de objetivação da responsabilidade levaram em consideração o risco que determinada atividade representa para os bens e interesses das pessoas, apesar da legitimidade e até utilidade social trazida por ela.<sup>1126-1127</sup>

Aceita a ideia de que apenas certas “atividades de risco” podem ser tomadas como critério de imputação, cabe, então, distinguir as atividades de risco cujos danos decorrentes deverão ser indenizados, independentemente do titular da atividade ter feito (ou não) o seu melhor para evitá-los, daquelas outras atividades em que, apesar de seus riscos inerentes, pelo menos em linha de princípio, apenas se justificará imputar danos a título de culpa.<sup>1128</sup>

A propósito dessa necessária distinção, o dispositivo de lei fala em “atividade normalmente desenvolvida”, o que conduz ao entendimento de que – no estágio atual da convivência social

---

<sup>1125</sup> A propósito, ver item 5.1.1.

<sup>1126</sup> De acordo com o quanto exposto, conf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil. Vol. III. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139; VENOSA, Silvío Salvo. **Direito civil**. Responsabilidade civil. Vol. IV. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 17-18.

<sup>1127</sup> Em sentido, aparentemente, contrário ao aqui esposado, conf. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 87.

<sup>1128</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27.

– apenas o desenvolvimento continuado (e não um encontro casual ou errático) de uma determinada atividade de risco justificaria esta especial modalidade de imputação.<sup>1129</sup>

Com efeito, não é qualquer contato social que criará deveres em que se funda a solidariedade social. Como visto, as relações sociais são resultantes de processos de aproximação e afastamento entre os indivíduos e, em que pese todas as relações se iniciem por via do contato, nem todo contato social gera relações sociais. Viu-se, também, que os referidos contatos são naturalmente instáveis, servindo, porém, para amortecer os processos de oposição, inimizade e desacordo, de tal maneira, que acabam por constituir-se num pré-requisito para a associação dos seres humanos individuais.<sup>1130</sup> Apenas no decorrer destes contatos é que as esferas pessoais e patrimoniais dos envolvidos ficarão suscetíveis a uma série de intromissões danosas.

De fato, soaria desarrazoado e desproporcional isolar um determinado comportamento, gerador de danos concretos, tomando em consideração apenas o seu risco em abstrato, sem referi-lo ao contexto da atividade em que ele ocorreu. Torna-se necessário correlacioná-lo com uma massa de fatos socialmente idênticos, que sejam concretamente geradores de danos a direitos fundamentais e, portanto, hábeis a provocar o Poder Judiciário a protegê-los por meio de imperativos de tutela, que, no caso em questão, poderia se dar pela objetivação da responsabilidade.

Note-se que, ao se sair em busca de uma responsabilidade que independa de culpa, não se deve levar em conta critérios de imputação que se assentem e se autorreferenciem no “mundo dos atos” (i.e., das condutas individuais). Ao contrário, para manter-se a coerência sistemática, deve-se partir em busca de critérios que levam em conta o denominado “mundo das atividades” (i.e., dos complexos processos sociais daí resultantes).<sup>1131-1132</sup>

---

<sup>1129</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 28.

<sup>1130</sup> WIESE, Leopold von; BECKER, H. O contato social. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). **Homem e sociedade – leituras básicas de sociológica geral**. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1976, p. 145.

<sup>1131</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown and Company. 1938, p. 76-80 e ss.; MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>1132</sup> Costuma-se lembrar que as atividades organizadas podem ser agrupadas em atividades econômicas e não econômicas (que quer dizer lucrativas ou não lucrativas), em razão do que se poderia questionar se a citada cláusula geral se refere a ambas as modalidades de atividades ou apenas às lucrativas. Neste particular, conquanto alguns defendam que apenas nas atividades lucrativas seria possível manter-se a regra de justiça que deu origem à objetivação da responsabilidade, pela distribuição dos ônus e bônus por mecanismos alternativos (como aumento de preços), em clara defesa da concepção de risco proveito, tal distinção não encontraria respaldo no fundamento constitucional da objetivação da responsabilidade civil, qual seja a solidariedade social.



A cláusula geral fala, ainda, em atividades que “por sua natureza” geram riscos, impondo ao intérprete identificá-las. A doutrina costuma apontar serem elas as denominadas atividades perigosas,<sup>1133</sup> mas é obvio que o conceito de perigo ainda é deveras vago e impreciso.

As regras do art. 2.050 do Código Civil italiano cuidam de definir as atividades perigosas a partir: a) da quantidade de danos habitualmente causados pela dita atividade, i.e., a um critério de previsão estatística; e b) da gravidade dos danos gerados, o que indica ser importante levar em conta a natureza do bem em questão. Com base no citado dispositivo de lei, Maria Celina Bodin de Moraes conclui que a atividade há de ser considerada perigosa quando, “sob o ponto de vista estatístico, causa danos quantitativamente numerosos e qualitativamente graves,” sugerindo, assim, a sua aplicação no ordenamento brasileiro por meio de standards flexíveis, a serem definidos pela inter-relação destes dois elementos: a magnitude do dano e a sua probabilidade.<sup>1134</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes, entretanto, alerta para o fato de que devem ser afastados, na imputação objetiva de danos, os critérios que tomem como “atividades de risco,” aquelas que tragam um perigo em concreto que não poderia ser eliminado, ainda que por uma “escrupulosa diligência”, porquanto isto equivaleria a fazer uma imputação apoiada no princípio da culpa. Da mesma forma, incorreria em igual vício, qualquer critério que busque imputar danos àqueles que tinham o poder de impedir o fato gerador da lesão, visto que também implicaria uma visão subjetivista da responsabilidade, “atribuindo-se o dever de indenizar somente quando o responsável poderia, de alguma maneira, ter evitado o dano.”<sup>1135</sup>

Destarte, a quebra dos deveres de proteção, inerentes à boa-fé objetiva, que conduza a intromissões danosas na esfera jurídica de outrem, implica a responsabilização do seu agente e, justamente por isto, é possível dizer-se que mediante os citados deveres, cria-se uma linha de defesa indireta dos direitos fundamentais em jogo. Neste contexto, a responsabilidade civil tem uma dupla função: a) separar, entre a massa dos acontecimentos danosos, aqueles que deverão dar ensejo à obrigação de indenizar (função seletiva); e b) salvaguardar zonas isentas

---

(MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 28).

<sup>1133</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 156-158.

<sup>1134</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 28-29.

<sup>1135</sup> *Ibidem*, p. 22-23 e 29.

de ônus de responsabilidade, ou em que se toleram os danos decorridos de certa atividade (função de “filtro”).<sup>1136-1137</sup>

Por isso, em linha de princípio, a responsabilidade pela violação dos deveres de proteção é dependente de um juízo de culpa, o que propicia a salvaguarda das citadas zonas isentas de obrigação de danos. Nestes contextos, ao instituir-se os deveres de proteção, com o auxílio dos padrões de conduta fornecidos pela boa-fé objetiva, deve-se atentar para a necessidade da conformação entre os interesses em conservação das posições (pessoais e patrimoniais) e o interesse de liberdade de ação, de todos os envolvidos, sem que isso implique ou predisponha uma subordinação absoluta de qualquer um deles ao outro.

Nas situações acima descritas, observa-se marcadamente – embora não exclusivamente – o terceiro nível de incidência dos direitos fundamentais, segundo o modelo proposto por Alexy (i.e., o das relações jurídicas entre sujeitos privados). Isto significa que a medida dessa incidência deve tomar em conta o fato de que ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, havendo uma maior preocupação no sentido de que não se anule a liberdade de ação e a autodeterminação dos indivíduos. A eventual atuação estatal deve levar isto em conta, decidindo com base em juízos de razoabilidade que tomem em consideração a proibição de intervenção/vedação do excesso.<sup>1138</sup>

Contudo, isso não significa que toda e qualquer integridade moral ou patrimonial dos sujeitos envolvidos em dada relação, suscetíveis de sofrerem intromissões danosas decorrentes do contato social, caminhe em direção à responsabilização com mediação do princípio da culpa. Muito pelo contrário, como dito alhures, à culpa resta um papel residual na ordem das relações jurídicas sociais.

Com efeito, definir se a responsabilidade será subjetiva ou objetiva – e isto deve ficar bem claro – não é um problema que se resolverá por critérios de imputação que se baseiem na simples quebra de deveres de proteção dimanados da boa-fé objetiva. Estes citados deveres tomarão, agora, dimensão diversa, na medida em que servirão para justificar a utilização dos direitos fundamentais como imperativos de tutela/proibição de intervenção. Transcender-se-á, assim, da esfera das relações entre os particulares para as relações entre o cidadão e o Poder

---

<sup>1136</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 131.

<sup>1137</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11-50.

<sup>1138</sup> Conferir Capítulo 03, item 3.2.1.4

Público, de quem, agora, já se pode exigir que adote as medidas necessárias e adequadas à garantia do bem fundamental ameaçado.

Portanto, também dos Poderes Estatais se exige uma atuação pautada no princípio da boa-fé, como consequência de uma ordenação solidária das relações jurídicas. Ademais, o exercício de qualquer das funções típicas do Estado deve ser marcadamente influenciada pela boa-fé objetiva, extraindo-se da moralidade pública, inscrita no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, um standard de atuação honesta, leal, equitativa e racional. Ainda, pelo princípio da proporcionalidade (implicitamente acolhido no art. 5º, § 2º, da CF/88), é possível manter uma constante fiscalização da razoabilidade dos atos normativos, assim como da própria atuação material dos Poderes Públicos, tanto mais quando se refira à privação de bens e liberdade.<sup>1139</sup>

Bem entendida a premissa anterior, percebe-se que a objetivação da responsabilidade dar-se-á por critérios que ultrapassam a simples análise da quebra de deveres de proteção exigíveis no âmbito das relações entre os particulares – que passa a ser algo secundário ou até irrelevante. Deve-se, agora, buscar a presença simultânea ou a coincidência de fatores e critérios que são próprios da imputação objetiva de danos, quando então passa a ser exigível do Estado que adote as medidas necessárias e adequadas à garantia do bem fundamental ameaçado. Seriam eles:

a) a desigualdade fática entre os sujeitos, de sorte que preocupações relacionadas à liberdade de ação do titular da atividade ficam em um segundo plano. Esta desigualdade poderá ser econômica ou social, mas representativa de uma posição de poder efetivo;

---

<sup>1139</sup> Embora sem vincular ao princípio da proporcionalidade, conferir Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem, “em qualquer dos seus atos, o Estado – tanto mais porque cumpre a função de ordenador da vida social – tem de emergir como interlocutor sério, veraz, responsável, leal e obrigado aos ditames da boa-fé. De seu turno, os administrados podem agir fiados na seriedade, responsabilidade, lealdade e boa-fé do Poder Público, maiormente porque a situação dos particulares é, em larguíssima medida, condicionada por decisões estatais, ora genéricas, ora provenientes de atos concretos. Acentue-se que os aludidos princípios da lealdade e da boa-fé são simples concreção do princípio da moralidade, e este, no Brasil, tem hierarquia constitucional, o que lhe confere importância transcendente.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Incentivo fiscal. Impossibilidade de ato administrativo fraudar-lhe o sentido e sobrepor-se à supremacia da lei. Princípios da lealdade e boa-fé. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 57, pp. 185-194. São Paulo: Malheiros, p. 188-189. No mesmo sentido do quanto apresentado no texto da presente dissertação, conferir, ainda: FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 87-90; MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 119; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e a sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor. 2002. p. 127-161; e GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa fé da administração pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 223-242.

b) a natureza dos direitos fundamentais a proteger e a existência de hierarquia entre eles, de maneira que interesses pessoais como saúde, integridade física e moral das vítimas poderão se sobrepôr à liberdade de iniciativa ou patrimônio do potencial agressor, levando-se em consideração a própria dignidade da pessoa humana. Embora não se exclua a possibilidade de danos patrimoniais também serem imputados objetivamente,<sup>1140</sup> haver-se-á tanto mais de reconhecer um imperativo de tutela quanto mais elevada for a posição hierárquica do bem a ser tutelado; e, principalmente,

c) a gravidade da intervenção e a intensidade do perigo, o que se manifesta pela existência de atividade de risco, continuada e perigosa, nos termos logo acima expostos.<sup>1141</sup>

Como dito, em alguns casos, essa objetivação é definida casuisticamente em lei, em outros caberá ao juiz promovê-la à luz das circunstâncias concretas, mediante o preenchimento da cláusula geral prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, sempre que presentes os citados critérios que justifiquem a utilização de determinado direito fundamental como imperativo de tutela/proibição de déficit.

Nessas outras situações, observa-se nomeadamente o primeiro e o segundo nível de incidência dos direitos fundamentais, segundo o modelo de Alexy (i.e., o do dever estatal e o dos direitos em face do Estado que sejam relevantes do ponto de vista de terceiros, respectivamente). É justo no segundo nível que se observa a presença da teoria dos deveres de proteção estatal perante terceiros,<sup>1142</sup> impondo-se ao juiz o dever de levar em consideração a ordem de valores dos direitos fundamentais na sua atividade de aplicação e desenvolvimento do direito privado, solucionando os conflitos entre particulares em consideração aos direitos fundamentais eventualmente em jogo.

É possível, ainda, lançar um outro olhar sobre o problema: neste passo, cumpriria observar que a boa-fé objetiva, enquanto expressão também da dignidade da pessoa humana, deve ser vista tanto na ótica individual, quanto na ótica coletiva (tradução do personalismo ético).<sup>1143</sup>

---

<sup>1140</sup> A propósito, conferir o Enunciado nº. 555, da VI Jornada de Direito Civil, recentemente aprovado, ao tratar do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002: “Os direitos de outrem” mencionados no parágrafo único do art. 927 do Código Civil devem abranger não apenas a vida e a integridade física, mas também outros direitos, de caráter patrimonial ou extrapatrimonial. (ROVER, Tadeu. Jornada de direito civil aprova 46 enunciados. In: **Revista Consultor Jurídico**, 15 de abril de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/enunciados-aprovados-vi-jornada-direito-civil-serao-guia-justica>>. Acesso em 01 ago. 2013).

<sup>1141</sup> Conf. Capítulo 03, item 3.2.2.

<sup>1142</sup> Conf. Capítulo 03, item 3.2.1.3.

<sup>1143</sup> A respeito das três concepções possíveis de liberdade individual e, conseqüentemente, de dignidade da pessoa humana (a individualista, a transpersonalista e a personalista), conf. Capítulo 03, item 3.4.2 e 3.4.3.

Na ótica individual, o seu foco é a conduta do indivíduo no seio da relação jurídica travada com outrem (independentemente da sua natureza), exigindo-se uma postura ética e solidária na sua interação com a contraparte, em consonância com os deveres de proteção que lhe são impostos, de sorte a adotar todas as medidas que estão ao seu alcance para evitar interferências danosas (ética pessoal).

Na ótica comunitária, a perspectiva é outra. Volta-se para as atividades de risco continuado e perigoso, potencialmente danosas, e a necessidade de solidarizar os riscos daí decorrentes, de maneira a garantir o equilíbrio social. O foco já não será mais a conduta do indivíduo, ele é difuso, e sua lente recai sobre a necessidade do estabelecimento de uma conjuntura social em que haja uma distribuição equânime e solidarista dos custos de certas atividades (ética do Estado).<sup>1144</sup>

Partindo dessas premissas, a boa-fé objetiva, enquanto corolário da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade, visa a um equilíbrio ético-solidarista nas relações jurídicas interpessoais e, também, na sociedade como um todo. E, nesta última perspectiva, pode contribuir para a objetivação da relação de responsabilidade civil, desde que acompanhada de outros fatores e critérios, que, em alguns casos, são ponderados pelo legislador em abstrato, instituindo hipóteses típicas de responsabilidade objetiva, e em outros deverão ser conformado pelo juiz em concreto, com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

---

<sup>1144</sup> Parece oportuno, nesse passo, lembrar que a concepção de justiça distributiva concreta, representada pela fórmula “a cada qual segundo o que a lei lhe atribui”, obriga ao juiz observar a regra estabelecida, excluindo-lhe a opção de aplicar a concepção de justiça que seja da sua preferência. Segundo Chaim Perelman, “a classificação, a distribuição em categorias essenciais, é-lhe imposta e ele deve obrigatoriamente levá-la em conta. É essa a distinção fundamental entre a concepção moral e a concepção jurídica de justiça. Em moral, a pessoa é livre para escolher a fórmula da justiça que pretende aplicar e a interpretação que deseja dar-lhe; em direito, a fórmula da justiça é imposta e sua interpretação sujeita ao controle da Corte Suprema do Estado. Em moral, a regra adotada resulta da livre adesão da consciência, em direito, cumpre levar em conta a ordem estabelecida.” Apesar disto, o próprio autor reconhece que o juiz, em direito, acabará tendo meios de fazer intervir, no exercício das suas funções, sua concepção particular de justiça, em especial “durante o período em que há defasagem” entre as categorias impostas e o sentimento popular, quando, então, “a jurisprudência se encarrega, com certa dificuldade, de reduzir ao mínimo os inconvenientes das morosidades inevitáveis do poder legislativo.” Mas, isto, em absoluto significaria dizer que a justiça poderá se opor ao direito ou que se poderá falar em um direito injusto. Segundo Perelman, afirmações como estas “só é possível se não se fizer caso algum da distinção que estabelecemos entre a justiça formal e a justiça concreta. Com efeito, querer julgar o direito em nome da justiça só é possível em virtude de uma confusão: julgar-se-á o direito por intermédio, não da justiça formal, mas da justiça concreta, ou seja, de uma concepção particular da justiça que supõe uma determinada escala de valores. De fato, não é em nome da justiça que se vai condenar ou reformar, ma em nome de uma visão do universo, talvez subleme, mas, de todo o modo, considerada arbitrariamente como a única justa. [...] o direito positivo jamais pode entrar em conflito com a justiça formal, visto que ele se limita a determinar as categorias essenciais de que fala a justiça formal, e sem essa determinação a aplicação da justiça fica totalmente impossível.” (PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 28-30).

A respeito da objetivação da imputação de danos, bem elucidativos são os casos envolvendo julgados de responsabilidade civil decorrentes de acidente de trânsito.

No Brasil, por exemplo, a imputação dos danos decorrentes dessa modalidade de acidente se dá, como regra geral, pelo princípio da culpa, em que pese se tenha um sistema de seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT), instituído pela Lei nº. 6.194/74 e a Lei nº. 8.441/92.

Maria Celina Bodin de Moraes,<sup>1145</sup> a propósito, faz um instigante questionamento sobre se seria possível objetivar a imputação de todas as situações de danos que decorram do acidente de trânsito, com base na diretriz da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Posicionando-se a favor, a autora considera que se trata de atividade de risco, cujo perigo é reconhecidamente confirmado pelas estatísticas. Segundo ela, diante da cláusula geral hoje existente no nosso sistema, haveria um verdadeiro contrassenso manter um sistema de imputação de danos causados por automóveis com base em culpa provada.

Como forma de reforçar o seu argumento, a citada autora traz um apanhado das legislações estrangeiras, como a Lei francesa nº. 85-677, de 05.07.1985, que estatui uma rigorosa objetivação da responsabilidade de danos causados a terceiros, conquanto mantenha o princípio da culpa com relação aos danos causados ao outro condutor. Em Portugal, o Código Civil de 1966, em seu art. 503, I, estatui a imputação objetiva dos danos, desde que se somem dois requisitos: um poder de fato sobre o veículo e a utilização em proveito próprio. Já o Código Civil italiano, em seu art. 2054, estabelece uma presunção de culpa com hipóteses de exclusão tão restritas, que equivaleria a imputar objetivamente os danos. E, por fim, o Código Civil espanhol, que separa claramente os danos causados a pessoas e os danos causados aos bens materiais: enquanto na primeira hipótese a imputação é objetiva, na segunda, dá-se sob os auspícios da culpa.

O apanhado legislativo é valioso, pois demonstra que os critérios de imputação, realmente, consideram a periculosidade de uma determinada atividade, assim como a necessidade de se considerar a hierarquia dos bens jurídicos em conflito, o que, aliás, é bastante evidenciado no sistema do direito francês e espanhol. Estes sistemas são mais rigorosos quando estejam em jogo riscos de bens pessoais, imputando-se objetivamente a obrigação de danos decorridos a estes interesses.

---

<sup>1145</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-34.

Observa-se, também, a preocupação com o espaço de liberdade de ação das pessoas e a existência de considerações a respeito da reciprocidade dos riscos (i.e., situações em que ambas as posições causam riscos para os direitos, uns dos outros, como ocorre no caso de dois condutores de veículos<sup>1146</sup>), quando, então, baseiem-se na culpa para imputar subjetivamente os danos causados ao outro condutor.

Tudo isso, parece confirmar os critérios de imputação até então propostos. Obtempera-se, contudo, a respeito da necessidade/adequação da objetivação de todas as hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de veículos. Na verdade, não se coloca uma oposição às conclusões alcançadas pela citada autora. A questão, talvez, prenda-se antes à forma como o raciocínio é estruturado. Note-se que, ao propor uma imputação objetiva para a generalidade dos casos, ao que parece: a) não se considerou os fatores que justificam, pelo menos em determinados casos, proteger-se a liberdade de ação dos indivíduos, à maneira como fazem os sistemas jurídicos da França e da Espanha; e, principalmente, b) não toma em consideração o fato de que, no nosso sistema, há uma lei que já assegura um sistema de seguro obrigatório para os casos de danos pessoais decorrentes de morte, invalidez e despesas médico-hospitalares.

É bem verdade que a legislação brasileira é acanhada em termos de hipóteses de sinistros e valores de cobertura.<sup>1147</sup> Mas nenhuma discussão que envolva a consideração do dever do Estado brasileiro, por intermédio do Poder Judiciário, de proteger os direitos fundamentais em jogo, seja pela objetivação da responsabilidade civil, seja por qualquer outro meio, poderá fazê-lo sem considerar todos os instrumentos dispostos no sistema que visem a salvaguardar ou a garantir aqueles interesses.

Com efeito, segundo o que se sustentou até aqui, resta óbvio que a objetivação da responsabilidade civil encontra amparo no modelo constitucional conformado pela diretriz da solidariedade, sendo, aliás, um dos meios de que dispõe o legislador – dentro de um amplo espectro de distintos instrumentos – para assegurar uma eficiente proteção aos direitos fundamentais da vítima dos danos.

---

<sup>1146</sup> Conferir, também, a respeito, MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 29.

<sup>1147</sup> No caso, estão cobertos acidentes de trânsito ocorridos nos últimos três anos, envolvendo veículo automotor de via terrestre, que tenham causado morte, invalidez permanente ou despesas médico-hospitalares. Os valores de cobertura, por sua vez, estão limitados a R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) para os casos de morte, em favor dos familiares ou herdeiros legais; R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) para os casos de invalidez permanente; e R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), em casos despesas médico-hospitalares.

Entretanto, não se pode perder de vista que, ao legislador, cabe um largo âmbito de conformação do direito infraconstitucional, em razão do que, apenas pela observação da ordem jurídica na sua globalidade, é que se mostra possível aferir uma efetiva proteção aos direitos fundamentais em jogo, ou um eventual déficit, de sorte a justificar um controle de proporcionalidade pela proibição de intervenções/vedação de excesso ou imperativo de tutela/vedação de insuficiência, respectivamente.<sup>1148</sup> E mais, no diálogo, devem ser levados em conta todos os diversos critérios que possam alterar o resultado do sopesamento e não apenas o do perigo da atividade.<sup>1149</sup>

Se assim o é com o legislador, com maiores razões, o judiciário, a quem cabe aplicar e desenvolver o direito infraconstitucional.

Note-se que a discussão, num plano de vista das garantias institucionais, deva sair do foco, apenas, da ordenação do Código Civil, para o fim de observar o sistema jurídico em sua globalidade (como outros instrumentos de direito civil, normas de direito previdenciário, direito administrativo e direito penal), tomando ainda em consideração os critérios que deverão ser ponderados a fim de que se observe o ensejo à necessidade de um imperativo de tutela.

Nesse contexto, por exemplo, poder-se-ia discutir não apenas a possibilidade da objetivação da responsabilidade, como eventualmente a ampliação das hipóteses e dos valores de cobertura, ou até a adoção de outros instrumentos, como agravamento das normas administrativas e penais a respeito de acidentes de trânsito, ou até a efetividade da atuação material do Poder Público na execução de medidas que visem a assegurar o cumprimento daquelas normas.

Outro exemplo interessante e que serve para ilustrar o que se discute vem do Tribunal Superior do Trabalho.<sup>1150</sup> Trata-se do julgamento de um recurso de revista em que se discutia a responsabilidade civil do empregador pelos danos pessoais sofridos por um ex-empregado

---

<sup>1148</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 110.

<sup>1149</sup> *Ibidem*, p. 112-114.

<sup>1150</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. A CARACTERIZAÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DEPENDE DO ENQUADRAMENTO TÉCNICO DA ATIVIDADE EMPREENDIDA COMO SENDO PERIGOSA. ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. TRABALHO COM MOTOCICLETA. **Recurso de Revista nº TST-RR-192-21.2012.5.20.2004**, da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 26 de junho de 2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR19221.2012.5.20.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKm5AAL&dataPublicacao=01/07/2013&query=>>>. Acesso em: 23 jul. 2013.



como decorrência do acidente de trânsito, sofrido enquanto pilotava a motocicleta da empresa. Segundo se depreende do julgado, o ex-empregado foi vítima de acidente quando fazia o trajeto de retorno para a sede do estabelecimento do empregador, sendo atingido por veículo de terceiro que colidiu com a moto, resultando-lhe uma série de danos de ordem física.

O juízo monocrático reconheceu a responsabilidade, imputando danos ao empregador, como consequência da quebra de deveres objetivos de cuidado, firmando, assim, um juízo a respeito da sua culpa. Nada obstante, no cotejo entre os fundamentos da sentença e os fatos apurados, observa-se um total descolamento entre a *ratio decidendi* e a realidade a ela subjacente, ou, na melhor das hipóteses, uma fundamentação que imputa danos objetivamente, mas que não encontra apoio em qualquer critério de imputação reconhecido pelo ordenamento (i.e., leva em conta a simples ilicitude objetiva).

De fato, note-se que, ao referir-se a um “dever de propiciar boas condições de trabalho”, a um “dever de assegurar a incolumidade física e moral”, com tamanho grau de abstração, forma-se apenas um juízo de ilicitude objetiva, sem qualquer referência à culpabilidade do empregador. Caminharia em direção à culpabilidade se formulasse um juízo a partir de pautas de conduta como “o esforço empreendido”, as “medidas adotadas” ou a “possibilidade de adoção de medidas alternativas” para evitar os danos, ou do “grau de diligência” em razão dos riscos ínsitos, ou, ao menos, algum nível de “previsibilidade”. Mas não o faz, apesar de afirmar culpa.

Por outro lado, apesar de imputar objetivamente os danos, não o faz com base em qualquer critério conhecido, como o “risco profissional”, o “risco proveito”, o “risco criado”, ou mesmo “risco integral”, tampouco leva em conta aqueles outros critérios que vem sendo apontados para o preenchimento da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Com isto, acaba por colocar o empregador na posição de garantidor universal e não justifica o porquê, como se vê:

Quanto à culpa do empregador, inicialmente, insta salientar que a reclamada é responsável pelo ambiente de trabalho, devendo esta conservá-lo de modo a propiciar ao trabalhador boas condições de trabalho, assegurando-lhe a incolumidade física e moral.

Um ambiente desequilibrado pode trazer consequências danosas para a sua população interna. Neste aspecto, tem-se que o acidente de trabalho ocorreu no horário de trabalho e dentro da rota designada pela empresa. Ademais, cabe ao empregador velar pela saúde e integridade física do trabalhador. Assim, caso o empregado venha sofrer lesão de qualquer espécie em decorrência do mau estado em que se encontra o ambiente do trabalho, restará caracterizado o acidente de trabalho, por culpa do empregador, que não propiciou boas condições de trabalho ao empregado, ensejando assim, o dever de indenizar.

Interposto o recurso pela reclamada, o Tribunal Regional do Trabalho da 20ª. Região deu provimento a apelo, reformando a sentença, para o fim de excluir a condenação relativamente aos danos morais, firmando o entendimento de que a responsabilidade civil do empregador pelos danos decorrentes do acidente de trabalho é subjetiva, mesmo diante da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, a teor do que dispõe o art. 7º, XXVII, da Constituição Federal de 1988. Nesses termos:

[...] restou clara a inexistência de culpa por parte da Vindcada, elemento indispensável para a caracterização da sua responsabilidade.

O próprio relato do Obreiro, no sentido de que um veículo colidiu com a moto por ele conduzida não permite vislumbrar qual teria sido a culpa da empresa ou de que forma ela teria concorrido para que o evento danoso ocorresse.

Deste modo, não tendo a Demandada contribuído para a ocorrência do sinistro, não há como se lhe imputar qualquer responsabilidade a ensejar reparação pecuniária, embora seja o mesmo, por disposição legal expressa equiparado ao acidente de trabalho, daí decorrendo, apenas as obrigações de emissão de CAT e reconhecimento do período estável.

Diante desse histórico processual, o Tribunal Superior do Trabalho deu provimento ao apelo extremo do obreiro, firmando entendimento diverso. Segundo o relator do recurso, conquanto o ordenamento jurídico brasileiro consagre a responsabilidade subjetiva do empregador nas demandas em que se busca reparação civil decorrentes do acidente do trabalho, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, assegura, ainda que excepcionalmente, a possibilidade de imputação objetiva dos danos quando a “atividade de risco” for, segundo critérios estatísticos, perigosa, tanto mais pela habitualidade em que ela é desenvolvida.<sup>1151</sup>

Assim:

[...] no caso de responsabilidade objetiva, tendo em vista o exercício de atividade de risco na execução do contrato de trabalho, despendendo o exame da culpa *lato sensu* do empregador, bastando a demonstração do dano e do nexa causal, como requisitos da indenização.

Restou consignado, no acórdão regional, que o infortúnio decorreu de acidente automobilístico, durante a prestação de serviços, quando um carro colidiu com a motocicleta do reclamante, utilizada para o trabalho.

Note-se que a atividade normalmente exercida pelo empregado, que se utiliza de motocicleta como condição *sine qua non* para a prestação de serviços, submetia-o, diariamente, a superlativos fatores de risco, superiores àqueles a que estão sujeitos o homem médio.

Importa registrar que os trabalhadores que se servem de motocicleta enfrentam, cotidianamente, grandes riscos com a falta de estrutura da malha rodoviária brasileira. Submetem-se a riscos superiores em comparação os demais meios de transporte existentes. Além disso, curvas perigosas, buracos na pista, pisos irregulares, sinalização inexistente ou insuficiente, falta de acostamento, animais

---

<sup>1151</sup> Nesse sentido, o Enunciado 377 das Jornadas de Direito Civil: “Art. 927: O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/issue/current>>. Acesso em: 01 de ago. 2013.

soltos nas estradas e imprudência de outros motoristas são alguns dos graves problemas das estradas nacionais.

O risco de acidentes é constante.

É verdade que qualquer um pode sofrer acidente automobilístico nas rodovias brasileiras. Ocorre que, em razão de sua atividade, o trabalho com motocicleta é colocado em um degrau de maior probabilidade de se submeter a tais desastres. E não se pode afirmar que a simples observância das leis de trânsito colocaria esse trabalhador em situação de segurança, visto que, conforme já explicitado, o perigo é notório e permanente.

Nesse contexto e tendo em vista as alarmantes estatísticas, registrando os inúmeros acidentes de trânsito nas rodovias brasileiras, revela-se inafastável o enquadramento da profissão exercida pelo trabalhador como perigosa, o que autoriza a aplicação da responsabilidade civil objetiva ao empregador.

É, realmente, inegável que, diante das circunstâncias específicas do caso, não haveria outra forma de se responsabilizar o empregador, senão pelo critério do risco e, neste particular, o acórdão se apresenta isento de censuras.

Ocorre que padece dos mesmos problemas já antes apontados, a propósito da objetivação generalizada dos danos causados por acidentes de veículos, por meio da utilização da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

É bem verdade que o julgado traz uma *ratio decidendi* que o torna mais facilmente defensável que a citada opinião doutrinária, na medida em que estima fatores de imputação essenciais, tais como a presença de uma atividade de risco habitual, cuja periculosidade é estatisticamente reconhecida, a natureza e a hierarquia do bem lesado (integridade física). Ao assim estimá-los, o julgado agrega-os a um standard em que, sabidamente, há uma desigualdade fática entre as partes, estabelecendo a necessidade de um imperativo de tutela do direito fundamental em questão.

Não considera, entretanto, a existência dos benefícios acidentários previstos na Lei nº. 8.213, de 25 de julho de 1991, assim como todos os demais instrumentos dispostos globalmente no sistema para fins da proteção do trabalhador (embora tangencie a respeito da insuficiência do sistema de normas de trânsito para o efeito de uma efetiva tutela dos empregados submetidos a essa condição extrema). Nesse sentido, então, a razoabilidade e proporcionalidade da decisão é passível de controle de constitucionalidade, podendo vir a ser censurada pelo reconhecimento de uma proibição de intervenção/vedação de excesso, conquanto, aqui, os motivos para uma eventual censura se apresentem de maneira mais sutil.

## CONCLUSÃO

A boa-fé objetiva impõe regras de conduta no âmbito das relações sociais, vinculando, também, o Estado, tanto na sua atuação normativa, quanto na própria atuação material, exigindo-se dele que atue com razoabilidade e proporcionalidade.

Um particular deve proteger o outro de intromissões danosas, pelo que se torna responsável. E o Estado deve proteger um particular das intromissões danosas advindas de terceiros, responsabilizando-os, por meio de atos normativos e ações materiais que tutelem devidamente os direitos fundamentais em jogo.

A responsabilidade, assim aferida ou imposta, poderá ser subjetiva ou objetiva.

A responsabilidade subjetiva e o pressuposto da culpa não foram aniquilados pela boa-fé objetiva, como pretendem alguns. Ao revés, dialogam.

Basta observar que a culpa normativa, tradicionalmente baseada na avaliação comparativa entre a conduta do sujeito e o padrão abstrato dele esperado – típico do *bonus pater familias* –, passa a ser concretizada quando aferida à luz de standards oferecidos pelos usos e costumes, valores e arquétipos existentes em determinado tráfico social, que passam a ser capturados pela lente da boa-fé objetiva, propiciando padrões de comportamento mais próximos da realidade do indivíduo. Eis a função heurística da boa-fé objetiva.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, não dispensa a culpa necessariamente por sofrer a incidência da boa-fé objetiva. A objetivação da responsabilidade decorre da ponderação de outros critérios e valores, dentre os quais não se encontra obrigatoriamente a boa-fé objetiva, sendo eles:

- a) a desigualdade fática entre os sujeitos, de maneira que preocupações correlacionadas à liberdade de ação do titular da atividade ficam em um segundo plano;
- b) o tipo e natureza dos direitos fundamentais a serem protegidos e a existência de hierarquia entre eles; e
- c) a gravidade da intervenção e a intensidade do perigo, o que se manifesta pela existência de atividade de risco, habitual e perigosa.

Em suma, a quebra dos deveres de proteção, inerentes à boa-fé objetiva, que conduza a intromissões danosas na esfera jurídica de outrem, implica a responsabilização do seu agente

e, justamente por isto, é possível dizer-se que mediante os citados deveres, cria-se uma linha de defesa indireta dos direitos fundamentais em jogo.

Nesse contexto, a responsabilidade civil tem uma dupla função: a) separar, entre a massa dos acontecimentos danosos, aqueles que deverão dar ensejo à obrigação de indenizar (função seletiva); e b) salvaguardar zonas isentas de ônus de responsabilidade, ou em que se toleram os danos decorridos de certa atividade (função de “filtro”).

Entretanto, uma vez selecionado, entre a massa de eventos danosos, aquele vai gerar o dever de reparar, a definição sobre se a responsabilidade será subjetiva ou objetiva não envolve necessariamente um problema que se resolverá por critérios de imputação que se baseiem na simples quebra de deveres de proteção decorrente da boa-fé objetiva.

Esses citados deveres tomarão, nesse âmbito, dimensão diversa, na medida em que servirão para justificar a utilização dos direitos fundamentais como imperativos de tutela/proibição de intervenção, transcendendo-se, assim, da esfera das relações entre os particulares para as relações entre o cidadão e o Poder Público, de quem, agora, já se pode exigir que sejam adotadas as medidas necessárias e adequadas à garantia do bem fundamental ameaçado.

Portanto, também dos Poderes Estatais se exige uma atuação pautada no princípio da boa-fé, como consequência de uma ordenação solidária das relações jurídicas, ancorando-se, por isto mesmo, na razoabilidade e na proporcionalidade, tanto mais quando se refira à privação de bens e liberdade.

Em arremate, a boa-fé objetiva e seus deveres dialogam com o ilícito. A boa-fé objetiva e seus standards dialogam com a culpa. A boa-fé objetiva também estará presente na ocasião em que se mostre necessária a dispensa da culpa, conquanto já não sirva mais como barema da conduta dos particulares. Seu papel será aferir a razoabilidade dos atos e decisões normativas dos Poderes Públicos, nomeadamente, do Poder Judiciário, no exercício dos deveres de proteção estatal perante terceiros.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/issue/current](http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/issue/current)>. Acesso em: 01 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.14, abr./jun., 1995.

\_\_\_\_\_. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor:** resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

\_\_\_\_\_. Projeto do Código Civil. As obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, Ano 89, v.775, maio de 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.18-31.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto do código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. **Direito romano**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. v.II. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópic jurídica**. Madri: Civitas, 1988.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. v.I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito das obrigações**. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 3.ed. Madrid: Civitas, 2002.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.28 (out./dez. 2006). Rio de Janeiro: Padma, 2002, p.77-92.

\_\_\_\_\_. Ilícito pessoal e responsabilidade civil. **Revista Forense**, v.287, Ano 79, Rio de Janeiro: Forense. out./nov./dez. de 1983, p.17-25.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ATIYAH, Patrick. **The damages lottery**. Oxford: Hart, 1997.

AULETE, Caldas. **Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípios do novo direito contratual e desregulação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquilina do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, Ano 87, n.750, abr.1998, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais e inconstitucionais?** Tradução e nota prévia de Jose Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Publicado em 22 de dezembro de 2008. Disponível em: [www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica). Acesso em: 04 dez. 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. de 1995, p.45-55.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (Org.). Manuel Ossorio Florit (Trad.). Buenos Aires: Valletta Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

BETTI, Emílio. *Teoria geral de las obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do brasil comentado*. v.I. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio Estácio de Sá, 1940.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal*. v.1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Ilícito civil, esse desconhecido... *In*: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coords.). *Revisitando a teoria do fato jurídico*: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRAGA, Paula Sarno. *A aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. Aplicação do devido processo legal (formal e material) ao processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos – com enfoque no consentimento informado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Ano 9, v.35, jul./set. de 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, Anexo, 05 out. 1988, p.1.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, Suplemento, 12 set. 1990, p.1.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991, p.14809.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes



públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 jun. 1992, p.6993.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 jul. 1994, p.10093.

\_\_\_\_\_. Lei °. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, 11 jan. 2002, p.1.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 591017058, da Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 25 de abril de 1991. **Revista de Jurisprudência do TJRS**, n. 152, tomo II, ano XXVII, junho de 1992, p.605-608.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível nº. 591028295, da Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 27 de junho de 1991. **Revista de Jurisprudência do TJRS**, n. 154, ano XXVII, outubro de 1992, p.378-385.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Em Recurso Especial** nº 201202231120, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 21 de maio de 2013. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1236508&sReg=201202231120&sData=20130524&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1236508&sReg=201202231120&sData=20130524&formato=PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 201202354264**, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1206772&sReg=201202354264&sData=20130214&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1206772&sReg=201202354264&sData=20130214&formato=PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança nº 200501182740**, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 28 de junho de 2006. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=635688&sReg=200501182740&sData=20061002&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=635688&sReg=200501182740&sData=20061002&formato=PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 896176**, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 13 de dezembro de 2011. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1113008&sReg=200602309010&sData=20120201&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1113008&sReg=200602309010&sData=20120201&formato=PDF)>. Acesso em: 29 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 201101981070**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de março de 2013. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1218414&sReg=201101981070&sData=20130326&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1218414&sReg=201101981070&sData=20130326&formato=PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 1.180.815**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de agosto de 2010. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=11574863&sReg=201000255310&sData=20100826&sTipo=51&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=11574863&sReg=201000255310&sData=20100826&sTipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 1.297.567**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 de março de 2013. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1229339&sReg=201102621882&sData=20130502&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1229339&sReg=201102621882&sData=20130502&formato=PDF)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 107.211**, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ruy Rosado. Brasília, 03 de dezembro de 1996. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199600570523&dt\\_publicacao=03/02/1997](http://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199600570523&dt_publicacao=03/02/1997)>. Acesso em: 09 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 199400114621**, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Brasília, 16 de outubro de 1997. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199400114621&dt\\_publicacao=09-12-1997&cod\\_tipo\\_documento=>](http://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400114621&dt_publicacao=09-12-1997&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 09 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 234725**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Brasília, 19 de fevereiro de 2001. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=48426&nreg=199900937198&dt=20010820&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=48426&nreg=199900937198&dt=20010820&formato=PDF)>. Acesso em: 17 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 680.794**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de junho de 2010. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=982214&sReg=200401126103&sData=20100629&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=982214&sReg=200401126103&sData=20100629&formato=PDF)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 713.202**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 01 de dezembro de 2009. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=916753&sReg=200401845974&sData=20100803&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=916753&sReg=200401845974&sData=20100803&formato=PDF)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro CARLOS BRITTO. Brasília, 05 de julho de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 130**. Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+130%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa8meqh](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+130%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa8meqh)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Constitucional. **Recurso Extraordinário nº 262651**, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 16 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 349703**, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro CARLOS BRITTO. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 365368**, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de maio de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469872>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 556.090.4/4-00**, da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Ênio Zuliani. São Paulo, 12 de junho de 2008. Disponível em: <[esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2701681](http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2701681)>. Acesso em: 11 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Apelação Cível nº. 0115893-61.2008.8.26.0001**, da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Egidio Giacoia. São Paulo, 23 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6290271>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Responsabilidade civil. Cirurgia de eletrocauterização. Queimadura da paciente com combustão provocada pelo uso de bisturi elétrico. Responsabilidade solidária dos réus. Dever de segurança e incolumidade do paciente. **Apelação Cível nº. 9072652-47.2009.8.26.0000**, da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Cláudio Godoy. São Paulo, 16 de julho de 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=9072652-47.2009&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=9072652-47.2009.8.26.0000&dePesquisa=>>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Apelação Cível nº 0001331-29.2002.8.26.0428**, da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargadora Ligia Araújo Bisogni. São Paulo, 08 de maio de 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6715308>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Apelação Cível nº 0063946-68.2008.8.26.0000**, da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Campos Petroni. São Paulo, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6232468&vlCaptcha=sinvs>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Apelação Cível nº. 0075071-33.2008.8.26.0000**, da 30ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Edgard Rosa. São Paulo, 14 de dezembro de 2011. Disponível em:  
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5604642&v1Captcha=wqwvc>>.  
Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Apelação Cível nº 1.185.270-0/0**, da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo, 20 de agosto de 2008. Disponível em:  
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3184994&v1Captcha=recmn>>.  
Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 20060310233162APC**, da Sexta Turma do TJDF. Relatora: Desembargadora Vera Andrichi. Brasília, 17 de novembro de 2010. Disponível em:  
<[www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?key=VEpERi9JVC9BUExfMzQ2OTY5MjAwNjgwNzAwMDNfREZfMTI5MDczMDI2OTM5MC5kb2M%3D](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?key=VEpERi9JVC9BUExfMzQ2OTY5MjAwNjgwNzAwMDNfREZfMTI5MDczMDI2OTM5MC5kb2M%3D)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70025254517**, da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira. Getúlio Vargas, 19 de agosto de 2010. Disponível em:<[www.tjrs.jus.br/busca/?q=70025254517+&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70025254517+&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em: 21 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Apelação Cível nº 70004537403**, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, 21 de agosto de 2002. Disponível em:  
<[www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?q=responsabilidade+e+civil+e+culpa+e+in+e+contrahendo&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?q=responsabilidade+e+civil+e+culpa+e+in+e+contrahendo&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em: 28 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 200104010798813**, da Terceira Turma do TRF 4ª Região. Relator: Ministro Maria de Fátima Freitas Labarrère. Porto Alegre, 18 de março de 2003. Disponível em:  
<[http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº TST-RR-192-21.2012.5.20.2004**, da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 26 de junho de 2013. Disponível em:  
<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR19221.2012.5.20.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKm5AAL&dataPublicacao=01/07/2013&query=>>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso de Revista nº 85040-87.2004.5.12.0021**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 03 de junho de 2009. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado**. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, 2005, n.126, p.76-79.

CABRAL, Pedro Manso. A responsabilidade aquiliana e suas raízes. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do código civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.39. Rio de Janeiro: PADMA, 2000, jul./set. 2009, p.51-76.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil. Admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_; NALIN, Paulo. O controle da boa fé contratual por meio dos recursos de estrito direito. *In*: WAMBIER, Teresa e NERY JR., Nelson (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnações de decisões judiciais**. v.07. São Paulo: RT, 2003, p.53-109.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5.ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Lisboa: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187). *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na Perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. *In*: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova judiciária. Estudos sobre o novo**

**direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARVALHO NETO, Inácio. **Abuso de direito.** 3.ed. Curitiba: Juruá, 2005.

CASALS, Miguel Martín. Una primera aproximación a los “Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”. *Revista para el Análisis del Derecho.* Barcelona, 2005, p. 13-14. Disponível em: <[www.indret.com/es/index.php?str=principios&a=10&fc=443&sn=24](http://www.indret.com/es/index.php?str=principios&a=10&fc=443&sn=24)>. Acesso em: 04 jan. 2013.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, Monica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida provada e intimidade, em colisão com outros direitos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHIRONI, Gian Pietro. **La culpa en el derecho civil moderno.** Tomo I. Trad. espanhola por A. Posada. 2.ed. Madri: Reus, 1928.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais,** Ano 86, v. 737, março de 1997.

CONAGHAN, Joanne; MANSELL, Wade. **The wrogs of tort.** 2.ed. London: Pluto Press, 1999.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações.** 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In:* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como um processo.** São Paulo: José Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_\_. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In:* FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano.** 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRUZ, Gisela Sampaio da. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. *In:* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações – estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Rafael Naranjo de La. **Los Límites de los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre Particulares:** La Buena Fe. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constiucionales, 2000.

- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Lisboa: Almedina, 1997.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- DANTAS, Miguel. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 3.ed. Revista e atualizada por Gustavo Tepedino, Antonio Carlos Sá, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho e Renan Miguel Saad. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Da responsabilidade civil**. v.1. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 12.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 6.ed. Salvador: Editora Podivm, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. v.1. 12.ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do “duty to mitigate the loss” no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, 2009, n.171, p.39-45.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.7. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6.ed. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de derecho civil**. Tomo I. Parte General II. Trad. espanhola de Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1950.

ESTRADA, Alexei Júlio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogota: Universidade Externado de Colombia, 2000.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas da experiência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, n.376.

FARIA, Miguel José. **Direitos Fundamentais e Direitos do Homem**. v.1. 3.ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

FERRAR JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Traducción e notas de derecho español Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares. 2001.

FRADA, Manoel A. Carneira da. «VINHO NOVO EM ODRES VELHOS»? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação de danos. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 59 II, Lisboa, abril de 1999. Disponível em: <[www.apdi.pt/pdf/Vinho%20novo%20em%20odres%20velhos.pdf](http://www.apdi.pt/pdf/Vinho%20novo%20em%20odres%20velhos.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANÇA, Rubens Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Orgs.). **Responsabilidade civil – Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. **Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7.ed. São Paulo: Vozes, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. responsabilidade civil. v.III. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Novo curso de direito civil**. Contratos. v.IV. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Novo curso de direito civil**. Tomo I. v.IV. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa fé da administração pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.13.

GODOY, Claudio. **Função social do contrato**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. Culpa x Risco. **Revista Forense**, v. LXXXIII. Rio de Janeiro: Forense, Setembro de 1940.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. *In: Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**. Antonio Junqueira Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro**. v.I. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. v.II. São Paulo: Max Limonad, 1951.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito civil**. Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa) São Paulo: Max Limonad, 1957.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. Interpretando o código de defesa do consumidor: algumas notas. **Revista Direito do Consumidor**, v. 5, 1983.

GRAU, Maria Venegas. **Derechos Fundamentales e Derecho Privado**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2004.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana. A caminho da eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo

Horizonte: Del Rey, 2005.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1938.

HONORÉ, Tony. *Responsibility and fault*. Oregon: Hart. Publishing, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Tomo II. v.I. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

IRTI, Natalino. *Decodificazione e leggi speciali*. L'età della decodificazione. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JASEN, Niels. Estructura de um derecho europeo de daños. *Desarrollo histórico y dogmática moderna*. In: *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona: Facultad de Derecho Universidad de Resensburg, Working Paper nº. 128, abril de 2003. Disponível em <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/82518/107364>> Acesso em 01 ago. 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. v.I. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: JusPodivm, 2006.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Imprensa: Lisboa, Ministério das Finanças, 1972.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, v.LXXXVI, Rio de Janeiro: Forense. abr./jun. de 1941.

JUSTO, Santos. **Fases do desenvolvimento do direito romano**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Os Pensadores – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KFOURI NETO, **Responsabilidade civil do médico**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LAGO JÚNIOR, Antonio. A responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho. In: LEÃO, Adroaldo; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. (Coords.). **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LARENZ, Karl. Culpa in contrahendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”. Trad. Karina Nunes Fritiz. **Revista de Direito Privado**, Ano 9, n. 34, abr./jun./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. *Derecho civil*: parte general. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picaven. Madrid: Edersa, 1978.

\_\_\_\_\_. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tomo II. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1959.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1968.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). **Revista de Direito Privado**, n.19, julho-setembro de 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código civil anotado**. v.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

LIRA, Ricardo César Pereira. Responsabilidade civil pelo furto de veículos. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n.52, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1990.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6903>>. Acesso em: 09 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. *In*: **Novo código civil. Questões controvertidas**. Série Grandes Temas de Direito Privado. v.4. São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. Princípios contratuais. *In*: LÔBO, Paulo Luiz Netto e LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (Coords.). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MACHADO, Raul Campelo. **A culpa no direito penal**. 2.ed. São Paulo: [s.n.], 1943.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES DA SILVA, Germano. **Direito penal português**. v.1. Parte geral. Lisboa: Verbo, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

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

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo código civil**. Tomo II. v.V. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Mercado e solidariedade social. Entre cosmos e taxis. A boa-fé nas relações de consumo. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Reconstrução do direito privado**. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. O direito privado como um 'sistema em construção'. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998. Disponível em: <[www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/383](http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/383)>. Acesso em: 29 jan. 2013.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon e TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual e contractual**. Tomo I. v.2. Tradución de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1961.

MEIRA, Silvio. **A lei das XII tábuas – fonte do direito público e do direito privado**. 5.ed. Belém: CEJUP, 1989.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Incentivo fiscal. Impossibilidade de ato administrativo fraudar-lhe o sentido e sobrepor-se à supremacia da lei. Princípios da lealdade e boa-fé. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 57, p. 185-194.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. Tomo II. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito civil**. v.I. 2.ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1987/88.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. v.I. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsóí, 1966.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado: direito das obrigações**. Tomo LIII. 3.ed. Rio de Janeiro, Borsóí, 1984.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Col. 5. Direito das obrigações. 2ª parte. Atualizado por Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf, Regina Beatriz Tavares da Silva. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. **Ressarcimento de danos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade**. v.09. n.29. p. 233-258. Jul/dez 2006. Disponível em: <[www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Bodin\\_n29.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf)>. Acesso em: 08 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coords.). **Os princípios da constituição de 1988**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista Direito Estado e Sociedade**. v.15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1999.

\_\_\_\_\_. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 854, dezembro de 2006, p.11-37.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

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

\_\_\_\_\_. **Teoria do Contrato. Novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, A. Castanheira. A unidade do sistema jurídico. *In: Digesta: escritos acerca do direito, pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* v.I. Coimbra: Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_. **Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.** v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. **Questão-de-facto – questão-de-direito:** ou o problema metodológico da juridicidade. Coimbra: Almedina, 1967.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e a sua aplicação no direito administrativo brasileiro.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista de Direito Processual Civil**, v.1, n.1, jan./abr. de 1996, Curitiba: Gênese, 1996, p.22-51.

PECES-BARBA MARTIÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales. Teoria general.** Madrid: Universidade Carlos III, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** v.I. 22.ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil.** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, 1987.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina Galvão G. Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ, Jesus Gonzales. **La dignidad de la persona.** Madrid: Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Trad. Maria Cristina Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão do contrato**. Coimbra: Almedina, 1982.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**. Curitiba: Juruá, 2001.

PORTUGAL. Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o código civil e regula a sua aplicação. Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. CONFAP: Lisboa. Disponível em: < <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em: 22 jul. de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 105/90. Processo n.º 39/88 da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional Português. Relator: Conselheiro Bravo Serra. Lisboa, 29 de Março de 1990. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>>. Acesso em: 26 jun. 2013.

PRADO, Luiz Regis. Norma penal como norma de conduta. *In: Ciências Penais*. v.12. Disponível em: <[www.google.com.br/search?sourceid=navclient&hl=pt-BR&ie=UTF-8&rlz=1T4SUNC\\_pt-BRBR387BR396&q=norma+penal+como+norma+de+conduta](http://www.google.com.br/search?sourceid=navclient&hl=pt-BR&ie=UTF-8&rlz=1T4SUNC_pt-BRBR387BR396&q=norma+penal+como+norma+de+conduta)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

PRETEL, Marina Pretel e. **A boa fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Frabis, 2009.

PROSSER, Willian; WADE, John; SCHWARTZ, Victor. **Torts**. 20.ed. New York: Foundation Press, 2010.

RAO, Vicente. **Ato jurídico**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1961.

REALE JÚNIOR, Miguel. Inconstitucionalidade do controle de preços. Parecer. *In: Casos de direito constitucional*. São Paulo: RT, 1992.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Noções preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

\_\_\_\_\_. **O projeto de Código Civil. Situação após a aprovação pelo senado federal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

- RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2.ed. Campinas: Booksellers, 2009.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, Ano 1, n.4, out./dez. 1999, São Paulo: Notadez, p.23-48.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. Responsabilidade civil**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- ROVER, Tadeu. Jornada de direito civil aprova 46 enunciados. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de abril de 2013. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2013-abr-15/enunciados-aprovados-vi-jornada-direito-civil-serao-guia-justica](http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/enunciados-aprovados-vi-jornada-direito-civil-serao-guia-justica)>. Acesso em: 01 ago. 2013.
- SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. v.5. São Paulo: Max Limonad, [19--].
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no brasil. *In*: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- \_\_\_\_\_. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/29044>>. Acesso em: 24 nov. 2011.
- SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.22. Rio de Janeiro: PADMA, abr./jun. de 2005.



\_\_\_\_\_. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHULZ, Fritz. *Principios del derecho romano*. Trad. Manuel Abellán Velasco. Madri: Civitas, 1990.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo.** São Paulo: Bushastsky, 1976.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor.** Coimbra: Almedina, 1999.

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

\_\_\_\_\_. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v.212, abr./jun. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.84-94.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo.** 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil. *In*: Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de direito processual civil.** v.1. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco.** Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2001.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil. Doutrina e jurisprudência.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lênio Luis. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito: ainda é possível falar em “constituição dirigente e compromissária”? *In*: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS.** São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 4.ed. São Paulo: Malheiros,

2004.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 3.ed. Lisboa: Coimbra, 1965.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *In: Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade médica. *In: Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.83-121.

\_\_\_\_\_. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In: A parte geral do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *In: Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil: *In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico – história e direito vigente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2.ed. Paris: Economica, 1989.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 2009.

VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. *In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil**. Responsabilidade civil. v.IV. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: parte geral**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WIEACKER, Franz. ***El principio general de la buena fé (Zur Rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)***. Trad. espanhola de José Luis de Carro. Madrid: Civitas, 1976.

\_\_\_\_\_. ***El principio general de la buena fe***. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1982.

\_\_\_\_\_. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Trad. portuguesa por Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gubenkian, 2004.

WIESE, Leopold von; BECKER, H. O contato social. *In*: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (Orgs.). **Homem e sociedade – leituras básicas de sociológica geral**. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1976.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.

ZOCKUN, Maurício. A separação dos poderes e o judiciário como legislador positivo e negativo. **Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)** 47. Disponível em: <[www.zockun.com.br/downloads/Poder%20Judici%C3%A1rio%20como%20legislador%20negativo.pdf.pdf](http://www.zockun.com.br/downloads/Poder%20Judici%C3%A1rio%20como%20legislador%20negativo.pdf.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2013.