

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

STEFÂNIA FRAGA MENDES

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NO
CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE**

FRANCA

2016

STEFÂNIA FRAGA MENDES

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NO
CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Kelly Cristina Canela

FRANCA

2016

Mendes, Stefânia Fraga.

A incidência do princípio do venire contra factum proprium no contrato de plano de saúde / Stefânia Fraga Mendes. – Franca : [s.n.], 2016.

176 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientadora: Kelly Cristina Canela

1. Direito à saúde. 2. Boa-fé objetiva. 3. Planos de saúde.
I. Título.

CDD – 341.27

STEFÂNIA FRAGA MENDES

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NO
CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Profª. Drª. Kelly Cristina Canela

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo incentivo, apoio e carinho, especialmente aos meus pais, Marta e Antonio e à minha irmã, Vanessa, pelo amor incondicional.

À minha querida orientadora Prof. Kelly Cristina Canela pela oportunidade, orientação, atenção e ensinamentos, os quais foram fundamentais para a realização deste trabalho. Deixo aqui minha admiração e carinho pelo exemplo de profissional e pessoa que é.

Aos funcionários da UNESP pela colaboração, em especial, a Laura Odette Dorta Jardim pela atenção e disposição em ajudar os discentes com competência e desprendimento e ao Ícaro Henrique Ramos, pela cordialidade e auxílio aos mestrandos.

Aos Professores do Programa de Pós-graduação da UNESP pela dedicação e aprendizado, dentre os quais, Maria Amália Figueiredo de Alvarenga, Patrícia Borba Marchetto, Carlos Eduardo de Abreu Boucalt, Soraya Regina Gasparetto Lunardi, Paulo César Côrrea Borges e David Sanchez Rubio, que ministraram as disciplinas cursadas por mim durante o curso.

Aos colegas do mestrado pela companhia, aprendizado, debates acadêmicos e amizade: Paula Pereira Gonçalves Alves, Bruna Deserti, Karen Bevilaqua, Hélio Veiga, Pedro Quintino, Roberto Alves e Ana Luiza Porto.

Dedico este trabalho aos meus queridos e amados pais, Marta e Antonio, meus primeiros e maiores exemplos do que é ser leal, honesto e probo.

Mostrar confiança é antecipar o futuro. É comportar-se como se o futuro fosse certo. Poder-se-ia dizer que, por meio da confiança, o tempo se invalida ou ao menos se invalidam as diferenças de tempo.

Nicklas Luhmann

Digno de confiança é aquele que permanece no que, consciente ou inconscientemente, comunicou de si próprio.

Nicklas Luhmann

MENDES, Stefânia Fraga. **A incidência do princípio do *venire contra factum proprium* no contrato de plano de saúde**. 2016. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

RESUMO

A pesquisa apresenta a figura do *venire contra factum proprium* a partir da boa-fé objetiva nos contratos de plano de saúde. O instituto do *venire contra factum proprium* decorre da função restritiva de direitos subjetivos da boa-fé objetiva e dessa forma, procede-se uma breve análise histórica do instituto, permitindo constatar as diversas acepções da boa-fé ao longo do tempo e nos diferentes ordenamentos jurídicos. Em sua vertente objetiva, objeto da análise empreendida, a boa-fé implica no comportamento de confiança e lealdade que deve ser atendido por ambas as partes na relação contratual. A contradição faz-se presente no cotidiano do homem, no entanto, o comportamento contraditório é limitado a fim de proteger a confiança pactuada entre os contratantes. A deslealdade refletida diante de um comportamento contraditório é afastada pelo direito com respaldo no princípio da boa-fé objetiva, o qual vislumbra a ética, a lealdade e a coerência desde as tratativas iniciais até a fase pós-contratual. Em decorrência da massificação e da velocidade das contratações, os contratos paritários cederam espaço aos contratos em massa que, por vezes, apresentam nítido descompasso de igualdade entre os contratantes com a inserção de cláusulas abusivas que conferem ao consumidor uma enorme desvantagem, tal como ocorre com o contrato de plano de saúde. Visualiza-se a frequente violação ao direito a saúde e, sobretudo, ao princípio da dignidade da pessoa humana no comportamento das operadoras de planos de saúde quando não atuam conforme os preceitos da boa-fé, vez que se privilegia o valor patrimonial face ao existencial. A abordagem contratual pós-moderna apresenta o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato como vetores indispensáveis para a concretização da justiça material. A pesquisa dispensa uma atenção detalhada acerca do *venire contra factum proprium* e sua incidência nos contratos de planos de saúde ao fazer um estudo dos casos práticos, especialmente dos contratos de plano de saúde coletivos.

Palavras-chave: *venire contra factum proprium*. boa-fé objetiva. plano de saúde.

MENDES, Stefânia Fraga. **A incidência do princípio do *venire contra factum proprium* no contrato de plano de saúde**. 2016. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

ABSTRACT

The research presents the figure of *venire contra factum proprium* from the objective good faith in health plan contracts. The institute of *venire contra factum proprium* comes from limiting function of the subjective rights of objective good faith and thus, proceeds to a brief historical analysis of the institute, allowing observe the various meanings of good faith over time and in different legal systems. In its objective aspect, object of the desired analysis, the good faith implies confidence and loyalty behavior that must be complied by both parties in the contractual relationship. The contradiction is present in man's daily life, however, the contradictory behavior is limited in order to protect the confidence agreement by the contractors. The reflected disloyalty due to contradictory behavior is repulsed by law based on the principle of objective good faith, which sees ethics, loyalty and coherence from the initial negotiations until the post-contractual stage. As a result of massification and speed of signings, the parity contracts gave way to contracts in mass that sometimes have clear mismatch equality between contractors including unfair terms that give the consumer a huge disadvantage, as with the health plan contract. Visualizes the frequent violation of the right to health and particularly to the principle of human dignity in the behavior of health plan operators when they do not act according to the principles of good faith, since it favors the asset value face the existential. The postmodern contractual approach presents the principle of objective good faith and the social function of the contract as indispensable vectors for the realization of material justice. The research gives detailed attention about the *venire contra factum proprium* and his incidence on health insurance contracts to make a study of practical cases, especially the collective health plan contracts.

Keywords: *venire contra factum proprium*. objective good faith. health insurance.

LISTA DE SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CAPS	Caixa de Aposentadoria e Pessoas
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CJF	Conselho da Justiça Federal
CONDG'S	Condições gerais dos contratos
CPC	Código de Processo Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
VCFP	<i>Venire contra factum proprium</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL NA PÓS-MODERNIDADE	15
1.1 Breves apontamentos sobre direito contratual pós-moderno.....	15
1.2 Interpretação das cláusulas contratuais	33
1.3 O princípio da boa-fé suas vertentes objetiva e subjetiva.....	36
1.4 Funções da boa-fé objetiva.....	43
1.4.1 Função hermenêutica-integrativa	43
1.4.2 Função restritiva de Direitos Subjetivos (controle).....	45
1.4.3 Função de norma criadora de deveres jurídicos (integradora).....	47
1.4.3.1 Dever de informação	50
1.4.3.2 Dever de cooperação (lealdade)	53
1.4.3.3 Dever de cuidado	55
1.5 A boa-fé no direito contratual	55
1.6 Direito romano.....	55
1.7 Direito estrangeiro	63
1.8 Direito Civil brasileiro.....	80
1.8.1 Ordenações Filipinas	82
1.8.2 Código Comercial	82
1.8.3 Código Civil de 1916.....	83
1.8.4 Código de Defesa do Consumidor.....	86
1.8.5 Código Civil de 2002	89
CAPÍTULO 2 O <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>.....	99
2.1 O princípio da proibição ao comportamento contraditório (<i>nemo potest venire contra factum proprium</i>	99
2.2 A relação da boa-fé objetiva com a segurança jurídica e a tutela da confiança	107
2.3 Pressupostos de aplicação da vedação ao comportamento contraditório	108
2.3.1 O fato próprio (<i>factum proprium</i>)	109
2.3.2 A legítima confiança.....	110

2.3.3 Contradição ao fato próprio (<i>venire</i>).....	111
2.3.4 Dano efetivo ou potencial.....	113
2.4 Derivações do princípio do <i>venire contra factum proprium</i>	113
2.4.1 <i>Tu quoque</i>	114
2.4.2 <i>Suppressio (Verwirkung)</i>	116
2.4.3 <i>Surrectio (Erwirkung)</i>	117
2.4.4 <i>Exceptio doli</i>	118
2.5 A incidência do <i>venire contra factum proprium</i> nos diversos ramos do direito.....	119
 CAPÍTULO 3 DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE.....	122
3.1 O direito fundamental à saúde a dignidade da pessoa humana	122
3.2 Evolução histórica da saúde suplementar no Brasil.....	132
3.3 Contrato de plano de saúde e sua natureza jurídica	136
3.4 Classificação dos contratos de plano de saúde.....	141
3.5 A boa-fé objetiva nos contratos de plano de saúde.....	145
3.6 A incidência do <i>venire contra factum proprium</i> no contrato de plano de saúde coletivo	152
3.6.1 <i>Rescisão por atraso no pagamento superior a 60 dias. Notificação inválida. Recebimento das parcelas em aberto intempestivamente. Comportamento contraditório</i>	152
3.6.2 <i>Prorrogação do contrato por vários anos. Confiança. Rescisão unilateral do contrato. <i>Venire contra factum proprium</i>.....</i>	156
3.6.3 <i>Rescisão unilateral. Cláusula contratual autorizativa. Reajuste das mensalidades no percentual de 50%. Rescisão no mês seguinte. <i>Venire contra factum proprium</i>.....</i>	159
 CONCLUSÃO.....	163
 REFERÊNCIAS	167

INTRODUÇÃO

Na segunda metade do século XX, houve uma mudança na dinâmica contratual em razão do surgimento dos contratos em massa. Diante do consumismo exacerbado, a modalidade de contratação em massa teve destaque, sendo necessário repensar os preceitos presentes nos contratos paritários.

Dessa forma, o Código Civil¹ de 2002 previu a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a limitação da liberdade de contratar a partir da relativização do *pacta sunt servanda* de tal forma a proteger os contratantes da relação contratual.

No que tange aos contratos de plano de saúde, a limitação da autonomia das partes é tratada na Lei nº 9.656/98², impondo normas de caráter obrigatório para os consumidores e para as operadoras de planos de saúde. Cumpre salientar que por tratar-se de relação consumerista a relação entre os beneficiários do plano de saúde e as operadoras também é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O cerne da pesquisa é constituído pelo estudo da boa-fé objetiva, especialmente no que tange à sua função limitadora de Direitos Subjetivos, com destaque ao *venire contra factum proprium* nos contratos de plano de saúde em que as partes devem atentar-se para os preceitos de lealdade, honestidade, proteção, cooperação mútua, confiança e transparência, protegendo a legítima expectativa criada na parte contratante.

Limita-se o exercício de um direito subjetivo com o escopo de evitar um comportamento contraditório, o qual frustra a legítima confiança. Impede-se o comportamento contraditório ainda que ele seja legal ou contratualmente assegurado. A parte não pode ser surpreendida pela incoerência.

Inicialmente a pesquisa aborda a atual conjuntura do direito contratual pós-moderno, especialmente com os novos princípios informadores da teoria contratual em decorrência da massificação com o intuito de posicionar a boa-fé objetiva no âmbito das relações contratuais. Em sequência, faz-se uma breve análise histórica da boa-fé desde seus primórdios.

Posteriormente, faz-se o enquadramento doutrinário acerca do *venire contra factum proprium*. Em seguida, analisa-se o *venire contra factum proprium* e seus aspectos relevantes, fazendo uma distinção com as demais expressões que tratam do abuso de direito, como o *tu*

¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

² Id. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015.

quoque e a suppressio.

Por fim, a pesquisa aborda a incidência do *venire contra factum proprium* nos contratos de plano de saúde, demonstrando o entendimento dos Tribunais. O contrato de plano de saúde tem caráter existencial e dessa forma, almeja alcançar os preceitos constitucionais com a observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Veda-se o comportamento contraditório por ser contrários aos preceitos da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva tem enorme relevância no cenário jurídico brasileiro, especialmente com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, sendo fundamental na relação de consumo. No tocante aos contratos inseridos na esfera cível, o princípio teve destaque com a promulgação do Código Civil de 2002.

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

Inicialmente faz-se uso de fontes históricas que são um meio eficaz a fim de delimitar o conceito de boa-fé. Destaca-se o direito romano e seus institutos como fontes fundamentais para a formação da atual acepção da boa-fé.

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

O princípio da boa-fé objetiva reflete um valor ético pautado pela lealdade e pela confiança e não meramente a um estado psicológico evidenciado na pessoa do contratante relacionado ao estado de crença ou ignorância dele, como é o caso da boa-fé subjetiva.

O Código de 1916³ tratou da boa-fé objetiva de forma pontual, ao contrário do Código Civil de 2002 que abordou a boa-fé objetiva em sua função hermenêutica-integrativa (art.113), restritiva de Direitos Subjetivos (art.187) e como norma criadora de deveres jurídicos (art.422).

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

Encontra-se como uma das tendências esboçadas pelos civilistas, qual seja a observân-

³ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm#art1806>. Acesso em: 12 set. 2015.

cia do princípio da boa-fé objetiva no campo das relações intersubjetivas obrigacionais.

A boa-fé objetiva pugna por uma conduta leal dos contratantes em todas as fases contratuais: desde as tratativas até a fase pós-contratual. No entanto, não há um conceito definido, em virtude da extensão e nuances que a boa-fé aborda, não sendo um conceito comum.

A predominância da boa-fé nas relações obrigacionais é de tal maneira que se tornou essencial, ressaltando que mesmo havendo polos opostos é necessário existir um mínimo ético de lealdade e cuidado um para com o outro. Busca-se a cooperação mútua a fim de que ambas as partes sejam satisfeitas e as obrigações sejam mutuamente cumpridas e dessa forma, seja possível alcançar a justiça material.

O princípio da boa-fé objetiva concretizou os valores constitucionais, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade substancial e, como cláusula geral, veda a presença de cláusulas abusivas nos contratos.

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

A boa-fé objetiva é um instrumento jurídico eficaz para que se alcance a justiça e o equilíbrio contratual. Almeja-se a proteção da pessoa humana. Ademais, pactua com os objetivos propostos na Constituição Federal de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

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

Como função limitadora de direitos subjetivos, a boa-fé apresenta a vedação ao comportamento contraditório que é identificada na expressão *venire contra factum proprium*. Funda-se na prática de um comportamento em contradição com o anteriormente realizado, sendo contrário à boa-fé objetiva vez que quebra a confiança e a expectativa criada na parte contratante.

A limitação quanto à mudança de comportamento não é absoluta, especialmente quando atinge a esfera existencial de alguém, tal como a saúde e a vida, e a esfera patrimonial. A contradição está presente no ser humano e o trabalho em questão apresenta a limitação do comportamento contraditório na esfera dos contratos de plano de saúde coletivos vez que não é raro visualizar situações em que as operadoras de planos de saúde atuam de forma contraditória, prejudicando os beneficiários do plano de saúde que acreditam que, por atuarem conforme os preceitos da lealdade e lisura ao efetuarem o pagamento contínuo das mensalidades, quando necessitarem do atendimento, serão prontamente satisfeitos.

O bem jurídico tutelado é a confiança que foi despertada na parte contratante. Para que

seja configurado o *venire contra factum proprium*, são necessários determinados pressupostos, dentre os quais, a conduta inicial, qual seja, o *factum proprium*; o *venire*, que é a contração; a legítima expectativa e o dano efetivo ou potencial oriundo da quebra da confiança.

Exige-se, ainda, a existência de pelo menos dois indivíduos. O primeiro indivíduo realiza a conduta inicial (*factum proprium*) e, posteriormente, realiza o comportamento contraditório (*venire*). O segundo indivíduo é aquele que acredita que o comportamento anteriormente realizado será mantido. No entanto, frise-se que não há necessidade de identidade de sujeito passivo e de sujeito ativo.

A vedação do comportamento contraditório é analisada sob o ponto de vista teórico e prático, definindo a atual aplicação pelos Tribunais brasileiros. Serão apresentados julgados que se fundamentam no *venire contra factum proprium*. A pesquisa tem o escopo de privilegiar o tema que, além de serem repercutidas questões em torno dele, é de suma importância na perspectiva contratual.

Utiliza-se a doutrina para o desenvolvimento teórico da boa-fé objetiva e da vedação ao comportamento contraditório. A pesquisa é desenvolvida a partir da interpretação das fontes doutrinárias e legislativas atinentes ao tema.

A doutrina estrangeira e os diplomas internacionais relacionados ao tema são fundamentais a fim de compreender como tem sido a utilização e a aplicação do instituto.

A jurisprudência brasileira também é fonte indispensável de material a fim de visualizar a aplicação do *venire contra factum proprium* nos contratos de plano de saúde no caso concreto.

A metodologia teórica funda-se em uma abordagem sistêmica a fim de se obter uma análise do ordenamento jurídico como um todo. Far-se-á uso do método dedutivo-bibliográfico com intuito de, a partir dos textos legais e das obras doutrinárias, verificar o tratamento jurídico para o tema em questão.

Utiliza-se, ainda, o método comparativo vez que o Direito comparado possibilita a compreensão do tema no ordenamento jurídico brasileiro a partir do ordenamento jurídico estrangeiro.

CAPÍTULO 1 A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL NA PÓS-MODERNIDADE

1.1 Breves apontamentos sobre direito contratual pós-moderno

A concepção clássica aborda o contrato como um negócio jurídico decorrente do acordo de vontades.

É sabido que a autonomia da vontade é um princípio fundamental do direito contratual que consiste na liberdade de contratar. Ocorre que tal liberdade foi concebida nos moldes liberais, trazendo assim, injustiças, tais como, o desequilíbrio das relações contratuais e a prevalência do interesse individual sob o interesse social.

A autonomia da vontade é tutelada no Código Civil, porém apresenta a função social dos contratos e a boa-fé objetiva como instrumentos de controle a serem observados.

[...] diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade.¹

O princípio da autonomia da vontade garante às pessoas o direito de contratar livremente, cabendo-lhes a escolha dos contratantes e o conteúdo a ser vinculado no contrato. A partir da ideologia advinda da Revolução Francesa em 1789, concretizou-se o apogeu do princípio, vez que proporcionou segurança jurídica a emergente classe burguesa da época.

A autonomia da vontade, descrita por Pontes de Miranda, reconhecia o poder de constituição dos negócios jurídicos às pessoas com auto-regramento. É a lição a esse respeito:

O princípio de que se parte é o do auto-regramento da vontade (dito da autonomia privada), mas os sistemas jurídicos estabelecem regras jurídicas cogentes, dispositiva e interpretativa para que algo se tenha de atender, ou se atenda, se o manifestante da vontade não disse diferentemente do que a lei editou, ou se há dúvida sobre o que ele disse.²

Durante a revolução industrial, o direito contratual foi amplamente usado para legitimar a contratação de mão de obra dos operários que passaram a trabalhar nas fábricas.

¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 457.

² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38. p. 51.

A ideologia liberal, conforme aduz José Carlos Silva Filho, servia para os donos das fábricas ditarem as regras, restando aos vassalos apenas aceitar suas condições ou sofrer com a falta das condições mínimas de vida, inclusive a falta de alimentos.³

O princípio ganhou novos contornos e evoluiu, e, dessa forma, é possível concluir que a autonomia da vontade vai além do Direito Civil, fazendo-se presente em diversos ramos do direito, conforme anota Elsita Elesbão:

Com os glosadores, firma-se o princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado, atribuindo aos particulares o poder de escolher a lei aplicável aos seus contratos. A vontade particular passa a estabelecer o critério de soluções dos conflitos de leis em matéria contratual e, assim, a ser fonte normativa. O que era para os internacionalistas uma noção puramente técnica passa a ser para os civilistas um conceito teórico, traduzindo a convicção para alguns autores de que a vontade pode, como a lei, criar direitos.⁴

Sendo assim, o princípio da autonomia da vontade traduz-se na possibilidade das partes fazerem lei entre si. Assim que forem criados vínculos obrigacionais entre elas, passa a existir o dever de cumprimento.

Conforme o ensinamento de Orlando Gomes, o princípio da autonomia da vontade é definido como “[...] o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”, particularizando-se no direito contratual como a liberdade de contratar.⁵

A máxima “os contratos fazem lei entre as partes” e o princípio do *pacta sunt servanda* não podem ser considerados de forma absoluta, dando margem a abusos e descon siderações da qualidade do ser humano de titular de direitos fundamentais.

De acordo com João de Matos Antunes Varela, a liberdade de contratar é, por conseguinte, a faculdade de criar um pacto que, uma vez concluído, nega a cada uma das partes a possibilidade de se afastarem (unilateralmente) dele – *pacta sunt servanda* –, na medida em que a promessa livremente aceita por cada uma das partes cria expectativas fundadas junto da outra e o acordo realiza fins dignos da tutela do direito.⁶

Ao interesse da livre ordenação dos interesses recíprocos das partes sucede a necessidade de proteção da confiança de cada uma delas na validade do pacto firmado.⁷

³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 248-249.

⁴ ELESBÃO, Elsita Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 93.

⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22.

⁶ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Livraria Almedina, 1970. p. 175.

⁷ Ibid., p. 175.

Não obstante a autonomia da vontade deva ser respeitada, o princípio do *pacta sunt servanda* não pode ser usado como subterfúgio para encobrir práticas desrespeitosas e lesivas aos direitos fundamentais.

A obrigatoriedade do cumprimento dos contratos pelas partes encontra limites principalmente quando em conflito com os direitos fundamentais.

Em se tratando de liberdade, Daniel Sarmento conclui que afora raras posições radicais em sentido contrário, converge o pensamento jurisprudencial contemporâneo no sentido de que a garantia da autonomia pública do cidadão, associada à democracia, assim como da sua autonomia privada, ligada aos direitos individuais, são vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana.⁸

Com relação à intervenção nas relações privadas, surge o entendimento de que no tocante às relações patrimoniais, parece ser possível divisar uma proteção mais forte da autonomia da vontade quando estiverem em jogo bens de caráter supérfluo para a personalidade humana.

Contrariamente, quando a questão envolver bens essenciais para a vida humana, Daniel Sarmento defende que a tutela conferida à autonomia privada será menor, aceitando-se um dirigismo estatal mais intenso, voltado para a promoção da solidariedade social e para a busca do bem comum.⁹

Fala-se na releitura do direito privado, voltada a remodelar o núcleo interno da autonomia privada e de verificar em cada caso concreto a sua legitimidade à luz dos valores da sociedade pós-moderna, especificadamente à ideia de solidariedade como respeito à condição humana. Afasta-se com isso a importância exclusiva destinada à liberdade individual.¹⁰

O exercício da vontade individual é tutelado quando se mostra em consonância com a dignidade da pessoa humana, entendida sob uma ótica solidarista. A autonomia privada passa a integrar o ordenamento jurídico, submetendo-se aos valores presentes na Constituição Federal.¹¹

O contrato, como símbolo da liberdade contratual ou da autonomia privada, foi visualizado no contexto histórico do Estado moderno, especialmente na fase do Estado liberal. O apogeu do contrato coincidiu com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade

⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008. p. 154.

⁹ Ibid., p. 180.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 39.

¹¹ Ibid., p. 40.

do século XIX e da primeira metade do século XX, quando foi elaborada a teoria do negócio jurídico e a autonomia privada foi consagrada como princípio fundamental do direito privado.¹²

Até o início do século XX o direito obrigacional estava atrelado a ideia de liberdade contratual, sendo que o princípio da autonomia da vontade tinha grande visibilidade e utilização. Foi no século XX que o princípio da autonomia da vontade teve seu apogeu.

A teoria tradicional do contrato funda-se na livre e consciente manifestação de vontade dos contratantes, com a menor interferência do legislador ou do juiz. A função do juiz era individual, ou seja, de “[...] regulação autônoma de interesses privados”. Os limites que admitiam a intervenção judicial eram os bons costumes e a ordem pública.¹³

Ao tratar a respeito da autonomia da vontade, Darcy Bessone enfatiza que o pressuposto da doutrina clássica da autonomia da vontade nos contratos é a igualdade dos contratantes, tendo em vista que só há uma decisão livre se um dos contratantes não tiver que se submeter à vontade do outro.¹⁴

Em razão da desmedida liberdade de contratar, houve a necessidade de o Estado intervir nas relações contratuais, vez que a vontade individual passava a sobrepor preceitos de suma relevância para a sociedade e para o Direito tal como a moral e a ética. A intervenção do Estado nas relações contratuais foi marcada pelo dirigismo contratual.

No dirigismo contratual os princípios tradicionais, individualistas e severos passaram por derrogações privilegiando a justiça contratual e a interdependência das relações entre os homens.¹⁵ Nesse período, apelou-se para o Estado exigindo a ordem econômica.

Premido por tão urgentes solicitações, o Estado passa a dirigir o contrato, não tanto segundo a vontade comum e provável dos contratantes, mas atentando, sobretudo, às necessidades gerais da sociedade. Legisla em nome da ordem pública, cuja noção se alarga e enriquece.¹⁶

Foi um período de inúmeras intervenções legislativas que afastavam da autonomia da vontade e dos princípios clássicos que permeavam as relações jurídicas, em especial o *pacta sunt servanda*. Tornou-se necessária essa intervenção a fim de proteger os mais fracos e garantir os interesses sociais face aos individuais.

¹² LOBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19.

¹³ Ibid., p. 21.

¹⁴ BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 33.

¹⁵ Ibid., p. 36.

¹⁶ Ibid., p. 35.

As intervenções legislativas se multiplicam. Tudo vai sendo regulamentado com minúcia. Os preços das utilidades são tabelados, o inquilino é protegido contra o proprietário, os agricultores são beneficiados com as moratórias e o reajustamento econômico, a usura é coibida, a compra de bens a prestações é regulada de modo a resguardar os interesses do adquirente. Eis aí uma longa série de medidas contrárias à autonomia da vontade e aos princípios clássicos - *pacta sunt servanda* ou o contrato é lei entre as partes.¹⁷

O Estado alterou sua atuação no âmbito do contrato: passou a direcionar o contrato para os anseios da sociedade e não mais de acordo com a vontade das partes contratantes.

Cumprе ressaltar que não houve a diminuição do volume de contratos em virtude do limite imposto à autonomia das partes. Em razão do desenvolvimento comercial e industrial, novos contratos surgiram, a exemplo do contrato de adesão. De acordo com Darcy Bessone, "[...] o progresso foi quantitativo e qualitativo. Não somente os contratos se tornaram inumeráveis, mas sua eficácia se tornou maior."¹⁸

O Estado liberal assegurou os direitos do homem em especial, a liberdade, a vida e a propriedade individual. Já o Estado Social, impulsionado por movimentos populares, assegurou os direitos sociais do homem.

Posteriormente, vieram os direitos transindividuais, protegendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Nesses últimos direitos, destaca-se o Código de Defesa do Consumidor, inovando a teoria contratual clássica.

O Estado Liberal era tendencialmente não cogente, pois a função básica do direito era a de suplementar a autonomia privada. As normas jurídicas não cogentes já constituem, em grau menor, uma técnica legislativa de previsão de conteúdo e futuro de eficácia do negócio jurídico, tomando o lugar das manifestações de vontade que não foram feitas. O Estado social, todavia, intervém na ordem econômica privada para proteger a parte juridicamente vulnerável e evitar o abuso do poder negocial da outra, o que importa crescente utilização de normas cogentes (proibitivas ou imperativas), limitando o uso das normas dispositivas ou supletivas e a própria autonomia privada negocial.¹⁹

De acordo com os ensinamentos de Paulo Lobo, quando os pressupostos que formavam a teoria clássica do contrato foram desafiados pelo Estado Social, o qual teve grande repercussão no século XX, o modelo de contrato que almejava a realização de funções meramente individuais entrou em crise.²⁰

O modelo paradigmático do liberalismo, de liberdade de escolhas para auto composição de interesses, em igualdade de condições, teve seu espaço reduzido substancialmente, em razão da massificação contratual e da crescente concentração

¹⁷ BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 36.

¹⁸ Ibid., p. 39.

¹⁹ LOBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 141.

²⁰ Ibid., p. 21.

de capital. Esse fenômeno real, mais que a intervenção legislativa, foi a causa efetiva da crise da autonomia privada contratual.²¹

Conforme preceitua Paulo Lobo, a supremacia da vontade cedeu espaço para os efeitos contratuais do tráfico jurídico. Com isso, não causa surpresa a existência de contratos obrigatórios, de determinadas condutas típicas equiparadas à aceitação, a desconsideração da vontade da parte nos contratos em massa e que o equilíbrio formal do contrato seja superado pela equivalência material.²²

A concepção clássica de contrato traduz a ideia de igualdade de posição entre os contratantes perante o direito e a sociedade, em que ambos discutiriam livremente as cláusulas contratuais. São os chamados contratos paritários ou individuais.²³

Os contratos paritários, caracterizados por ambos os contratantes participarem da elaboração das cláusulas contratuais de forma equânime, não tem apresentado um elevado número atualmente em razão das contratações em massa. Cláudia Lima Marques menciona que na “[...] sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou.”²⁴

Os contratos paritários compõem o modelo clássico, que pressupõe a equivalência dos poderes negociais e a existência efetiva de negociações preliminares, dispensando a intervenção legislativa e judicial, em sua essência. São principalmente os contratos celebrados entre pessoas físicas, fora da atividade econômica, e os contratos entre empresas fora da relação de consumo nos âmbitos interno e internacional. Neles, predomina a tutela dos interesses individuais e dos direitos subjetivos das partes.²⁵

Há que se mencionar duas crises da teoria contratual clássica: a da massificação e a da desmaterialização, também denominada de crise da pós-modernidade.

A contratação em massa é frequente nas relações entre as empresas e os consumidores. Trata-se de contratos de igual conteúdo que alcança um grande número de contratantes. Uma das formas de contratação em massa é por meio do contrato de adesão.

A produção em massa, decorrente da revolução industrial, voltada para a satisfação das necessidades da sociedade de consumo que se formou a partir do século XIX, exigia um instrumento negocial capaz de garantir o menor tempo possível no

²¹ LOBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 120.

²² Ibid., p. 121.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 64.

²⁴ Ibid., p. 52.

²⁵ LOBO, op.cit., p. 28.

momento da contratação, a fim de que o comerciante pudesse atender todos os consumidores que a ele se dirigissem.²⁶

A empresa apresenta o contrato de adesão aos consumidores que optam ou não em aceitá-lo, sem que discutam as cláusulas livremente. As cláusulas contratuais elaboradas pela empresa anteriormente são aplicadas a todos os consumidores que as aderirem indistintamente.

Paulo Lobo, ao tratar das características das relações jurídicas de massa, cita a despersonalização, vez que há dificuldade em identificar os sujeitos, que não se conhecem, levando ao anonimato dos contratantes. Ao contrário das relações jurídicas de massa, as relações jurídicas tradicionais realizavam-se entre pessoas identificadas ou identificáveis.²⁷

A despersonalização é traço comum das contratações em massa, vez que em razão da rapidez e necessidade das contratações, tornou-se difícil identificar os contratantes.

Por conseguinte, Paulo Nalin assinala que “[...] o contratante do início deste século enfrentou uma situação inusitada, em razão das novas estruturas contratuais criadas que, em face de uma função massiva, voltada ao escoamento e produção em escala industrial, despersonalizou a relação contratual.”²⁸

A atual sociedade massificada realiza vários contratos no mercado que possuem o mesmo teor contratual e são realizados com inúmeras pessoas. As cláusulas apresentadas são redigidas unilateralmente e em regra, não é possível que a parte que irá contratar discuta tais cláusulas.

Há uma adesão àquilo que foi proposto, por exemplo, na relação consumerista, em que a pessoa física ou jurídica adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, conforme a definição de consumidor expressa no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor.²⁹ O consumidor adere àquilo que lhe foi proposto.

Os contratos de adesão e a prévia estipulação das cláusulas contratuais estão inseridos em uma sociedade moderna. Tais contratos permeiam as relações contratuais seja de pessoa física, jurídica, pessoa de direito público ou privado ou na relação consumerista entre consumidor e fornecedor.

²⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 84.

²⁷ LOBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 120.

²⁸ NALIM, Paulo Roberto. **Do contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 109.

²⁹ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” (BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015).

Frise-se que nas relações em massa, os contratos podem ser escritos como os contratos de adesão, bem como podem ser orais, tais como a aceitação através das condutas sociais típicas, recibos ou tickets de caixas automáticas.³⁰

No tocante à nomenclatura dos contratos que tem o seu conteúdo previamente delimitado, faz-se uma distinção. Cláudia Lima Marques dispõe em sua obra que para a doutrina germânica tais contratos podem ser “condições gerais do contrato”, sendo a tradução em Portugal como “cláusulas gerais contratuais” e a doutrina francesa os denomina “contratos de adesão”. As cláusulas gerais dos contratos estariam vinculadas à fase pré-contratual em que são elaboradas “listas independentes de cláusulas gerais”. Já o contrato de adesão estaria vinculado ao momento em que o contrato é celebrado. Há uma adesão da vontade do contratante à vontade do outro que elaborou as cláusulas de forma unilateral.³¹

Tanto as cláusulas gerais dos contratos como os contratos de adesão estão inseridos na contratação em massa, mas é necessário distingui-los quanto à sua exteriorização.

As cláusulas gerais dos contratos podem ser escritas ou não, podendo ser aceitas expressa ou tacitamente pela parte contrária. É comum nesse tipo de contratação em massa que a pessoa não receba um contrato impresso para assinar.

Em contrapartida, os contratos de adesão, em regra, são escritos. Tais contratos geralmente são apresentados já impressos para que, quem irá aderir, possa preencher o contrato com seus dados e assinar.

Inicialmente fala-se a respeito do contrato de adesão que como mencionado é escrito e a parte que assina, em regra, não tem liberdade para discutir o conteúdo das cláusulas que foram elaboradas. A parte apenas adere ao que foi apresentado por aquele que possui maior poder econômico na relação contratual.

O contrato de adesão, segundo os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, é aquele contrato “[...] oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço.” A autora ensina ainda que o contrato de adesão tem como elemento essencial a ausência de uma fase pré-negocial decisiva em que as partes pudessem discutir previamente a respeito das cláusulas contratuais.³²

³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 67.

³¹ Ibid., p. 68.

³² Ibid., p. 71-72.

O contrato de adesão, elaborado por uma só das partes, é disponibilizado para um número indeterminado de pessoas, as quais, ao aderirem ao que foi apresentado, estarão sujeitas às mesmas regras de várias pessoas que também aderiram, seguindo um padrão.

É um contrato padrão, uniforme, que se adequa a todas as pessoas de maneira geral, de modo que não é avaliada cada cláusula no caso concreto com suas particularidades. Em regra, é de igual conteúdo e homogêneo para ambos os contratantes.

A título exemplificativo cita-se os contratos de plano de saúde que diariamente são ofertados para várias pessoas distintas, sendo preenchidos com seus dados pessoais de forma que todas as pessoas que aderirem estarão vinculadas às mesmas regras e condições. Conforme aduz Paulo Lôbo, na entrada do século XXI os contratos de plano de saúde já alcançavam aproximadamente 50 milhões de usuários, entre contratantes e beneficiários.³³

Nesse sentido, cumpre aduzir a lição de Luis Diéz-Picaso:

*Las necesidades de racionalización y de celeridad de los intercambios han llegado más lejos y han producido determinados tipos de comportamientos sociales, que, sin previa relación interpersonal, determinan la obtención de los bienes a que se aspira. Son los sistemas de automatización que hoy aparecen por doquier. Las máquinas automáticas permiten la obtención de los servicios reclamados mediante la ejecución de las instrucciones de manejo. En este caso faltan las formas de expresión o de declaración de la voluntad contractual, que son sustituidas por lo que algún sector de la doctrina ha denominado una conducta social típica. De esta suerte, los fenómenos de estandarización y de automatización de la materia contractual dan lugar a dos tipos de fenómenos, que habrán de ser objeto de estudio especial: los contratos de adhesión o contrato tipo, con un contenido preformulado, denominado hoy condiciones generales de la contratación, y lo que pueden denominarse relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica.*³⁴

Dentre os contratos que são apresentados com conteúdo previamente definido, cabendo à outra parte apenas a concordância e que têm grande incidência no mercado cita-se o contrato de telefonia, de seguro, de transporte e de plano de saúde, objeto da pesquisa.

Ante a esse fenômeno, os ordenamentos jurídicos em todo o mundo foram obrigados a incorporar normas com a finalidade de proteger o contratante débil, como ocorreu na Itália,

³³ LOBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 121.

³⁴ “As necessidades de racionalização e celeridade das trocas foram mais longe e produziram certos tipos de comportamento social, que, sem prévia relação interpessoal, determinam a obtenção dos bens que se aspira. São os sistemas de automação que hoje estão em toda parte. As máquinas automáticas permitem a obtenção dos serviços reivindicados pela execução das instruções de manejo. Neste caso faltando formas de expressão ou declaração da vontade contratual, que são substituídos pelo que parte da doutrina chamou de comportamento social típico. Desta forma, os fenômenos de padronização e automação da matéria contratual deu origem a dois tipos de fenômenos, que serão objeto de um estudo especial: os contratos de adesão ou de contratos-tipo com um teor de pré-formulado, hoje chamado de condições gerais da contratação, que podem ser chamadas de relações contratuais feitas ou derivadas de uma conduta social típica.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Introducción teoría del contrato. 6. ed. Pamplona: Civitas, 2007. v. 1. p. 158. Tradução nossa).

com o *Código Civil* de 1942, na Alemanha, com a Lei de 12 de fevereiro de 1976, promulgada posteriormente ao *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), bem como a criação de leis especiais para a defesa do consumidor, como ocorreu na Inglaterra, Espanha³⁵ e no Brasil.

O contrato de adesão tem natureza de contrato, conforme dispõe o art. 423: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente."³⁶ Há o consentimento do aderente a partir do momento que aceita as cláusulas contratuais apresentadas.

Diante da incidência dessa modalidade de contrato é imprescindível reforçar os deveres anexos de conduta, tais como o dever de informação, cooperação e cuidado.

Conforme citado no art. 423 do Código Civil, adota-se a posição mais favorável ao aderente quando evidenciada cláusula abusiva ou ambígua e por meio desses deveres anexos deve-se repelir tais cláusulas e aquelas redigidas de modo excessivamente formal e de difícil compreensão, inserindo letras minúsculas sem destacar o que é relevante e que influenciam na decisão do aderente.

Cumprе salientar que pode ser acertada cláusula particular, que prevalece sobre aquelas impressas e iguais para todos. Essa situação não descaracteriza o contrato como de adesão, devendo ainda, considerar os usos e costumes locais, a exemplo de existir uma cláusula mais favorável no formulário impresso entregue ao consumidor, a cláusula datilografada na cópia do fornecedor não poderá prevalecer, fazendo-se uma interpretação "*contra preferentem*," ou seja, fazendo-se uma interpretação contra aquele que redigiu as cláusulas, beneficiando o consumidor.³⁷

Isso significa que o contrato de adesão não possui apenas condições gerais. Corroborando com o mesmo entendimento, Paulo Luiz Neto Lôbo afirma que o contrato de adesão pode conter cláusulas negociadas ponto a ponto e outras partes que componham a declaração comum dos contratantes.³⁸

A segunda possibilidade de contratação em massa é através dos contratos submetidos a

³⁵ *La tutela de la buena fe en la instrumentación del contrato por adhesión llevó a que en el derecho comparado, legislaciones como la española, Ley 7/98 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; la ley alemana de 9/12/1976; y la portuguesa de 31 de agosto de 1995, previeran lo que se ha denominado "requisitos de incorporación", o sea, exigencias para los contratos de adhesión. En este sentido, para una mayor transparencia se exige no que sean libremente consentidos pero sí que se haya tenido la posibilidad de conocer lo que dicen las cláusulas, que deben ser claras, comprensibles y perceptibles.* (ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. **Buena fe en los contratos**. Madrid: Reus, 2011. p. 70).

³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 76.

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 38.

condições gerais que na concepção de Cláudia Lima Marques são “[...] contratos escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que as cláusulas elaboradas prévia e unilateralmente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais disciplinem o conteúdo específico.”³⁹

Como visto, as cláusulas gerais dos contratos podem ser escritas ou não e podem ser aceitas expressa ou tacitamente pela contraparte. Geralmente o contratante não recebe um contrato impresso para que o assine.

De acordo com o entendimento de Paulo Luiz Neto Lôbo, as condições gerais dos contratos (CONDG’s) “[...] constituem regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente.”⁴⁰

Identificadas pela sigla CONDG’s, as condições gerais dos contratos podem englobar diversos contratos, como o contrato de adesão, contratos com formulários impressos, contratos-modelo e contratos autorizados ou ditados pelo Poder Público.⁴¹

Conforme preceitua Paulo Lobo, as condições gerais dos contratos são fruto da fase pós-industrial, de passagem do sistema de economia concorrencial para o sistema predominantemente monopolista ou oligopolista e da massificação das relações sociais.⁴²

O conteúdo do contrato é pré-elaborado de forma unilateral pelo fornecedor. O tipo de contrato e onde as cláusulas se encontram é irrelevante, podendo inclusive estar fixadas em portas, compartimento interno de ônibus, avião, etc.

O consumidor fica sujeito às condições estipuladas e ofertadas em determinado lugar de fácil acesso e visibilidade. Um passageiro ao embarcar em um ônibus fica vinculado às regras estipuladas que visivelmente são fixadas na parte interna dele.

Conforme aduz Paulo Lobo, as condições gerais são predispostas em abstrato, de modo que não integram o contrato em concreto anteriormente. O autor cita a empresa operadora de telefonia que elabora e divulga as condições gerais antes de concluir qualquer contrato. Integram-se à atividade jurídica e econômica do predisponente e são por ela delimitadas. Fora da atividade não há predisposição.⁴³

O CDC confunde o contrato de adesão com as condições gerais. O Código traz a definição do contrato de adesão no art. 54 e dispõe que “[...] o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 66-67.

⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 24.

⁴¹ MARQUES, op. cit., p. 82.

⁴² LOBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122.

⁴³ Ibid., p. 132.

tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”⁴⁴

Há um erro vez que são as condições gerais que podem ser objeto de aprovação prévia da autoridade ou de predisposição unilateral.

As cláusulas não podem ser objeto de aprovação prévia da autoridade ou de predisposição unilateral vez que algumas são negociadas, constituindo declaração comum das partes. Esse conceito legal é mais apropriado para as cláusulas gerais.⁴⁵

Corroborando com o mesmo entendimento, Paulo Luiz Neto Lôbo aduz que o que pode ser objeto de aprovação prévia da autoridade ou de predisposição unilateral são as condições gerais e não as cláusulas, vez que algumas são negociadas, sendo declaração comum das partes.⁴⁶

Insta ressaltar que se por um lado há grandes vantagens para a empresa que vai contratar em massa, seja por meio das condições gerais dos contratos ou pelos contratos de adesão, por outro há evidente risco para a parte aderente, que se encontra em situação de vulnerabilidade.

Não é raro encontrar situações em que quem elabora o conteúdo do contrato redija cláusulas que mais lhe favoreça, inclusive cláusulas que privilegiam interesses individuais, de apenas uma das partes e não interesses mútuos.

Pablo Stolze Gagliano assevera que a faculdade de aderência, último respaldo da bilateralidade negocial, coloca o aderente em situação desfavorável, visto que, na maioria das vezes, a parte que elabora o contrato detém um poder econômico superior ou o monopólio de um serviço tido como essencial.⁴⁷

A ânsia por privilegiar interesses econômicos, visando sempre o lucro pode culminar com a elaboração de cláusulas abusivas. É nesse contexto que o Código de Defesa do Consumidor atua a fim de que tais cláusulas sejam afastadas, protegendo, dessa forma, a parte mais vulnerável da relação contratual.

Paulo Lobo afirma que a patologia das condições gerais dos contratos encontra-se nas cláusulas abusivas; sua ilicitude, vertida em nulidade, resulta do desequilíbrio de direitos e

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

⁴⁵ LOBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 130.

⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 41.

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

obrigações, com outorga de vantagens desarrazoadas para o contratante adquirente ou usuário, em virtude do abuso do poder negocial.⁴⁸

Além dos mecanismos de contratação em massa, fala-se na atual conjuntura dos contratos pós-modernos inseridos nas relações complexas. São os chamados contratos cativos de longa duração.

Na concepção de Cláudia Lima Marques, a nova realidade aliaria os mecanismos de contratação em massa às relações complexas de longa duração e envolveria serviços, uma cadeia de fornecedores organizados e a posição de catividade dos clientes-consumidores.⁴⁹

Em decorrência do fenômeno da massificação e da industrialização, a concepção clássica do contrato não mais condizia com o contexto socioeconômico do século XX. A partir da segunda metade do século XX, em razão do desenvolvimento tecnológico e das novas relações mercantis, a igualdade entre as partes enfraqueceu. Com isso, houve a relativização do *pacta sunt servanda*.

A concepção clássica do contrato foi marcada pelo voluntarismo. Verificou-se a diferença presente entre os contratantes na relação consumerista: o fornecedor elaborava as cláusulas contratuais unilateralmente e o consumidor sem questioná-lo aderir ou não.

Cláudia Lima Marques aponta que o voluntarismo e a concepção clássica do contrato viviam um período de declínio, no entanto, para a ideia de contrato foi uma "crise de transformação."⁵⁰

Antes da Segunda Guerra Mundial, na Europa, a socialização do direito foi insuficiente para impedir que o Estado se fortalecesse. O Estado passou a intervir na atividade econômica, passando a ser um expoente na relação contratual. No Brasil, mesmo após a Segunda Guerra, a socialização do direito teve pouca repercussão, com exceção da lei do inquilinato, seguros e promessa de compra e venda.⁵¹

As disposições contidas no Código Civil de 1916, caracterizado pelo voluntarismo e individualismo, não mais condiziam com a realidade do século XX. A nova realidade voltava-se para a presença do Estado na economia, para a valorização dos direitos fundamentais e para as modalidades de contratação em massa, como os contratos de adesão e os cativos de longa duração.

A socialização do direito civil via o contrato como um meio de alcançar a justiça, a equidade e a boa-fé nas relações contratuais. No entanto, teve pouca repercussão mesmo após

⁴⁸ LOBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 123.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 70.

⁵⁰ Ibid., p. 63.

⁵¹ Ibid., p. 165.

a Segunda Guerra Mundial.

Cumpra salientar que a crise contratual possibilitou o surgimento de novos contratos, o que acarretou um aumento significativo do número de contratos que eram firmados. Aproximou-se da equidade contratual, afastando, com isso, o voluntarismo.

Foi somente com o Código de Defesa do Consumidor que se visualizou o caminho para resolver a crise: o que era voltado exclusivamente a autonomia da vontade foi destinado para a equidade contratual.⁵²

A autonomia da vontade cedeu espaço para a nova realidade que se formara a partir da relação consumerista.

Com a massificação e o individualismo exacerbado surge uma crise sociológica chamada de pós-moderna. É o entendimento de Cláudia Lima Marques sobre o fenômeno da pós-modernidade:

[...] para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação, à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; e para outros é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebataador a influenciar o direito.⁵³

Acerca da crise pós-moderna, a autora aduz que o fenômeno aumentou a liberdade individual e por outro lado diminuiu o poder do racionalismo, da crítica, evolução histórica e da verdade. Trata-se de fenômeno que ocupa diversas ciências, inclusive o direito.⁵⁴

Pode-se dizer que a pós-modernidade é a fase posterior à industrialização, em que há uma pluralidade de fontes normativas, há uma desmaterialização. Cláudia Lima Marques define a pós-modernidade como a crise do Estado do bem-estar social.⁵⁵

Houve uma mudança de pensamento: o que era contrato bilateral e comutativo passou a ser contrato múltiplo. Nos contratos múltiplos, um mesmo lado da relação contratual possui diversas pessoas. É nesse contexto que os contratos de adesão e os contratos cativos de longa duração estão inseridos.

Insta ressaltar que cada bem tem certa relevância em determinada época e tal relevância altera de acordo com os anseios da sociedade à medida que ela evolui. Determinado bem tem uma relevância maior ou menor conforme a nova realidade imposta e às necessidades da sociedade.

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 166

⁵³ Ibid., p. 168-169.

⁵⁴ Ibid., p. 169.

⁵⁵ Ibid., p. 174.

Nessa senda, verifica-se a mudança quanto à relevância econômica dada a cada bem na idade média, na idade moderna e na idade pós-moderna. Na idade média, os bens economicamente relevantes eram os bens imóveis, na idade moderna era o bem móvel material, e hoje na idade pós-moderna, o bem móvel imaterial (software, etc.) ou o desmaterializado "fazer" dos serviços, da comunicação, do lazer, da segurança, da educação, da saúde, do crédito são valorizados.⁵⁶

Nesse contexto, os contratos tiveram que se readequar à nova realidade imposta caracterizada pela desvalorização do bem material e a valorização do bem móvel imaterial. A nova realidade abarcou contratos que tinham como objeto bens móveis imateriais.

Como característica da pós-modernidade menciona-se o pluralismo que se manifesta na multiplicidade de fontes legislativas que regulam o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão de sistemas.⁵⁷

Inicialmente, antes de adentrar à descodificação que influenciou a pós-modernidade é de suma importância abordar o tema da codificação e da recodificação.

Roberto de Ruggiero define o fenômeno da codificação como a “[...] redução à unidade orgânica de todas as normas vigentes em dado momento histórico da vida de um povo, mediante a publicação de corpos de direito ou códigos, que consubstanciam, [...] todo o direito de um Estado ou todos os ramos desse direito.” Com efeito, o autor menciona que é tão frequente na história da civilização que a codificação pode ser considerada uma lei natural de evolução jurídica.⁵⁸

Ante a esse fenômeno, Roberto de Ruggiero elenca as causas que levam à realização da codificação.

Várias e diversas são as causas que lhe costumam dar lugar: a necessidade de simplificar e ordenar as diferentes regras jurídicas dispersas em diversas leis e contidas em variados usos e costumes, dando assim certeza e estabilidade ao direito; a necessidade de reduzir à unidade e uniformidade as diversas legislações vigentes nas várias regiões do território de determinado Estado, principalmente quando isso se faça em seguida a um movimento de unificação política; ou ainda a necessidade de introduzir reformas radicais no novo estado de coisas de uma sociedade que tenha atravessado uma profunda evolução social. E desta forma são várias as causas que determinam a codificação.⁵⁹

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 180.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 175.

⁵⁸ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. p. 93.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 93.

A codificação, no campo do processo ideológico de concentração de normas, indica a inexistência de um Código anterior. As normas estão dispersas e são reunidas em um único corpo normativo.⁶⁰

Com isso, é possível inferir que a partir da codificação foi possível reunir todos os textos normativos dispersos a fim de compilar a ordem jurídica, possibilitando uma maior segurança jurídica. Insta ressaltar que a codificação possui vantagens e desvantagens.

Dentro desse contexto, Van Caenegem elenca três vantagens da codificação: a segurança jurídica, já que um Código abarca todo o direito; a clareza que diz respeito à capacidade de assegurar o conteúdo do direito e a unidade na escala de um Estado, reino ou império.⁶¹

No tocante à segurança jurídica, ressalta-se que existindo um único Código com as normas compiladas é ele que prevalece caso exista dúvida de entendimento; não há incoerência entre as normas.

No que concerne à clareza, a linguagem empregada deve ser acessível a todos. Afasta-se, com isso, a linguagem obscura e de difícil compreensão. E por fim, a terceira vantagem está atrelada à ideia de unidade, seja de um Estado, reino ou império.

Em contrapartida, a imobilidade é uma crítica feita ao fenômeno da codificação em razão do Código não ser modificado, o que não acompanha a realidade e os anseios da sociedade. O Código estaria defasado por não condizer com a realidade, tendo em vista que o direito evolui à medida que a sociedade evolui.

Nesse sentido, é oportuno o entendimento de Roberto de Ruggiero que traz dois aspectos da codificação: por um lado, se o Código não é modificado fica distante da realidade, e por outro lado, se há frequentes modificações corre-se o risco de perder a unidade lógica do Código, acarretando diversas contradições.⁶²

O congelamento do direito através da codificação gera contradições internas e tensões intoleráveis dentro da sociedade. Toda codificação coloca, portanto, um dilema: se o código não é modificado, perde todo o contato com a realidade, fica ultrapassado e impede o desenvolvimento social; mas, se os componentes do código são constantemente modificados, para adaptar-se às novas situações, o todo perde sua unidade lógica e começa a mostrar divergências crescentes e até mesmo contradições. Os perigos são reais, pois a experiência mostra que a compilação de um novo código é uma tarefa difícil que raramente alcança êxito.⁶³

⁶⁰ DELGADO, Mario Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 260.

⁶¹ VAN CAENEGEM, Raoul Charles. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Machado; revisão Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 13-14.

⁶² RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1. p. 94.

⁶³ VAN CAENEGEM, op. cit., p. 14.

Por conseguinte, é necessário distinguir a codificação da recodificação. A recodificação possui o mesmo aspecto de dispersão das normas presente no fenômeno de codificação. No entanto, nessas fontes normativas dispersas já existe um “Código”, ainda que envelhecido e ultrapassado pelo fato de várias leis novas terem sido editadas com o decorrer dos anos.⁶⁴

Na recodificação, diferentemente da codificação, existe uma referência a ser seguida, qual seja, o antigo Código. A partir dele constrói-se um novo Código que abrangerá as atualizações das normas que foram promulgadas no período da vigência do Código anterior.

Insta ressaltar que a recodificação é mais limitada do que a codificação original que traz uma inovação por inteiro do direito anterior. O movimento recodificador não tem como foco, necessariamente, a criação de um direito novo.⁶⁵

Dessa forma, cumpre salientar que a codificação tem uma abrangência maior no que tange à inovação do Código vez que se inova por inteiro. Em contrapartida, na recodificação faz-se um novo Código a partir das atualizações normativas, partindo do antigo Código já defasado.

Definidos os conceitos de codificação e recodificação, passa-se a tratar da descodificação que teve relevância na pós-modernidade.

Com a evolução da sociedade, impulsionada pelos avanços da tecnologia, o velho Código de 1916 foi perdendo espaço, para logo se tornar apenas mais um dos elementos a compor um ordenamento jurídico complexo, deixando de encarnar "o sistema", para se tornar apenas parte de um polissistema fragmentado por uma pluralidade de estatutos autônomos, conectados diretamente ao ente constitucional.⁶⁶

O Código não mais condizia com a realidade social. Dessa forma, foi necessário regulamentar situações que não estavam previstas no Código. Diante disso, foram criados diversos estatutos inseridos nos microssistemas.

É o caso da situação jurídica da mulher, em especial a mulher casada, que era considerada relativamente incapaz e essa situação perpassou décadas e só foi modificada com o Estatuto da Mulher casada a partir da Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962.⁶⁷

Com isso, diversos microssistemas surgiram a fim de regulamentar situações não previstas no texto codificado. Cria-se uma nova disciplina. Tais microssistemas começaram a

⁶⁴ DELGADO, Mario Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 260.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid., p. 229.

⁶⁷ Ibid., p. 230.

proliferar “[...] sob a forma de estatutos estanques, dando origem, por sua vez, a novos ramos jurídicos pretensamente autônomos”, conforme preleciona Mario Luiz Delgado.⁶⁸

Dentre esses microssistemas, menciona-se o direito do trabalho, direito agrário, direito societário, direito do consumidor e direito ambiental. Logo, conclui-se que com a descodificação voltaram-se as leis esparsas, as quais manifestavam a vontade de grupos e corporações. Insta ressaltar que cada microssistema possui seus princípios e suas regras de interpretação.

O Código de Defesa do Consumidor é fruto do processo de descodificação que está presente na pós-modernidade.

Nesse sentido, é oportuno o ensinamento de Mario Luiz Delgado que diz que após a Constituição de 1988 a grande vedete da legislação esparsa foi o Código de Defesa do Consumidor.⁶⁹

Ademais, ao lado do Código de Defesa do Consumidor, diversas normas fazem parte do microssistema de proteção ao consumidor, tais como o Decreto nº 2.181/97 que disciplina a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.656 que dispõe acerca do plano de saúde privado. Logo, é possível concluir que a descodificação é um fenômeno presente na pós-modernidade

Verifica-se, ainda, que na pós-modernidade foi dada importância à informação, à confiança depositada. É o que aponta Cláudia Lima Marques ao abordar o princípio da boa-fé objetiva.

[...] em tempos pós-modernos é necessária uma visão crítica do direito tradicional, é necessária uma reação da ciência do direito, impondo uma nova valorização dos princípios, dos valores de justiça e equidade, principalmente no direito civil, do princípio da boa-fé objetiva, como paradigma limitador da autonomia de vontade.⁷⁰

Nos dias atuais, o contrato é visto como um instrumento para a circulação de riquezas, mas também como um instrumento que visa proteger os direitos fundamentais, “[...] realizar os paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado.”⁷¹

⁶⁸ DELGADO, Mario Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 230.

⁶⁹ Ibid., p. 235.

⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 185.

⁷¹ Ibid., p. 180.

O contrato passou a ter cunho social em que se busca a tutela da confiança e o equilíbrio contratual. Os princípios clássicos do contrato, quais sejam, a autonomia da vontade, a liberdade contratual e a obrigatoriedade dos contratos dividiram espaço com novos princípios, dentre os quais, a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual.

Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.⁷²

Com relação ao contrato de adesão, que é um contrato característico do fenômeno da massificação, a boa-fé objetiva é um eficaz instrumento de proteção e equilíbrio contratual, de acordo com a lição de Gustavo Ordoqui Castilla:

*La buena fe del proponente debe quedar evidente no sólo en el contenido de las cláusulas sino en la claridad de la redacción y de visión de lo escrito [...]. Con el contrato de adhesión se debilita, por no decir, desaparece, tanto la libertad de contratación, pues en ocasiones no sólo no se participa de la posibilidad de negociar sino que existe necesidad o urgencia del producto o servicio lo que determina falta de libertad para no contratar.*⁷³

Na atual sociedade massificada e despersonalizada houve a revitalização do princípio da boa-fé objetiva, indispensável nas relações contratuais.

1.2 Interpretação das cláusulas contratuais

A lei e o contrato são considerados manifestações de vontade. No entanto, a lei decorre da vontade do legislador e o contrato advém da vontade das partes que o celebram e ambos, sendo atos de vontade, se exteriorizam por meio de palavras. Enquanto a lei disciplina uma conduta social, o contrato delimita o interesse dos contratantes. Além disso, a lei e o contrato

⁷² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 210.

⁷³ “A boa-fé do proponente deve ser evidente não só no conteúdo das cláusulas, mas na clareza da redação e na escrita [...]. Com o contrato de adesão se enfraquece por desaparecer, tanto a liberdade de contratação, porque às vezes não só não participa da possibilidade de negociar, mas há uma necessidade ou urgência de o produto ou serviço que determina a falta de liberdade de não contratar.” (ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. **Buena fe en los contratos**. Madrid: Reus, 2011. p. 70. Tradução nossa).

partem de uma situação jurídica nova, que exige interpretação e entendimentos devidos para o funcionamento de seus respectivos mecanismos.⁷⁴

É possível inferir que muitos Códigos abarcam regras de interpretação contratual. Ainda que não se possa reconhecer um valor absoluto das regras de interpretação contratual, a semelhança das regras de interpretação da lei pode auxiliar na compreensão das disposições contratuais.⁷⁵

Dessa forma, para que se obtenha o devido entendimento acerca das disposições contratuais, utiliza-se o que é comum das regras de interpretação da lei.

Serpa Lopes ao tratar sobre a interpretação dos contratos diz que “[...] interpretar o contrato é então o processo mediante o qual se determina o seu alcance e os seus efeitos. Investiga-se o seu verdadeiro conteúdo e faz-se a sua interpretação para reconstruir a vontade das partes, comum valor de lei entre elas.”⁷⁶

No âmbito da interpretação dos contratos, o Código Civil de 2002 trouxe alguns dispositivos que tratam de normas interpretativas, dentre os quais, o art. 112, 113, 114 e 423. Menciona-se, ainda, o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor que também trata de norma interpretativa.

O art. 112 dispõe que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem.⁷⁷ Diante disso, cabe ao intérprete verificar qual a intenção dos contratantes. O que tem relevância é a vontade do contratante e não aquilo que foi declarado. Deve-se buscar a intenção consubstanciada na declaração.

A interpretação do ato negocial situa-se na seara do conteúdo da declaração volitiva, pois o intérprete do sentido negocial não deve ater-se, unicamente, à exegese do negócio jurídico, ou seja, ao exame gramatical de seus termos, mas sim em fixar a vontade, procurando suas consequências jurídicas, indagando sua intenção, sem se vincular, estritamente, ao teor linguístico do ato negocial.⁷⁸

O art. 113 menciona que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.⁷⁹ O artigo em questão, especialmente, tem grande

⁷⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos**. 2. ed. rev e aum. Livraria Freitas Bastos, 1957. v. 3. p. 25.

⁷⁵ Ibid., p. 29.

⁷⁶ Ibid., p. 24-25.

⁷⁷ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015).

⁷⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código civil comentado**. Coordenação e comentários. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 110.

⁷⁹ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL, op. cit.).

relevância na pesquisa vez que trata de norma interpretativa que menciona a interpretação do negócio jurídico conforme a boa-fé, objeto de estudo.

De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva o princípio da boa-fé está ligado à interpretação do negócio jurídico que diz que a intenção da declaração da vontade deve prevalecer sobre a literalidade da linguagem e ao interesse social de segurança das relações jurídicas, vez que os contratantes devem agir com lealdade e de acordo com os usos do local em que se formou o negócio jurídico.⁸⁰

Em seguida, o art. 114 diz que os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se restritamente.⁸¹ Logo, o juiz não pode interpretar de forma ampla nem os negócios jurídicos e nem a renúncia, devendo limitar-se ao que foi delimitado pelos contratantes. É vedada a interpretação que vai além do que está disposto no texto.

No que diz respeito ao art. 423 do Código Civil e ao art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, ambos expressam que se deve adotar a interpretação mais favorável, seja ao aderente ou ao consumidor.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

O art. 423 do Código Civil diz que quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente.⁸²

Já o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de modo a favorecer o consumidor.⁸³

Os autores Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins afirmam que ao interpretar as cláusulas contratuais de modo mais favorável ao consumidor, anula-se ou tenta-se anular o desequilíbrio existente entre fornecedor e consumidor.⁸⁴

⁸⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código civil comentado**. Coordenação e comentários. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 111.

⁸¹ “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002, p.1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015).

⁸² Ibid. - “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

⁸³ “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015).

⁸⁴ ALVIM, Arruda et al. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 238.

1.3 O princípio da boa-fé e suas vertentes objetiva e subjetiva

Os princípios e as regras são espécies do gênero norma jurídica. Conforme menciona Ricardo Luis Lorenzetti, é importante esclarecer que tanto os princípios como as regras se referem ao âmbito do dever-ser e, portanto, são normas e o autor, os define como enunciados deontológicos no sentido indicado.⁸⁵

Dentro desse contexto, Ricardo Luis Lorenzetti apresenta critérios para distinguir princípio de regra. O primeiro critério apresentado é a generalidade: os princípios têm maior generalidade que as regras; o segundo critério é a origem, enquanto as regras são criadas, os princípios são desenvolvidos; o terceiro critério é a referência à ideia do Direito, sendo presente e explícita nos princípios e presente e implícita nas regras.⁸⁶

É imperioso destacar, conforme o ensinamento de Robert Alexy, que o que distingue decisivamente as regras dos princípios é que princípios são normas que impõe a realização de algo de modo que observe as possibilidades jurídicas e fáticas que existem. O autor menciona que os princípios são “mandamentos de otimização” que podem ser cumpridos em “graus variados” e que sua satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas.⁸⁷

Depreende-se, portanto, que os princípios são gerais, não delimitando apenas um caso e são desenvolvidos historicamente baseados em conveniência e oportunidade. Ademais, não há que se falar em derrogação de um princípio, vez que eles permanecem e se atualizam sempre. Insta ressaltar que o princípio determina que algo seja realizado, devendo ser cumprido.

Diante disso, infere-se que a boa-fé é um princípio que permeia os diversos ramos do ordenamento jurídico. A ideia de boa-fé tem raízes no direito romano e teve recepção no direito civil europeu, com destaque ao Código Civil francês de 1804, sendo a primeira codificação civil, e ao Código Civil alemão, segunda codificação civil no ano de 1896. Esses dois Códigos, sobretudo, marcaram o direito civil de diversos países, dentre os quais, o Brasil.

Trata-se de um princípio contratual que supera o individualismo advindo da autonomia da vontade. Valoriza-se a pessoa como ser humano inserido em uma sociedade justa e solidária, existindo uma reconstrução das relações contratuais.

⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 286.

⁸⁶ Ibid., p. 286.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

Cumprе salientar que a expressão “boa-fé” é muito abrangente, não existindo um conceito unívoco. Não há um conceito definido em virtude da extensão e nuances que a boa-fé aborda, não operando como um conceito comum. É o entendimento de Menezes Cordeiro, em sua obra detalhada e exaustiva.

Sendo uma criação do Direito, a boa-fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria nas páginas que seguem uma definição lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riquezas reais da noção. A boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio jurídica.⁸⁸

De certa forma, o instituto da boa-fé apresenta uma riqueza histórica, sendo inviável delimitar seu conceito, tendo em vista que isso poderia acarretar uma perda de detalhes de suas nuances dentro do ordenamento jurídico.

Importante ressaltar que a boa-fé está envolvida nos aspectos socioculturais de uma determinada época e lugar. Com isso, resta concluir que não é possível definir um conceito exato de boa-fé, vez que é analisada dentro do contexto sociocultural que está inserida. Dessa forma, a boa-fé apresenta diversas acepções de acordo com o contexto sociocultural que é inserida. Maria Helena Diniz elenca alguns dos diversos significados e sentidos dados à boa-fé no âmbito do Direito Civil.

BOA-FÉ. 1. *Direito civil*: a) Estado de espírito em que uma pessoa, ao praticar ato comissivo, está convicta de que age de conformidade com a lei; b) convicção errônea da existência de um direito ou da validade de um ato ou negócio jurídico. Trata-se da ignorância desculpável de um vício ou negócio ou da nulidade de um ato, o que vem a atenuar o rigor da lei, acomodando-se à situação e fazendo com que se deem soluções diferentes conforme a pessoa esteja ou aja de boa ou má-fé, considerando a boa-fé do sujeito, acrescida de outros elementos, como produtora de efeitos jurídicos na seara das obrigações, das coisas, no direito de família e até no direito das sucessões.; c) lealdade ou honestidade no comportamento, considerando-se os interesses alheios, e na celebração e execução dos negócios jurídicos; d) propósito de não prejudicar direitos alheios.⁸⁹

Procedendo-se a uma análise da evolução histórica, é possível constatar as diversas acepções da boa-fé ao longo do tempo nos diversos ordenamentos jurídicos. Visualiza-se um avanço do instituto, permeado de valores éticos.

⁸⁸ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 18.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 469-470.

Com o escopo de visualizar os contornos da boa-fé faz-se uso da fonte histórica, que é um meio eficaz para compreender a trajetória do instituto. Destaca-se, inicialmente, o direito romano que teve papel fundamental para a devida compreensão da atual acepção da boa-fé.

Sob uma nova ótica no que tange às relações intersubjetivas obrigacionais tem-se a mudança de paradigma da boa-fé subjetiva, até então predominante no Código Civil de 1916, para a boa-fé objetiva presente no Código Civil de 2002, a qual é princípio fundante da relação contratual.⁹⁰

É importante que fique evidenciada a dicotomia existente entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva e nesse sentido, ensina Fernando Noronha:

A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio.⁹¹

E para realçar o exposto, Moreira Alves traça um paralelo entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva, que se apresenta como fato psicológico, em que se levam em conta valores éticos – e esse valor ético se revela mais claramente nela –, atua predominantemente no campo das relações reais e possessórias [...] ao passo que a boa-fé objetiva, que situa no terreno das relações obrigacionais e do negócio jurídico em geral, se caracteriza como regra de reta conduta do homem de bem no entendimento de uma sociedade em certo momento histórico, não se fundando, pois, na vontade das partes.⁹²

A boa-fé subjetiva parte de um estado de consciência do agente que acredita agir conforme os preceitos do ordenamento jurídico. Nesse sentido é oportuno o entendimento de Menezes Cordeiro que diz que “[...] a boa-fé traduz um estado de ignorância desculpável, no

⁹⁰ A autora contribui de forma efetiva para a construção do conceito de boa-fé e demonstra que a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo de desenvolvimento da personalidade humana. (NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 281-282).

⁹¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 132.

⁹² ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. Roma e América. *Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Roma, v. 7, p. 192, 1999.

sentido de que, o sujeito, tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos pelo caso, ignora determinadas eventualidades.”⁹³

Atualmente, a boa-fé subjetiva é tratada em matéria de direitos reais e casamento putativo, sendo que o indivíduo acredita que está atuando em conformidade com o direito. Maria Helena Diniz, em sua obra “Dicionário Jurídico” traz a definição da boa-fé subjetiva, apontando diversos autores.

BOA-FÉ SUBJETIVA. Direito civil. 1. É a que se liga a um convencimento individual de estar agindo conforme a lei (Judith Martins-Costa). 2. Dá-se quando a pessoa acredita ser titular de um direito que, na realidade, não tem, por existir na aparência (Fernando Noronha). 3. Falsa impressão de um dos contratantes sobre o objeto, as partes ou caracteres gerais do negócio jurídico (Fernando H.G.Zimmermann).⁹⁴

No mesmo sentido, é o entendimento de Luis Díez-Picazo:

*La buena fe es considerada como “ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho”. Al acto, que es objetivamente irregular; pero realizado por una persona con la convicción de que su comportamiento era regular y permitido, se le da un trato más benévolo. Ocorre así cuando los códigos hablan del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, o con materiales ajenos creyendo que son propios; del vendedor que es de buena fe cuando ignora los defectos ocultos que tiene la cosa vendida, y en otros muchos casos semejantes.”*⁹⁵

Como bem aponta Judith Martins-Costa a expressão boa-fé subjetiva denota “[...] estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito.” A autora enfatiza que se diz boa-fé subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.⁹⁶

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a

⁹³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 516.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 470.

⁹⁵ “A boa-fé é considerada como “ignorância da lesão que é causada em um interesse de outra pessoa que está protegida pela lei”. O ato, que é objetivamente irregular, mas por uma pessoa com convicção de que seu comportamento foi regular e permitido, é dado um tratamento mais leniente. Ocorre então quando os códigos tratam daquele que edifica, semeia ou planta em terreno alheio, com materiais alheios acreditando que são próprios; o vendedor que é de boa-fé quando ignora os defeitos ocultos que tem na coisa vendida e em muitos outros casos semelhantes.” (DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Introducción teoría del contrato. 6. ed. Pamplona: Civitas, 2007. v. 1. p. 60. Tradução nossa).

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente).⁹⁷

Em contraposição à ideia de boa-fé subjetiva tem-se a boa-fé objetiva, a qual prevê um comportamento ético exercido por ambos os contratantes. Trata-se de uma exigência de lealdade na relação contratual.

Diez-Picazo define a boa-fé objetiva como “[...] *un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante.*”⁹⁸

A boa-fé objetiva traduz-se no comportamento leal, ético e transparente desempenhado por ambos os contratantes desde as tratativas iniciais até a fase pós-contratual.

Diferentemente da boa-fé subjetiva em que o indivíduo acredita atuar corretamente e em conformidade com a lei, sendo um estado de consciência, a boa-fé objetiva exige que as partes atuem com lisura e honestidade na realização do negócio jurídico.

BOA-FÉ OBJETIVA. Direito civil. 1. Modelo de conduta social ao qual cada pessoa deve ajustar-se para agir com probidade (Judith Martins-Costa). 2. Dever de agir conforme certos padrões socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade (Fernando Noronha). 3. Regra de comportamento que deve ser observada pelos contratantes, no que atina à lisura de uma parte para com a outra e à honestidade das declarações dos contratantes. Há violação ao princípio da boa-fé objetiva se uma das partes faltar com o dever de lealdade ao contratar, não satisfazendo o que a outra espera (Fernando H.G.Zimmermann).⁹⁹

Antonio Junqueira Azevedo destaca que a incidência da boa-fé não significa que se deve exigir uma conduta altruísta e desinteressada por parte dos contratantes. Segundo ele, isso seria “jusromantismo”. Cada contratante atua em vista de seus interesses pessoais, visando a maximizar seus ganhos, mas sem quebra das normas legais, da boa-fé e da função social.¹⁰⁰

Ressalta-se, com isso, que os contratantes devem aliar a defesa de seus interesses pessoais com uma postura ética, de lisura e transparência na relação jurídica a fim de não infringir as normas da boa-fé objetiva.

Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser precedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. Mas é, incontrovertidamente, regra de caráter marcadamente

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

⁹⁸ “Um padrão de conduta arranjado com os imperativos éticos aplicáveis de acordo com a consciência social dominante.” (DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. 1. p. 398. Tradução nossa).

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 470.

¹⁰⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130.

técnico-jurídico, porque enseja a solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos a cada ordenamento, à vista das suas particulares circunstâncias.¹⁰¹

Conforme ensina Antonio Junqueira Azevedo, há uma tensão entre uma lógica de mercado que se funda apenas na atuação egoísta dos indivíduos e uma lógica da sociabilidade humana. O princípio da boa-fé é que auxilia na composição dessa tensão. De acordo com o autor, isso acarreta um bom funcionamento do próprio mercado e aduz:

A boa-fé não requer que um contratante esteja compromissado com os objetivos do outro contratante; no entanto, ao perseguir os seus interesses pessoais, o contratante deverá fazê-lo de forma leal, abstendo-se da prática de atos que impeçam o co-contratante de alcançar as vantagens que o programa contratual, mutualmente estabelecido, lhe confere. Agir com lealdade na relação contratual significa, essencialmente – do ponto de vista positivo – colaborar para que o co-contratante tenha a satisfação que o adimplemento do contrato traz.¹⁰²

O princípio da boa-fé objetiva reflete um valor ético pautado pela lealdade e pela confiança. Trata-se de um dever de conduta contratual a ser seguido e não meramente um estado psicológico evidenciado na pessoa do contratante relacionado ao estado de crença ou ignorância dele, como é o caso da boa-fé subjetiva.¹⁰³

Na lição de Cláudia Lima Marques, a boa-fé objetiva é uma atuação “refletida”, em que se pensa no parceiro contratual, o respeitando e respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos. Trata-se de uma atuação com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva. Há cooperação a fim de cumprir o que foi firmado entre as partes e para satisfazer seus interesses.¹⁰⁴

Insta ressaltar o caráter subsidiário da boa-fé objetiva. Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão menciona que deve ser reconhecido esse caráter vez que só se imputa à boa-fé uma solução que não tiver por título uma específica fonte normativa. Busca-se, com isso, evitar um excessivo “[...] empolamento da boa-fé e privilegiar quanto possível a dispersão das situações típicas em institutos mais concretos.”¹⁰⁵

Cita-se a tendência expansionista da boa-fé objetiva ao fazer-se presente em vários ramos do Direito, particularmente no direito privado. Em sua vertente objetiva, objeto da

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 412-413.

¹⁰² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130-131.

¹⁰³ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 411.

¹⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 181-182.

¹⁰⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 149.

análise empreendida, a boa-fé implica no comportamento de lealdade e confiança a ser seguido por ambas as partes.

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

Com efeito, a boa-fé objetiva tem um aspecto solidarista e de consciência ética. A noção de boa-fé está ligada ao valor ético e às ideias de lealdade, justa expectativa e lisura, que são fundamentais para a existência da ética nos contratos.

A boa-fé desenvolveu-se à medida que ocorreram mudanças na sociedade, especialmente, com o surgimento da contratação em massa e em razão da necessidade de tutelar os interesses daqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade.

Frise-se que foi a partir da década de 1949 que os doutrinadores responsáveis por elaborar projetos de reformulação da legislação do direito pátrio propuseram a inserção de menção expressa da boa-fé objetiva. Dessa forma, as iniciativas de retomar o princípio da boa-fé objetiva podem ser constatadas no anteprojeto de Código das Obrigações de 1941, no projeto de Código das Obrigações de 1965 e no Anteprojeto de Código Civil de 1972.¹⁰⁶

No tocante à codificação do direito civil pátrio, é no Esboço de Teixeira de Freitas (1855) que se percebe a presença do princípio da boa-fé objetiva pela primeira vez.¹⁰⁷

Depois de feitos os devidos apontamentos acerca da distinção da boa-fé subjetiva e da boa-fé objetiva é imperioso destacar que as duas modalidades não se encontram em posições antagônicas e tão distantes quanto se parece. Na realidade, a vertente objetiva e subjetiva são faces de uma mesma moeda. É o que ensina Moreira Alves:

[...] a boa-fé subjetiva não se exaure como fato psicológico, porquanto nela também, como convicção de não ofender direito alheio, ou como ignorância dessa ofensa, se levam em consideração os valores morais da honestidade e da retidão; e, de outra parte, por vezes, a boa-fé objetiva se vincula a um elemento psicológico.¹⁰⁸

Isso significa que na seara da boa-fé subjetiva não se leva em consideração apenas o fator psicológico, a crença do agente e sua ignorância. É importante ressaltar que ainda que imprescindível o fator psicológico, a convicção de não ofender direito alheio ou a ignorância da ofensa atenta-se para os preceitos de lealdade e lisura, característicos da boa-fé objetiva.

¹⁰⁶ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 583, 2004.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. Roma e America. Diritto Romano Comune. **Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, v. 7, p. 193, 1999.

Da mesma forma a boa-fé objetiva não se encontra totalmente desvinculada do elemento psicológico. É o caso do vício redibitório em que uma pessoa vende um bem móvel para outra sem saber que estava defeituoso. O vendedor tem o dever de avisar o comprador de todas as especificações do bem, o que se insere na esfera da boa-fé objetiva. Entretanto, quem vendeu não deixa de ter boa-fé em razão de ignorar o defeito presente no bem.

1.4 Funções da boa-fé objetiva

Para fins de compreensão da efetividade da boa-fé no Direito Civil é necessário analisar a tripartição do instituto nas seguintes funções: hermenêutica-integrativa, restritiva de Direitos Subjetivos (controle) e extensiva de deveres jurídicos. Tais funções estão previstas em três dispositivos do Código Civil, quais sejam, o art.113, 187 e 422, respectivamente.

1.4.1 Função hermenêutica-integrativa

A função interpretativa da boa-fé é um referencial para o juiz, que deve buscar a tutela da confiança quando da análise do contrato. A fim de alcançar o adimplemento contratual, os contratantes atuam conforme os preceitos da lealdade e da honestidade.

O Código Civil de 2002 abordou a boa-fé objetiva em seu art. 113 como um cânone hermenêutico-integrativo que dispõe que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”¹⁰⁹

Conforme preleciona Judith Martins-Costa, para a plena realização desta técnica hermenêutica prevista no art. 113 do Código Civil de 2002, existem passos essenciais que se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, o juiz deve analisá-las em seu “conjunto significativo”, ou seja, partindo-se do complexo de direitos e deveres postos com o escopo de alcançar alguma finalidade. Ademais, igualmente, para a formação deste “conjunto significativo” levam-se em consideração as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual vistas como um todo.¹¹⁰

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 430.

Insta ressaltar que, por vezes, não há disposição expressa de como as partes devem comportar-se para que o contrato possa ser cumprido devidamente e produza seus efeitos. Dessa forma, conforme o ensinamento de Judith Martins-Costa:

[...] a boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto.¹¹¹

Verifica-se que na aplicação da boa-fé objetiva não ocorre o fenômeno da subsunção em que há o devido enquadramento do fato à norma. Cumpre salientar que o conceito de boa-fé deve ser preenchido com valores. Diante disso, infere-se que o conceito da boa-fé é compreendido a partir da interpretação do juiz.

A boa-fé, como critério hermenêutico, impõe ao juiz o dever de tutelar a confiança e de proteger as expectativas dos contratantes, objetivando, com isso, garantir a finalidade econômica e social do contrato quando deparar-se com lacunas na lei.

No tocante à discussão se a boa-fé implica ou não em discricionariedade, Judith Martins-Costa afirma que a boa-fé não implica *discricionariedade* vez que essa só se configura quando o caso é solucionado a partir de critérios de oportunidade, que são específicos do aplicador. Dessa forma, a discricionariedade não é judicialmente controlável. Ao contrário, “[...] a solução da boa-fé está sujeita ao sistema normal de recursos, dentro do pressuposto que há apenas uma solução objetivamente correta.”¹¹²

Diante da existência de lacunas, há a incidência da boa-fé vez que existem situações que não foram previstas pelos contratantes ao firmarem o contrato e que, por vezes, não foram expressamente redigidas nas cláusulas contratuais.

De acordo com o ensinamento de José de Oliveira Ascensão, a boa-fé constitui um modelo uma vez que para a sua correta aplicação o juiz “[...] não pode prescindir da articulação coordenada de outras normas integrantes do ordenamento, compondo-as numa unidade lógica de sentido.”¹¹³

A interpretação das cláusulas contratuais deve buscar o sentido que mais coaduna com a honestidade e a lealdade estabelecida entre as partes. Afastam-se, com isso, as interpretações que tendem a prejudicar a parte que atua conforme os ditames da lisura e honestidade.

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 429.

¹¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 150.

¹¹³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 198.

Através da função interpretativa da boa-fé, o juiz privilegia a confiança que é estabelecida entre as partes da relação contratual. O juiz interpreta as cláusulas contratuais de modo a observar qual a conduta realizada por cada parte envolvida na relação contratual.

Ao observar o comportamento das partes, o juiz avalia se houve afronta aos preceitos da boa-fé, se existem cláusulas abusivas que acarretam vantagens desproporcionais para uma das partes ou se há cláusulas imprecisas e de difícil compreensão.

1.4.2 Função restritiva de Direitos Subjetivos (controle)

A função restritiva de Direitos Subjetivos busca limitar as condutas que ferem o direito quando exercido de forma desleal, frustrando as expectativas criadas na outra parte da relação obrigacional. Dessa forma, é possível inferir que há uma redução na autonomia de ambos os contratantes.

É inadmissível que as partes atuem sem lealdade, probidade ou lisura. O contrato somente alcançará seus fins econômicos e sociais se os contratantes desempenharem um comportamento leal um para com o outro.

Conforme preceitua Anderson Schreiber, a função restritiva de Direitos Subjetivos é uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo ao vedar comportamentos que apesar de serem legal ou contratualmente assegurados, não se conformam aos *standarts* impostos pela cláusula geral.¹¹⁴

Dessa forma, busca-se evitar o exercício de direitos que sejam contrários aos preceitos de confiança e honestidade que devem permear as relações jurídicas. Nesse sentido, a boa-fé passa a ter cunho negativo, de que ainda que o comportamento seja assegurado não é permitido por não estar em consonância com a boa-fé objetiva.

A função restritiva de direitos subjetivos está inserida no art. 187 do Código Civil que dispõe: “[...] 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.”¹¹⁵

A boa-fé objetiva, por fim, implica na limitação de direitos subjetivos. Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive

¹¹⁴ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 58.

¹¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

de direitos formativos. Por essa razão é alargadíssimo esse campo funcional, abrangendo, por exemplo, relações com a teoria do abuso do direito, como a *exceptio doli*, a inelegabilidade de nulidades formais, a vedação a direitos por carência de seu exercício em certo tempo para além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência etc.¹¹⁶

A boa-fé, ao implicar na limitação de Direitos Subjetivos, ressalta serem inadmissíveis as condutas contrárias à boa-fé. A *teoria de los actos propios*, desenvolvida por Alejandro Borda, decorre da boa-fé e menciona que é inadmissível o comportamento em contradição com aquele anteriormente realizado.

Tal teoria apresenta a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). O *venire contra factum proprium* diz respeito à vedação do comportamento contraditório, sendo que não pode haver contradição em relação ao comportamento inicialmente realizado.

Para configurar o *venire contra factum proprium* é necessário um comportamento contraditório, diverso daquele anteriormente realizado. A conduta inicial que desperta a expectativa é o *factum proprium* e o *venire* é a contradição. A legítima expectativa é a relação entre *factum proprium* e o *venire*. Ademais, é necessária a ocorrência de um dano, efetivo ou potencial.

O que ocorre é que o primeiro comportamento é contrariado pelo segundo comportamento ocasionando a quebra da expectativa e a ocorrência de um dano efetivo ou potencial à contraparte que efetivamente confiou.

Veda-se o comportamento contraditório, sendo que as partes devem atuar conforme os preceitos da boa-fé objetiva, dentre os quais, a lealdade, honestidade, transparência e cooperação.

A deslealdade refletida diante de um comportamento contraditório é afastada pelo direito com respaldo no princípio da boa-fé objetiva, o qual vislumbra a ética, a lealdade e a coerência desde as tratativas iniciais até a fase pós-contratual.

A boa-fé objetiva é um instrumento hábil que delimita o abuso do direito. Dessa forma, caso não exista lealdade quando do exercício de um direito subjetivo, o ato é abusivo e considerado ilícito.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 454.

1.4.3 Função de norma criadora de deveres jurídicos (integradora)

A função integradora da boa-fé diz respeito aos deveres que devem ser cumpridos pelas partes. Além das obrigações oriundas do contrato, os contratantes devem observar determinados deveres, que independem da manifestação de sua vontade. Tais deveres não são taxativos, podendo ser citados o dever de cooperação, informação, cuidado, esclarecimento, segredo e etc.

A função de norma criadora de deveres jurídicos está disposta no art. 422 ao mencionar que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”¹¹⁷

Como fonte criadora de deveres anexos à prestação principal, a boa-fé impõe aos contratantes deveres a serem cumpridos, os quais não estão presentes nas obrigações contratuais.

Os deveres anexos, também chamados de acessórios, instrumentais ou tutelares, não dependem da vontade das partes, sendo variáveis conforme o caso concreto.

Os deveres devem ser observados a fim de manter a lisura, transparência e honestidade nas relações contratuais. Criam-se para as partes deveres que não necessariamente estão expressos no contrato. Destinam-se a ambos os contratantes com o escopo de assegurar a proteção dos interesses mútuos.

Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, a boa-fé tem dois níveis: o primeiro, negativo e elementar, diz respeito a não agir com má-fé, e o segundo nível, positivo, de cooperação. Para o autor, o segundo nível da boa-fé inclui diversos deveres positivos, como o de informar e manter informado o parceiro. E prossegue dizendo que a exigência maior ou menor da boa-fé, no segundo nível no tocante aos deveres, é variável conforme o tipo de contrato. O autor menciona que inicialmente a exigência é maior nos “contratos existenciais” do que nos “contratos empresariais e profissionais.” Dentre os contratos existenciais, o autor cita o contrato de consumo, de trabalho, de locação residencial, o da compra da casa própria e de maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana.¹¹⁸

Dessa forma, é possível inferir que os deveres positivos da boa-fé são deveres que permeiam o negócio jurídico e são inerentes a ambos os contratantes que deverão atuar com

¹¹⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹¹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99-100.

retidão. Ademais, a maior ou menor incidência da boa-fé varia conforme o tipo de contrato. A boa-fé far-se-á mais presente em contratos ligados à existência da pessoa humana.

Cumprido ressaltar que pelo fato do contrato de plano de saúde ser considerado um contrato existencial, haverá maior incidência da boa-fé objetiva.

Dentre os deveres que decorrem da boa-fé cita-se o dever de sigilo, que diz respeito às partes guardarem determinado segredo; o dever de informação, em que os contratantes são informados acerca dos deveres e obrigações decorrentes do contrato, evitando contradições e dúvidas; o dever de cuidado, em que se deve atentar para a conservação de determinado bem, evitando sua deterioração; o dever de proteção que impõe aos contratantes uma atuação diligente e cuidadosa no âmbito da relação contratual.

De acordo com a classificação de Judith Martins-Costa, os deveres oriundos de uma relação contratual são divididos em três categorias: os deveres principais, os deveres secundários e deveres instrumentais (laterais, de proteção, de conduta, de tutela). De acordo com a autora, os deveres principais são decorrentes da própria relação obrigacional, por exemplo, um contrato de locação em que o locador tem o dever de ceder temporariamente o bem e o locatário tem o dever de satisfazer a obrigação, com o devido pagamento do imóvel locado. Cita-se ainda, um contrato de compra e venda em que o vendedor tem o dever de entregar o bem ao comprador bem como esse tem o dever de efetuar o pagamento do bem vendido.¹¹⁹

Os deveres secundários subdividem-se em deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal e deveres secundários com prestação autônoma. Os deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal dizem respeito aos atos preparatórios que garantem o efetivo cumprimento da obrigação principal. Já os deveres secundários com prestação autônoma são aqueles que sucedem a obrigação principal.¹²⁰

Cita-se como dever secundário meramente acessório da obrigação principal a conservação do bem pelo vendedor, evitando sua deterioração, a fim de que o bem seja entregue ao comprador em perfeitas condições. É o que ocorre no transporte de animais em que o vendedor tem que ser cuidadoso e zeloso para que os animais possam ser entregues devidamente ao comprador.

Ademais, cita-se como exemplo de um dever secundário com prestação autônoma o dever de indenizar quando a obrigação principal não tiver sido cumprida devido à realização de um comportamento culposos.

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 438.

¹²⁰ Ibid.

E por fim, Judith Martins-Costa cita os *deveres instrumentais* ou *laterais*, ou *deveres acessórios de conduta*, *deveres de conduta*, *deveres de proteção* ou *deveres de tutela*. A autora afirma que tais deveres se referem “ao exato processamento da relação obrigacional”, ou seja, a satisfazer os interesses globais envolvidos, com observância de uma mesma finalidade, “constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente.”¹²¹

O Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, menciona que a violação de deveres anexos trata-se de espécie de inadimplemento, havendo culpa ou não. O Enunciado prevê: “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.”¹²²

Dessa forma, a violação dos deveres anexos acarreta inadimplemento contratual e não se discute a existência de culpa. A doutrina denomina a violação dos deveres anexos como “violação positiva do contrato” ou “adimplemento ruim”.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL - ALEGAÇÃO DE CULPA DA PARTE CONTRATANTE - NÃO COMPROVADA - ART. 373, II, DO CPC - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - DEVERES ANEXOS DE INFORMAÇÃO, COOPERAÇÃO E CONFIANÇA - VIOLAÇÃO - SITUAÇÃO CONFLITUOSA - DANO MORAL CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO. As relações contratuais são regidas pelo princípio da boa-fé objetiva, que impõe aos contratantes deveres anexos ou laterais de conduta, dentre os quais se destacam: dever de cuidado, dever de respeito, dever de informação, dever de agir conforme a confiança depositada, dever de lealdade e probidade, dever de cooperação, dentre outros. Nos termos do art. 373, II, do CPC, incumbe ao réu o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito da autora. O ilícito contratual que desencadeia situação conflituosa, marcada por manipulação e sonegação de informações à parte contratante, induzindo-a a erro e gerando considerável tempo de angústia, ultrapassa a fronteira do mero aborrecimento e repercute na esfera íntima/moral da pessoa, causando-lhe dano moral indenizável. A indenização por danos morais deve ser arbitrada observando-se os critérios punitivo e compensatório da reparação, sem perder de vista a vedação ao enriquecimento sem causa e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.196722-0/002, Relator(a): Des.(a) Mônica Libânio, 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/08/2016, publicação da súmula em 12/08/2016).¹²³

A boa-fé como fonte criadora de deveres jurídicos abrange: 1) a fase contratual propriamente dita, em que são inseridas a execução e a conclusão do contrato; 2) a fase pré-

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 440.

¹²² CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em: 11 dez. 2015. p. 38.

¹²³ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 11 set. 2016.

contratual (*culpa in contrahendo*); 3) a fase pós-contratual (*culpa post pactum finitum*).

O descumprimento dos deveres anexos na fase pré-contratual ou na fase pós-contratual gera responsabilidade civil pelos eventuais danos causados.

A teoria da *culpa in contrahendo*, desenvolvida por Rudolph von Jhering, permitiu que fosse aplicada a responsabilidade pré-contratual que se justifica pela legítima expectativa e confiança depositada. Verifica-se a responsabilidade civil por danos decorrentes de atos ou omissões incidentes antes da celebração do contrato.

A indenização, nesse caso, caracteriza-se pelo dano causado em virtude da expectativa criada na parte contrária de que o negócio seria realizado. Trata-se da boa-fé objetiva incidente na fase de formação do negócio jurídico.

Ressalta-se que a responsabilidade pré-contratual difere da responsabilidade pelo descumprimento do contrato preliminar vez que na fase pré-contratual ainda não existe o contrato.

No entanto, se o descumprimento dos deveres ocorrer durante a fase contratual poderá acarretar a rescisão ou a resolução do contrato. Cumpre salientar que também poderá ser declarada a nulidade ou a ineficácia da cláusula contratual e nesse caso, o contrato será mantido, devendo ser assumidos os eventuais danos causados pelo descumprimento.

Os deveres anexos direcionam os contratantes a atuarem com lealdade e honestidade, buscando concretizar as expectativas criadas, sem frustrá-las, assegurando com isso, a segurança jurídica.

1.4.3.1 Dever de informação

O dever de informação impõe às partes a obrigação de esclarecer as particularidades oriundas da relação contratual e da obrigação contraída. É imprescindível que a parte tenha ciência das informações necessárias do produto ou do serviço para que possa decidir se irá ou não aderir ao contrato.

De acordo com Cláudia Lima Marques, o dever de informação é um dever que é visto já na fase pré-contratual, na fase das tratativas entre o consumidor e o fornecedor, quando, por exemplo, o consumidor escolhe o modelo de carro que tem interesse em comprar. Todavia, para a autora, em razão da complexidade das prestações de serviços atuais, o dever de informar se destaca na fase de execução do contrato. Afirma, ainda, que é na fase de execução que o dever

de informar torna-se essencial para uma relação harmônica entre consumidor e fornecedor e também na fase pós-contratual em razão dos riscos que são descobertos depois.¹²⁴

Conforme ensina Ricardo Luis Lorenzetti, a informação é “[...] um requisito da liberdade, já que o indivíduo é sempre livre, e não pode exercê-la amplamente se não conhece as opções que tem.”¹²⁵

O dever de informar deve ser cumprido em razão da boa-fé objetiva. O julgado abaixo demonstra a aplicação do dever de informar presente no Código de Defesa do Consumidor em que o fornecedor deve informar o consumidor das características, componentes e riscos advindos do produto ou serviço.

CONSUMIDOR. COMPRA DE ELETRÔNICO. GARANTIA ESTENDIDA EMBUTIDA NO PREÇO. ABUSIVIDADE. DEVER DE INFORMAÇÃO. FALHA DO FORNECEDOR. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. MEROS ABORRECIMENTOS. **O Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor a adoção de um dever de conduta, ou de comportamento positivo, de informar o consumidor a respeito das características, componentes e riscos inerentes ao produto ou serviço.** Demonstrada a cobrança embutida de prêmio de garantia estendida e bilhete de sorteio, sem a clara e prévia informação à consumidora, deve ser reconhecida a abusividade da conduta, a ensejar a restituição em dobro da quantia indevidamente auferida. A venda casada não enseja qualquer ofensa ao direito da personalidade, bem como, não acarreta repercussão no mundo exterior, limitando-se a ensejar meros aborrecimentos. VV.: A prática abusiva do fornecedor, de compelir a contratação de um serviço, embutido no preço final, sem manifestação de vontade do consumidor, é capaz de ensejar dano a acervo personalíssimo, sendo devido o arbitramento da correspondente indenização, com a dupla finalidade de compensar a dor moral sofrida e repelir a prática reconhecidamente abusiva. (TJMG. Apelação Cível 1.0699.14.007044-1/001, Relator (a): Des.(a) Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, julgamento em 13/08/2015, publicação da súmula em 21/08/2015).¹²⁶

O dever de informar faz-se presente, principalmente nas relações de consumo, sendo que o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê em diversos dispositivos a necessidade de informar a parte a respeito do produto ou serviço, dentre os quais, cita-se o art. 31¹²⁷ e o art. 46.¹²⁸

¹²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 223-224.

¹²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 49.

¹²⁶ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹²⁷ “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.” (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015).

¹²⁸ Ibid. - “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

O fornecedor tem o dever de informar as especificações e riscos do produto ou serviço e ainda, deve fornecer informações acerca do contrato que o consumidor ficará adstrito. O consumidor fica ciente do teor das cláusulas contratuais que irá aderir e das obrigações a que ficará sujeito.

Para que possa realizar a escolha do produto ou serviço, é indispensável que o consumidor conheça o conteúdo das cláusulas presentes no contrato. Ademais, as cláusulas contratuais devem ser redigidas de forma clara e de fácil compreensão.

No tocante ao contrato de plano de saúde, objeto de estudo da pesquisa em questão, ressalta-se que o dever de informar atribuído à operadora está disposto expressamente no art. 16, parágrafo único da Lei nº 9.656/1998.

Art.16. Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inc. I e o § 1.º do art. 1.º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.¹²⁹

Da mesma forma, os beneficiários do plano de saúde devem atuar conforme os preceitos da boa-fé objetiva, informando se alguma doença os acomete. O dever de informação tem grande relevância nos contratos de plano de saúde, vez que tutela a confiança, evitando que as expectativas depositadas em ambas as partes sejam frustradas.

O contrato é ato jurídico bilateral que exige o consentimento. Sendo ato voluntário, necessita de intenção, discernimento e liberdade. Logo, aquele que não pode discernir, não pode dar um consentimento válido. Com isso, conclui-se que o dever de informação colide com a capacidade de discernimento de uma das partes, melhorando-a para que possa consentir.¹³⁰

A doutrina estrangeira elenca dois tipos de deveres de informação, quais sejam, o dever de conselho ou aconselhamento e o dever de esclarecimento simples.¹³¹

Como bem aponta Menezes Cordeiro o dever de esclarecimento obriga as partes a informarem-se mutuamente acerca dos aspectos que dizem respeito ao vínculo, das ocorrências que com o vínculo tenha ligação e ainda, os efeitos que possam decorrer da execução contratual. O autor menciona que o dever de esclarecimento tem grande incidência

¹²⁹ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015.

¹³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 238.

¹³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 228.

nos contratos de prestação de serviços médicos e cita um caso de uma mulher que vai ao médico em decorrência de um abscesso no peito. Foi realizada uma intervenção médica e após ter passado o efeito da anestesia a paciente percebeu que havia sido praticada a mastectomia total da mama. Após o exame microscópico foi revelado que o tumor era benigno. Além da perda do órgão, a mastectomia acarreta efeitos secundários danosos como a diminuição da funcionalidade do braço. O médico alegou ter observado todas as técnicas e que os antecedentes familiares da família da paciente constataavam a probabilidade de ser câncer de mama e que para salvar a vida da paciente, foi necessário operá-la imediatamente. O médico foi condenado por não esclarecer para a paciente antes da cirurgia as possíveis consequências que poderiam acarretar em razão da intervenção médica.¹³²

Dessa forma, o dever de esclarecimento é um tipo de dever de informação que permeia a relação contratual a fim de que as partes tenham ciência de todos os aspectos oriundos da relação obrigacional, sanando qualquer dúvida que porventura venha a existir na execução da obrigação contratual.

Corroborando com o mesmo entendimento, Judith Martins-Costa cita o dever de aviso e esclarecimento e destaca o dever do advogado de apresentar ao cliente quais as melhores possibilidades de cada via judicial para a defesa de seus interesses; o do consultor financeiro de esclarecer os riscos que a contraparte está sujeita; o do médico de avisar o paciente sobre os custos e os benefícios de um tratamento ou sobre os efeitos colaterais que determinado medicamento pode causar.¹³³

1.4.3.2 Dever de cooperação (lealdade)

O dever de cooperação diz respeito ao auxílio mútuo das partes para solucionar as situações decorrentes da relação obrigacional. Os contratantes devem colaborar a fim de não criar obstáculo, empecilho ou dificuldade para que seja obtido o devido cumprimento da obrigação contratual.

Trata-se do dever de colaborar na execução do contrato, de acordo com o preceito da boa-fé objetiva. Nas palavras de Cláudia Lima Marques, “[...] cooperar é agir com lealdade e não obstruir ou impedir.”¹³⁴

¹³² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 605.

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 439.

¹³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 233.

Corroborando com o mesmo entendimento, Menezes Cordeiro afirma que “Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes, na pendência contratual, a absterem-se de comportamento que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por ela consignado.”¹³⁵

Fazem-se dois apontamentos acerca do dever de cooperação: o primeiro é o dever cumprido de forma passiva pelo fornecedor de modo que seja fiel às finalidades contratuais e às expectativas criadas no consumidor; o segundo é o dever cumprido de forma ativa pelo fornecedor, quando está obrigado a cumprir com suas obrigações.¹³⁶

O dever de cooperação quando cumprido de forma passiva pelo fornecedor se enquadra na hipótese em que o consumidor tenta cumprir suas obrigações, mas tem dificuldade em cumpri-las tendo em vista que o fornecedor cria empecilhos.

Cita-se o consumidor que pretende adimplir sua obrigação e o fornecedor cria dificuldades e situações de tempo e lugar que impedem que o consumidor cumpra sua obrigação. Nesse caso, há clara violação ao dever de cooperação.

Por outro lado, há também o dever de cooperação quando cumprido de forma ativa pelo fornecedor. Nessa situação, quem é obrigado a cumprir determinada obrigação é o próprio fornecedor.

O fornecedor deve cooperar para o devido cumprimento de sua obrigação. É o caso de um fornecedor que deve entregar determinado produto e não o faz, dificultando com isso, o direito do consumidor.

Da mesma forma, o consumidor também deve atuar de acordo com a lealdade e cooperar para que a obrigação seja cumprida, evitando criar obstáculos.

De acordo com Cláudia Lima Marques, o dever de cooperação (dever de lealdade) também incide quando da elaboração dos contratos, que na relação consumerista é realizada de forma unilateral pelo fornecedor. A autora afirma que o fornecedor, por meio do contrato de adesão, pode fazer contratação em massa, mas assevera que as cláusulas devem ser redigidas de forma clara e precisa e as cláusulas que limitam ou excluem direitos do consumidor devem ser destacadas.¹³⁷

O Enunciado 169, redigido na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, aduz que “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o

¹³⁵ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 606.

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 233-235.

¹³⁷ Ibid., p. 236.

agravamento do próprio prejuízo.”¹³⁸ Referido Enunciado insere-se no dever de cooperação que pugna pela adoção de um comportamento positivo a fim de diminuir os eventuais prejuízos.

1.4.3.3 Dever de cuidado

O dever de cuidado faz-se presente no cumprimento do contrato com o objetivo de proteger a parte contrária de eventuais danos à sua integridade e ao seu patrimônio. Ao tratar da integridade, abrange-se a integridade física e moral.

A obrigação de segurança decorre do dever de cuidado. É o caso do contrato de transporte do passageiro e de sua bagagem em que a bagagem é transportada por um meio técnico, seja carro, táxi, avião ou ônibus com a devida segurança e o transportador deve cuidar para que nenhum dano seja causado ao passageiro e à sua bagagem.¹³⁹

Cumprir ressaltar que os deveres anexos não são taxativos. Foram mencionados os deveres com maior aplicabilidade. Existem diversos deveres que são aplicados conforme a exigência do caso concreto, como o dever de omissão e de segredo que diz respeito ao dever de manter sigilo e descrição acerca de informações que teve acesso em virtude de um contrato ou de uma negociação.

1.5 A boa-fé no direito contratual

A fim de compreender a evolução da boa-fé no ordenamento jurídico é necessário realizar um esboço histórico desde o Direito romano até os dias atuais, evidenciando a mudança de paradigma da boa-fé subjetiva para a boa-fé objetiva, verificando sua evolução e suas vertentes nos diversos ordenamentos jurídicos.

1.6 Direito romano

O Direito romano tem grande importância para os povos, tendo sua distinção quanto à aplicação e ao modo de utilizá-lo. É o que aduz Pietro Cogliolo: “[...] *l'importanza del diritto*

¹³⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/view>>. Acesso em: 12 dez. 2015. p. 5.

¹³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 2.

dei romani per quello dei moderni popoli latini e germanici è conosciuta da tutti, e le dispute sono solamente in riguardo alla misura di servirsene e del modo di applicarlo.”¹⁴⁰

A tradição romanista é a que mais se assemelha com o instituto atual da boa-fé, ainda que permeada de ambivalência e indeterminação.

A noção de boa-fé no direito provém do mundo romano, registrando já a Lei das Doze Tábuas a norma segundo a qual *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*.¹⁴¹

O estudo da boa-fé no Direito romano é um procedimento árduo e dificultoso quando se busca identificar as suas origens, principalmente nos períodos arcaico e pré-clássico, onde foram definidos os conceitos formais básicos.¹⁴²

A dificuldade está em torno da falta de documentação histórica, na impossibilidade de reconstruir o ambiente sociocultural preciso, onde os escassos elementos existentes devem ser integrados, para ganhar uma força expressiva plena e a persistência de uma tradição pós-clássica e romanística dotada de um dinamismo autônomo, tornam especulativo muito do esforço desenvolvido pelo jurista historiador.¹⁴³

A boa-fé, relevante no campo obrigacional, tem raízes no direito romano a partir da *fides* romana, apresentando-se implicações de ordem religiosa, moral ou ética. Diversos são os significados dados à *fides* que variam conforme as influências filosóficas recebidas pelos juristas romanos e consoante o campo do direito onde instalada.¹⁴⁴

Francesco Calasso define *fides* como a base do que foi acordado entre as partes, como uma aliança inviolável entre Deus e o homem.¹⁴⁵

A *fides* tinha como fundamento o dever de cumprir a palavra que valia para todos os homens, sem nenhuma distinção de nacionalidade e que estava sob proteção divina.¹⁴⁶

¹⁴⁰ A importância do Direito romano aos povos latino e germânico modernos é conhecida por todos, e as disputas são apenas em relação ao grau de usá-lo e como aplicá-lo. (COGLIOLO, Pietro. **L'evoluzione del diritto privato**. Torino: Libreria Fratelli Bocca, 1855. p. 28).

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 111.

¹⁴² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 53.

¹⁴³ Ibid., p. 53.

¹⁴⁴ MARTINS-COSTA, loc. cit.

¹⁴⁵ “*Fides è il fondamento di quello che tra le parti è stato convenuto, inviolabile come il patto tra Dio e l'uomo*”. (CALASSO, Francesco. **Il negozio giuridico: lezioni di storia del diritto italiano**. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967. p. 188).

¹⁴⁶ KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 50.

Corroborando com esse entendimento, Moreira Alves aduz que no Direito romano, a *fides* significa lealdade, honestidade (ela é *Treu* – lealdade -, e não *Glaube* – crença), sendo, portanto, um conceito ético.¹⁴⁷

A doutrina romanística apresenta nítida discrepância em razão das diversas tentativas de tradução da “*fides*”.¹⁴⁸ A *fides* foi considerada uma ideia central, com multiplicidade de matizes: do pensamento político, jurídico e social romano, constituindo um dos valores mais genuínos e operantes para o homem romano.¹⁴⁹

No Direito romano arcaico, antes do surgimento da boa-fé (*bona fides*), existia a *fides*, que decorria da deusa que tinha o mesmo nome. Tratava-se da característica de uma pessoa, a qual atuava de forma confiável, sendo que a palavra empenhada era passível de confiança.

A deusa *Fides* era invocada na celebração de negócios entre cidadãos e entre cidadãos e peregrinos, velando pelo bom cumprimento dos negócios a fim de proteger quem os cumprisse e castigasse os faltosos. A deusa era reconhecida pelos cidadãos romanos e pelos peregrinos.¹⁵⁰

Quando havia a infringência da *fides*, o que era bom e probó (*bonus et probus*) tornava-se mal e improbo (*malus et improbus*). Considerado mal e improbo não poderia mais praticar um negócio.

De acordo com Menezes Cordeiro, a *fides* romana, é base linguística e conceitual da boa-fé.¹⁵¹

A análise da boa-fé tem início com a *fides* primitiva, que, segundo Menezes Cordeiro se apresentava sob três aspectos: a *fides-sacra*, a *fides-facto* e a *fides-ética*. Em cada aspecto, a *fides* assumia um sentido diverso, seja religioso, moral ou ético.

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

¹⁴⁷ ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. Roma e America. Diritto Romano Comune. **Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, v. 7, p. 190, 1999.

¹⁴⁸ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 590, 2004.

¹⁴⁹ Ibid., p. 588.

¹⁵⁰ Ibid., p. 591-592.

¹⁵¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1284.

Simplemente, desde o momento em que a garantia expressa pela *fides* passou a residir na qualidade de uma pessoa, teria ganho uma coloração moral.¹⁵²

De acordo com Flávio Rubinstein a *fides* apresenta diversos prismas semânticos que devem ser analisados de forma complementar, vez que interagem entre si. Referidos prismas semânticos baseiam-se em elementos históricos, que revelam aspectos relacionados à vida romana, quais sejam: a) à religião; b) ao poder; e c) à manutenção da palavra dada.¹⁵³

A concepção religiosa da *fides* teria se desenvolvido em duas linhas: nas relações internacionais entre Estados e entre cidadãos de Estados distintos (*fides publica*, *fides populi Romani*) e nas relações privadas.¹⁵⁴

O aspecto da *fides* como poder relacionava-se com a proteção ao mais fraco e a noção de poder decorre da existência de um indivíduo mais forte. Nesse aspecto cita-se a *fides* do tutor, a *fides* do juiz e a *fides* do patrono. O pupilo, os litigantes e o cliente estavam submetidos ao poder dos sujeitos mencionados, respectivamente.¹⁵⁵

O terceiro prisma semântico da *fides* está vinculado à lealdade da palavra dada. A exigência em manter a palavra dada pode ser compreendida como a necessidade de respeitar vínculos ou promessas, vez que está na base dos juramentos e das estipulações da vida romana.¹⁵⁶

A *fides* representava um vínculo de garantia que pressupunha a necessidade de manter a palavra dada, com níveis de representação sacros e, mais tarde, éticos e morais.¹⁵⁷

A *fides* fez-se presente nas relações internas e nas relações externas no período romano. No tocante às relações internas, essas se realizavam dentro da cidade com as pessoas que nela habitavam.

Dentre as diversas relações jurídicas marcadas pela *fides* no plano interno, menciona-se a clientela, tutela, curatela, adoção e fidúcia. Como ponto comum a referidos institutos aponta-se que ambos são atos de homens livres que renunciam sua liberdade, em maior ou menor grau.¹⁵⁸

Conforme preleciona Menezes Cordeiro, a clientela identificava-se como um tipo de estratificação social que fazia uma graduação entre o cidadão livre totalmente *sui iuris* e o

¹⁵² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 55-56.

¹⁵³ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 591, 2004.

¹⁵⁴ Ibid., p. 593.

¹⁵⁵ Ibid., p. 594.

¹⁵⁶ Ibid., p. 597.

¹⁵⁷ Ibid., p. 599.

¹⁵⁸ Ibid., p. 600.

escravo. Existiam pessoas que estavam sujeitas a determinados deveres de lealdade e obediência perante outras e em troca, lhes era garantida proteção.¹⁵⁹

Nas relações de clientela, existiam duas figuras distintas: o cidadão livre, chamado de patrício e o cliente. O *cliens* tinha o dever de lealdade e obediência e em troca lhe era dado proteção pelo cidadão.

Em regra, as leis romanas protegiam apenas o *civil Romanus*, não incluindo o estrangeiro. O estrangeiro encontrava-se desamparado em caso de guerra vez que era visto como inimigo. Os não cidadãos, cuja nação não estivesse em guerra com Roma eram reconhecidos pelos romanos como livres. Se caso o estrangeiro se colocasse como hóspede sob proteção do Estado romano ou de um romano teria um maior amparo, como o *cliens*. O patrono era obrigado à fidelidade que devia ao *cliens* como direito sacral.¹⁶⁰

No que concerne à *fides* faz-se duas diferenciações: a *fides* como poder e a *fides* como promessa. No campo interno da cidade, as aplicações da *fides* vinculavam-se com uma *fides*-poder. Menezes Cordeiro ensina que a *fides*-poder é a “tradução duma discricionariedade travada pelos *mores*, que evolui para a virtude do mais forte.”¹⁶¹ Vinculava-se à figura do patrão, que exercia poder de direção.

Já a *fides* como promessa, segundo Menezes Cordeiro, é a “imagem de um ato de garantia perante uma submissão pessoal, que desemboca na adstrição da palavra dada.”¹⁶² A *fides*-promessa está ligada a ideia do respeito à palavra dada.

Pode ser apontada a presença marcante de dois aspectos semânticos da referida noção: a ***fides* como poder** - identificada com a posição jurídica do patrão, caracterizada, dentre outros, por poderes de direção - e a ***fides* como manutenção da palavra dada**, constatada na análise da ação pela qual um indivíduo era recebido na fides de outro, com raízes na anterior escravatura, advindo da possibilidade de aceder à situação de *cliens* na sequência de alforria ou pela *capitis deminutio*.¹⁶³

No campo das relações externas estabelecidas entre Roma e outras regiões povoadas também existia a *fides*.

A *fides* no plano externo apresentava características do aspecto da lealdade à palavra, fazendo-se presente em diversas situações, dentre as quais, a celebração de pactos de proteção

¹⁵⁹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p.59.

¹⁶⁰ KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 100.

¹⁶¹ CORDEIRO, op. cit., p. 64.

¹⁶² Ibid., p. 67.

¹⁶³ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 601-602, 2004. (grifo nosso).

mútua e cumprimento dos tratados internacionais.¹⁶⁴

A manifestação nas relações exteriores é traduzida pelo poder hegemônico de Roma. Menciona-se o tratado entre Roma e Cartago que fez menção à *fides*.

Segundo o tratado, cada uma das partes contraentes prometia sobre a própria fé a assistência ao cidadão da outra cidade para a proteção dos interesses nascidos dos negócios privados.¹⁶⁵

O tratado celebrado entre Roma e Cartago, no rescaldo da primeira guerra púnica, dizia que os cidadãos de cada uma das partes teriam proteção nos negócios no setor de influência da outra parte, sendo essa proteção assegurada pela fé pública.¹⁶⁶

Tanto o campo das relações internas como o campo das relações externas estavam vinculados à realidade vivida por Roma.

No setor interno, a ordem social aperfeiçoa-se, libertando-se das arestas primitivas e acabando por bipolarizar a estrutura social em *cives* e escravos. Entre *cives*, impôs-se o Direito Civil, fundado na igualdade e liberdade dos sujeitos e que, num combate sem tréguas contra rituais, vai encontrando, a nível abstrato, a fundamentação das soluções que propõe; perante os escravos, nenhuma *fides*, sacra, moral ou outra, intercedia. A *fides* evoluiu para a entrega da confiança, perdendo conteúdo efetivo. No setor externo, lançaram-se os fundamentos de um grande império, cuja expansão não admitia limites que não os advenientes das suas possibilidades. A *fides* traduz o poder discricionário do Estado imperial.¹⁶⁷

Em sequência à *fides*, houve o surgimento da *fides bona* e posteriormente a *bona fides*. De acordo com Menezes Cordeiro, a *fides bona* tem a seguinte acepção: *fides* está ligado a poder, confiança, garantia e respeito, tendo uma “áurea mística” e *bona* trata do “sentimento axiologicamente positivo a seguir.”¹⁶⁸

Conforme menciona Flávio Rubinstein, apesar de existir divergência doutrinária quanto à diferenciação da *fides bona* e da *bona fides*, parece certo afirmar tratam de expressões equivalentes, que reportariam ao mesmo significado. A expressão *fides bona* é utilizada no âmbito dos *bonae fidei iudicia*, como cláusula formular (*oportet ex fide bona*), critério segundo o qual o juiz deve julgar a relação jurídica concreta. Já a expressão *bona fides*

¹⁶⁴ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 606, 2004.

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A *boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 113.

¹⁶⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 64.

¹⁶⁷ Ibid., p. 68.

¹⁶⁸ Ibid., p. 101.

é utilizada para retratar a noção de boa-fé. As duas expressões, no entanto, referem ao aspecto objetivo da boa-fé.¹⁶⁹

A *fides* em separado seria inviável para que a justiça fosse concretizada. Surge com isso, a expressão *bona fides* que estabelecia que a palavra dada além de ser cumprida e honrada, deveria também ser justa, ao passo que deveriam ser aplicados valores ao caso concreto por aquele que dizia o direito, ou seja, pelo aplicador da lei.

Há notória proximidade entre a *fides* e a *bona fides*. A *bona fides* é o produto de um processo evolutivo, vez que se caracteriza como uma norma de conteúdo certo e a *fides* era tão somente uma noção jurídica inicial.¹⁷⁰

A *bona fides* era um critério normativo de comportamento, que permeou as relações obrigacionais romanas, possibilitando valorá-las objetivamente através da atuação judicial.¹⁷¹

[...] a *bona fides* pode ser compreendida como um princípio normativo de justiça contratual, que visaria a tutelar o equilíbrio contratual, garantindo a igualdade das posições dos contraentes, por meio da atuação judicial. Tratar-se-ia de um critério do grau de tolerabilidade da estrutura do equilíbrio da prestação como vontade das partes, um vetor de integração necessário ao conteúdo do contrato.¹⁷²

A *bona fides* era utilizada como critério de valoração das circunstâncias do caso concreto, impondo às partes da relação jurídica diversos deveres que se baseavam no padrão de comportamento de lealdade e retidão que se espera do homem médio romano.¹⁷³

Dessa forma, os deveres deveriam ser cumpridos por ambas as partes como forma de respeito àquilo que foi assumido e prometido. As partes tinham o dever de atuar com retidão, lealdade e honestidade, reportando aos preceitos da *fides*, no que tange ao respeito à palavra dada.

Conclui-se que a boa-fé surgiu a partir da ideia da *fides* romana, até chegar à *bona fides*. Enquanto a *fides* refletia a ideia de confiança, a *bona fides* apresentava-se como uma regra de conduta. Essa transição operou-se pela via processual, por meio dos *bonae fidei iudicia* (ações de boa-fé).

En los iudicia fidei, la intentio contenía siempre un incertum. Pero el libre arbitrio del juez era ampliado aún más por un aditamento puesto en la fórmula: quidquid dare facere oportet "ex fide bona". Con esta adición, se ordenaba al juez la determinación de la prestación a realizar por el demandado, según las exigencias de la buena fe; no debía, por lo tanto, concretarse a examinar escuetamente la cuestión

¹⁶⁹ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 618, 2004.

¹⁷⁰ Ibid., p. 619.

¹⁷¹ Ibid., p. 617.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid., p. 649.

*a la luz del derecho estricto, sino que su misión se extendía a la investigación de las características individuales del caso.*¹⁷⁴

Os *bonae fidei iudicia* eram ações legitimadas nas obrigações constituídas sem forma. Tais ações destinavam-se a proteger mutuamente ambos os contratantes e o magistrado buscava uma solução para o litígio de forma que não estava vinculado ao rigor formal romano.

Pode-se encontrar nos juízos de boa-fé (*bonae fidei iudicia*) as principais aplicações da *bona fides*.¹⁷⁵

Os *bonae fidei iudicia*, considerado como um grupo das mais importantes relações obrigacionais, não tinha exigibilidade baseada na lei e sim na boa-fé. Dentre as ações judiciais de boa-fé elencam-se a compra e venda, a locação, o arrendamento com contrato de serviço e de obra e a gestão de negócios.¹⁷⁶

As ações judiciais de boa-fé decorreram da necessidade de tutelar a segurança jurídica e de garantir que os compromissos assumidos fossem cumpridos.

Os negócios não formais do dia a dia, sendo aqueles considerados segundo a *bona fides*, concediam mais liberdade ao juiz. Em tais negócios, a interpretação não era dificultada pela norma.

A partir disso, é possível inferir que a boa-fé se constituiu como uma ampliação da margem decisória do juiz, sendo possível no julgamento do caso concreto uma análise que fugisse da letra fria da lei.

Com efeito, há vários pontos de contato entre os *iudicia bonae fidei* e a chamada cláusula geral ou princípio da boa-fé. Além da pertinência de ambas as figuras ao campo obrigacional, nota-se que tanto no direito romano como no direito atual a conformação da boa-fé objetiva se dá através de uma delegação de poderes ao juiz.¹⁷⁷

No período romano houve a mudança do formalismo contratual para o consensualismo, sendo que a confiança e a lealdade tiveram grande relevância nos acordos

¹⁷⁴ “Na *fidei iudicia*, a intenção sempre continha um *incertum*. O livre arbítrio do juiz foi posteriormente ampliado por uma adição colocado na fórmula: *quidquid dare oportet facere ex bona fide*.” Com esta adição, o juiz ordena a determinação da prestação a ser feita pelo réu, de acordo com a exigência de boa-fé; não deve, portanto, examinar brevemente a questão à luz da lei estrita, mas sua missão foi estendida para a investigação das características individuais de cada caso.” (JORS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. **Derecho privado romano**. Tradução de L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 237-238. Tradução nossa).

¹⁷⁵ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 622, 2004.

¹⁷⁶ KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 37.

¹⁷⁷ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 40.

firmados. A relação jurídica obrigacional passou a fundar-se na boa-fé entre os contratantes, ao invés do rigor formal.

1.7 Direito estrangeiro¹⁷⁸

O Código Civil francês é fruto da primeira codificação civil da era moderna. Referido diploma legal foi responsável por impulsionar uma onda de codificações em diversos países, chamados de códigos napoleônicos ou códigos da tradição francesa. Dentre os quais, menciona-se o Código Civil italiano de 1865, o Código Civil português de 1867, o Código bolivariano de 1845 e o Código da Costa Rica de 1841.¹⁷⁹

Depois do Digesto, em 532, o acontecimento jurídico mais marcante foi o aparecimento do Código Napoleão, em 1804. A referência a ambas essas datas tem um sentido formal: o Digesto é a cristalização, em certos moldes, do Direito romano; o Código Napoleão é o formar, também em parâmetro determinados, do Direito Europeu anterior.¹⁸⁰

O *Code* foi promulgado em 21 de março de 1804 e a partir de 1807 ficou conhecido como Código de Napoleão. O pensamento do período vinculava-se a uma ideologia liberal e individualista.

O Código Civil francês inaugurou uma nova ordem social e jurídica na França. Houve o rompimento com o antigo regime, afastando do feudalismo, permitindo, com isso, uma sociedade mais igualitária. No entanto, ainda que tenha ocorrido a mudança do regime político, muitas técnicas mantiveram-se.

Dessa forma, o *Code* apresentava disposições daquilo que vigorava, ou seja, da lei antiga, a exemplo das disposições provenientes do Direito romano e do Direito consuetudinário. O Código Civil francês inovou ao separar a Igreja do Direito Civil (estado, casamento), sendo que a omissão da religião no Código Civil é marco histórico.

On trouve dans le C.C une matière venue de l'Ancien Droit, toute une masse de dispositions empruntées au droit romain ou aux coutumes. Il y a toujours, dans un droit civil, des habitudes et des techniques qui ne se réinventent pas chaque fois qu'une nation change de regime politique. Mais il faut voir d'où vient le soufflé, l'esprit qui anime la matière: c'est de la Revolution. Le C.C tient de là les traits essentiels de son idéologie. A) Négativement, la laïcité: Le Code de 1804 a été le premier à séparer de l'Eglise de droit civil (état civil, mariage). Nous sommes blasés

¹⁷⁸ A pesquisa do direito estrangeiro tem o objetivo de analisar de forma breve as origens do instituto da boa-fé.

¹⁷⁹ DELGADO, Mario Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

¹⁸⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 43.

*aujourd'hui, mais l'omission de la religion dans le C.C a eu une portée révolutionnaire. B) Positivement, l'individualisme. Expression civiliste de la Déclaration des Droits de 1789, le C.C. apparaît comme une triple exaltation de l'égalité, de la liberté, de la spiritualité de l'homme.*¹⁸¹

De acordo com Valencia Arturo Zea, não houve o rompimento drástico com a tradição representada pelo Direito romano e pelo antigo Direito consuetudinário; soube acolher as principais conquistas da Revolução Francesa.¹⁸²

*Las principales ideas de la Revolución tuvieron oportuna acogida: igualdad de todos ante la ley, supresión de las clases sociales, inviolabilidad de la persona humana, emancipación de las duras cargas que gravitaban sobre las tierras en el antiguo régimen, secularización del derecho mediante el establecimiento de una separación neta entre las creencias religiosas y la reglamentación legal.*¹⁸³

Frise-se que o Código Civil de 1804 abarcou as principais conquistas da Revolução Francesa, dentre as quais, a igualdade perante a lei, o fim das classes sociais, a inviolabilidade da pessoa humana, a secularização da lei mediante o estabelecimento de uma separação entre a religião e a regulamentação da lei.

Em relação aos contratos, o princípio consensualístico e da autonomia privada fizeram-se presentes. A autonomia privada era limitada apenas pela lei, pela ordem pública e pelos bons costumes, conforme o disposto no art. 1.133: *“La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.”*¹⁸⁴

O Código Civil francês vigente manteve a mesma redação do art.1.133 disposta no Código de 1804. O art. 1.133 encontra-se no título III *“Des contrats ou des obligations conventionnelles en general”*, no capítulo II *“Des conditions essentielles pour la validité des con-*

¹⁸¹ “Encontra-se no Código Civil matéria proveniente de lei antiga, com diversas disposições provenientes do direito romano ou consuetudinário. Há sempre, em um direito civil, hábitos e técnicas que não se reinventam quando uma nação muda de regime político. Mas temos de ver aonde vem o sopro, o espírito da questão: é a Revolução. O C.C tira as características essenciais da sua ideologia. A) negativamente, o secularismo: o código de 1804 foi o primeiro a separar Igreja do Direito Civil (estado civil, casamento). Sabemos isso hoje, mas a omissão da religião no C.C teve um impacto revolucionário. B) positivamente, o individualismo. Expressão civil da Declaração de Direitos de 1789, o C.C aparece como uma exaltação tripla de igualdade, liberdade, espiritualidade do homem.” (CARBONNIER, Jean. **Droit civil. Introduction. Les Personnes**. Paris: Presses Universitaires de France, 1955. v.1. p. 65-66. Tradução nossa).

¹⁸² *“Sin romper violentamente con la tradición representada por el derecho romano y el antiguo derecho consuetudinario, supo recoger las principales conquistas de la Revolución.”* (VALENCIA ZEA, Arturo. **Derecho civil**. 10. ed. Bogotá: Temis, 1989. t. 1. p. 64).

¹⁸³ Ibid., tradução nossa - “As principais ideias da Revolução tiveram oportuna recepção: igualdade perante a lei, abolição das classes sociais, inviolabilidade da pessoa humana, a emancipação das acusações duras que gravitavam sobre as terras sob o antigo regime, secularização da lei mediante o estabelecimento de uma separação entre as crenças religiosas e a regulamentação legal.”

¹⁸⁴ FRANCE. Code Civil. **Journal Officiel de la République Française**, Paris, 2016. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=D883A3CCAB90F311287DDF75CFC8C10D.tpdila23v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150239&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160726>. Acesso em: 20 jun. 2016.

ventions” e na seção 4 “*De la cause*” do atual Código Civil.

O princípio geral do *pacta sunt servanda*, enunciado por Grotius em 1600, foi disposto no art. 1.134 do Código Napoleônico que diz que “as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram” (“*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”).¹⁸⁵

O Código Civil francês (*Code*) previu a boa-fé em seu art. 1134, que trata atualmente da boa-fé objetiva. O que foi convencionado entre as partes deve ser executado de boa-fé, sendo que é reforçada a obrigatoriedade da convenção de forma livre. A boa-fé no Direito francês é vista como um princípio em expansão.

Art. 1134. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*¹⁸⁶

O Código Civil francês vigente também manteve a mesma redação do art.1.134 disposta no Código de 1804. O art. 1.134 está inserido no título III “*Des contrats ou des obligations conventionnelles en general*”, no capítulo III “*De l'effet des obligations*” e na seção 1 “*Dispositions générales*”.

Ainda que a boa-fé tenha sido prevista expressamente como sendo fundamental para a contratação e a execução das negociações, o dispositivo não foi utilizado exaustivamente em virtude dos ideais da época, os quais giravam em torno de ideias liberalistas da autonomia da vontade.

A autonomia da vontade, do ponto de vista filosófico, origina-se da concepção laica do direito: do ponto de vista econômico, liga-se ao liberalismo do “*laissez faire, laissez passer*”; parte da ideia de ser o indivíduo o melhor defensor de seu próprio interesse. Esta concepção teve preponderância no século XIX. **Consagrou-a o Código Civil francês e mínimas foram as restrições a esse princípio geral por ele criadas.**¹⁸⁷

Inversamente do que se esperava, a boa-fé foi instrumento para a consolidação da autonomia da vontade, confirmando o *pacta sunt servanda*. Soma-se a isso o receio da

¹⁸⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 50, n. 198, p. 71-72, abr/jun. 2013.

¹⁸⁶ FRANCE. Code Civil. **Journal Officiel de la République Française**, Paris, 2016. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D883A3CCAB90F311287DDF75CFC8C10D.tpdila23v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150239&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160726>. Acesso em: 20 jun. 2016.

¹⁸⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 3. p. 20. (grifo nosso).

aplicação do instituto arbitrariamente pelos juízes, retomando o que acontecia no Antigo Regime.

Menciona-se, ainda, o art. 550 do Código Civil francês que dispõe que “*le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d’un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d’être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus*” (O possuidor está de boa-fé quando ele possui como proprietário, em virtude de um título translativo de propriedade que ele ignora os vícios. Ele deixa de estar de boa-fé no momento que esses vícios são conhecidos por ele).¹⁸⁸

Na lição de Marcel Planiol, a boa-fé do possuidor consiste em ignorar o vício que tem impedido de tornar-se proprietário, sendo que a boa-fé pode resultar de um erro de direito ou de fato. Nessa senda, fica caracterizada a boa-fé subjetiva no art. 550 do Código Civil francês, em que se evidencia um estado de consciência ao acreditar ser o verdadeiro proprietário.

*La bonne foi du possesseur consiste à ignorer le vice qui l’a empêché de devenir propriétaire ou qui rend fragile son titre d’acquisition: il a cru que son auteur était propriétaire et capable d’aliéner; que le testament qui l’a institué légataire était valable, etc. La bonne foi peut résulter d’une erreur de droit aussi bien que d’une erreur de fait; la loi ne distingue pas. Ainsi le possesseur sera de bonne foi s’il a cru recevoir valablement par une donation dénuée de formes.*¹⁸⁹

Insta ressaltar que a boa-fé presente no *Code* esteve ligada ao aspecto subjetivo no campo obrigacional, que diz respeito ao plano interior do indivíduo, conforme disposto no art. 550. Entretanto, o art. 1134 evidencia o aspecto objetivo da boa-fé em que se exige que as execuções legalmente formadas devem ser executadas de boa-fé, ou seja, conformes os preceitos de lealdade e honestidade.

O Código Civil Francês, que é do início do século XIX, tem um conceito puramente psicológico de boa-fé na posse. É o que se encontra em seu art. 550, que preceitua: <O possuidor está de boa-fé quando possui como proprietário, em virtude de um título translativo de propriedade cujos vícios ignora>. Ao lado dela se encontra na parte final do artigo 1134 a aplicação da boa-fé no terreno contratual com sentido diverso: <Elas (as convenções) devem ser executadas de boa-fé>. Há, pois, uma dualidade de significados. A que ocorre na posse caracteriza, segundo o artigo 550,

¹⁸⁸ FRANCE. Code Civil. **Journal Officiel de la République Française**, Paris, 2016. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D883A3CCAB90F311287DDF75CFC8C10D.tpdila23v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150239&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160726>. Acesso em: 20 jun. 2016.

¹⁸⁹ A boa-fé do possuidor consiste em ignorar o vício que tem impedido de tornar-se proprietário ou o que torna frágil a aquisição do título aquisitivo: ele acreditava que era o proprietário e capaz de se desfazer; que o testamento que instituía o herdeiro era válido, etc. A boa-fé pode resultar de um erro de direito, bem como um erro de fato; a lei não distingue. E o possuidor será de boa-fé se ele acreditava validamente receber uma doação desprovida de formas. (PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1908. t. 1. p. 738).

por uma crença errônea, ao passo que a referida na parte final do artigo 1134 trouxe grave problema de entendimento do seu alcance desde a entrada em vigor desse Código, sendo que ainda em tempos mais próximos há controvérsia.¹⁹⁰

Posteriormente ao Código Civil francês, a boa-fé ressurgiu com o Código Civil alemão no final do século XIX.

Conforme aponta Mário Luíz Delgado, o Código Civil alemão é fruto da Segunda Codificação e inspirou vários outros Códigos, como o Código Civil brasileiro de 1916, o Código Civil português de 1966 e o Código Civil japonês. O autor denomina tais códigos de códigos germânicos ou códigos da tradição alemã.¹⁹¹

O autor afirma que o BGB é considerado mais progressivo que o *Code* e serviu de modelo para os países que ainda não tinham elaborado o seu código civil, retirando a exclusividade paradigmática do modelo francês.¹⁹²

Dessa forma, o BGB foi fonte de inspiração para diversos países, dentre os quais, o Brasil e foi um novo modelo a ser seguido, afastando a hegemonia do modelo francês, fruto da Primeira Codificação, que até então era utilizado por aqueles países que ainda não tinham um Código Civil.

Insta ressaltar que ao final da Idade Média, o Direito romano juntamente com o Direito canônico e feudal eram o direito vigente na Alemanha. É o que preleciona Lehmann:

*[...] hacia finales de la Edad Media se aplicó en Alemania como Derecho vigente el Derecho romano (junto con el canónico y el lombardo feudal) – se trata de la denominada recepción -. Esto aconteció lentamente a través de la actividad judicial; en la composición de los Tribunales iban siendo substituídos los jueces legos por técnicos.*¹⁹³

Na Idade Média o Direito alemão apresentou uma diversidade legislativa, sendo que o Direito romano foi utilizado de forma subsidiária.

El Derecho romano solamente tuvo validez subsidiaria. Subsistió, pues, la diversidad legislativa, característica del Derecho Alemán de la Edad Media. Pronto se inició un movimiento contrario, que trató, por un lado, de adaptar el Derecho romano a las peculiaridades alemanas, y se esforzó de otra parte por conservar o

¹⁹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. Roma e America. Diritto Romano Comune. **Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, v. 7, p. 189. 1999.

¹⁹¹ DELGADO, Mario Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 79.

¹⁹² Ibid., p. 79.

¹⁹³ Perto do final da Idade Média se aplicou na Alemanha o direito romano como direito vigente (junto com o canônico e o feudal) - é a chamado recepção -. Isso aconteceu lentamente através da atividade judicial; na composição dos cortes que foram sendo substituídas por juízes leigos técnicos. (LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil**: parte general. Traducción por Jose M^a Navas. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956. v. 1. p. 23).

*dar nueva validez y reconocimiento a los puntos de vista alemanes. El Derecho romano fué evolucionando principalmente por el cauce consuetudinario a través en materia de Derecho privado. El Derecho alemán se mantuvo en los Derechos particulares, que subsistieron y conservaron su predominio sobre el Derecho romano (especialmente el "ius commune Saxonicum" – Derecho común de Sajonia).*¹⁹⁴

Com o desaparecimento do Império Romano Sacro, surgiram codificações territoriais, que a princípio regulamentavam determinadas relações jurídicas. As correntes jusnaturalista e popular objetivavam uma reorganização jurídica do direito territorial em conjunto. Tais correntes almejavam um Código Civil que unisse as partes relevantes do Direito romano e as ideias e instituições do Direito Alemão. Ademais, o Código deveria ser escrito em idioma alemão. Com isso, seria possível obter segurança e unidade jurídica.¹⁹⁵

No entanto, a ideia de codificação teve êxito apenas em estados particulares. Através das codificações territoriais foi criado um Direito privado unitário, o qual respeitou o seu território de aplicação. No que tange à Alemanha, sua unidade legislativa foi destruída novamente. Dividia-se a Alemanha em 04 grandes setores: Direito territorial prussiano, Direito francês, Direito saxão e Direito comum. Além disso, a Prússia dividia-se em três setores de Direito Privado. Em razão da diversidade legislativa era necessária uma nova codificação.¹⁹⁶

A Federação Alemã necessitava de um Poder Legislativo, vez que era uma Federação somente de Direito Internacional Público. De acordo com a Constituição da Federação Germânica do Norte de 17 de abril de 1867, a Constituição está estruturada como Estado Federal com governo central e poder legislativo para todo território federal. O art. 13, n.4, da Constituição do "Reich" de 16 de abril de 1871 limitava o poder legislativo, no que tange ao Direito privado, aos direitos da obrigação, mercantil e cambiário.¹⁹⁷

Com a Lei de 20 de dezembro de 1873, o Poder Legislativo foi ampliado a todas as leis civis. Com isso, se estabeleceu fundamento para reorganização unitária do Direito privado para todo o "Reich". A Constituição do "Reich" previa no art. 2º que as leis do "Reich" primariam sobre o direito territorial, evitando assim, a dispersão do Direito.¹⁹⁸

¹⁹⁴ "O Direito romano teve apenas validade subsidiária. Subsistiu, portanto, a diversidade legislativa, característica do Direito Alemão da Idade Média. Logo se iniciou um movimento contrário, que tentou, por um lado, adaptar o Direito romano às peculiaridades alemãs, e por outro lutou para preservar ou dar nova validade e reconhecimento dos pontos de vista alemães. O Direito romano evoluiu principalmente pelo canal habitual através de matéria de Direito privado. O direito alemão se manteve nos Direitos privados, que sobreviveram e mantiveram o seu domínio sobre o Direito romano (especialmente o "ius commune Saxonicum"- Saxon common law)." (LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil: parte general**. Traducción por Jose Mª Navas. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956. v. 1. p. 23-24. Tradução nossa).

¹⁹⁵ Ibid., p. 24.

¹⁹⁶ Ibid., 24-25.

¹⁹⁷ Ibid., p. 26.

¹⁹⁸ Ibid., p. 27.

Posteriormente, houve a formação do Código Civil – BGB. Em 1874, nomeou-se uma comissão preliminar, a qual deveria propor um plano (“*Bundersrat*”) e desenvolvê-lo. Assim que o plano foi aprovado foi designada uma comissão com o escopo de formar o projeto. Em 1881, as deliberações tiveram início e em 1887, o projeto finalizado foi apresentado, com a exposição de motivos.¹⁹⁹

*El denominado Primer Proyecto fué publicado em 1888, junto com los Motivos, siendo objeto de dura crítica, y encontrado más oposición que aceptación. Se le reprochó el adoptar una postura ultrarromanista, doctrinal, antialemána y antisocial, así como una forma de expresión pesada e incomprensible.*²⁰⁰

Em 1880, foi nomeada uma segunda comissão, que passou a integrar técnicos do direito. Em 1895, terminou a reelaboração do projeto, sendo aprovado em 1896 e publicado em 1898. A Primeira Guerra Mundial, ocorrida entre os anos de 1914 e 1918, e a Revolução de novembro de 1918 influíram notavelmente no direito privado. Em 11 de agosto de 1919, foi promulgada a Constituição de Weimar. Posteriormente, em 1933 houve um movimento nacional socialista com impulso de ideia social com o escopo de construir o Estado e o Direito com base em uma comunidade alemã pura. Em março de 1949, foi promulgada a Constituição de Bonn a fim de dar uma nova ordem política para a República Federal, concretizando definitivamente a unidade da Alemanha.²⁰¹

Conforme preleciona Carl Friedrich Nordmeier o BGB sobreviveu ao fim do Império alemão, à Primeira Guerra Mundial, à República de Weimar, à ditadura nazista e, com ela, à Segunda Guerra Mundial e presenciou o nascimento e desenvolvimento da República Federal da Alemanha até os dias atuais.²⁰²

No tocante à boa-fé germânica, inicialmente, reportava-se à *bona fides* do Direito romano. De acordo com Menezes Cordeiro foi somente a partir da década de quarenta, com os estudos linguísticos de Pretzel e de Neumann, de 1959, com a tese jurídica de Nesemann e em 1974, com o estudo de Stratz, que a boa-fé germânica se delineou, na teoria moderna da boa-fé.²⁰³

¹⁹⁹ LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil:** parte general. Traducción por Jose M^a Navas. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956. v. 1. p. 27.

²⁰⁰ Ibid., tradução nossa – “O chamado primeiro projeto foi publicado em 1888, juntamente com as razões, sendo objeto de duras críticas e encontrou mais oposição que aceitação. Foi acusado de adotar uma postura ultrarromanista, doutrinária, anti-alemã e anti-social e assim como uma forma pesada e incomprensível de expressão.”

²⁰¹ Ibid., p. 28-32.

²⁰² NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão: a reforma de 2002. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 203-236, 2016. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/43502/27380>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

²⁰³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 163.

O direito alemão inovou ao inserir ao fundamento da boa-fé as ideias de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e crença (*Glaube* ou *Glauben*), diferindo substancialmente da *fides* romana. Na linguagem moderna, a palavra *Treue* pode ser traduzida por lealdade e *Glaube* – ou *Glauben* – por crença.²⁰⁴

A cláusula geral da boa-fé do Código Civil alemão, responsável por delimitar os atuais traços da boa-fé objetiva, está expressamente disposta no § 242 do referido diploma legal que dispõe: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”²⁰⁵ (o devedor tem o dever de atuar de acordo com os requisitos da boa-fé, levando a prática habitual em consideração [tradução nossa]).

O § 242 aduz que todas as relações obrigatórias, tanto as procedentes de negócios jurídicos, como as nascidas da lei (§ 812º e seg. e atos ilícitos §§ 823º e seg.) farão nascer uma obrigação jurídica do devedor e um direito correlativo do credor, como corresponda à boa-fé, atendendo aos usos sociais.²⁰⁶

O § 157 do BGB também apresentou a boa-fé, dispondo que “*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”²⁰⁷ (os contratos hão de se interpretar como exigido pela boa-fé levando a prática habitual em consideração [tradução nossa]).

*Toda declaración de voluntad, a menos que sea en absoluto precisa y completa, necesita una interpretación, es decir, una aclaración de su significación jurídica. Tomando por punto de partida el sentido general de las palabras empleadas, ha de establecerse su alcance jurídico según la buena fe (bona fides) y teniendo en cuenta los usos del comercio (§ 157 del Código Civil).*²⁰⁸

Conforme o ensinamento de Pontes de Miranda, as regras de boa-fé entram nas regras de uso de tráfico vez que tratar lisamente, com correção, é o que se espera encontrar nas

²⁰⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 167.

²⁰⁵ GERMAN. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). **Bundesgesetzblatt**, Bonn, 2 jan. 2002. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html>. Acesso em: 26 jun. 2016.

²⁰⁶ DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva : C. A., 1941. p. 166.

²⁰⁷ GERMAN, op. cit.

²⁰⁸ “Toda declaração de vontade, a menos que seja absolutamente precisa e completa, necessita de uma interpretação, ou seja, a clarificação do seu significado jurídico. Tomando como ponto de partida o sentido geral das palavras usadas, há de estabelecer o seu alcance jurídico de acordo com a boa-fé (*bona fides*) e tendo em conta o uso do comércio (§ 157 do Código Civil).” (VON TUHR, Andreas. **Derecho civil**: parte general. Traducita por Dr. Wenceslao Roces. México: Antigua Librería Robredo de José Porrua e Hijos, 1945. p. 119-120. Tradução nossa).

relações de vida. O autor menciona que as regras da boa-fé são as regras do uso do tráfico, gerais.²⁰⁹

*El BGB remite a los usos del tráfico en los §§ 157 y 242. A tenor del § 157, los usos del tráfico deben servir para interpretar los contratos y determinar su contenido; según el § 242 se establecerá la prestación del deutor de acuerdo con dichos usos.*²¹⁰

Os §§ 157 e 242 do BGB mencionam que a interpretação das declarações de vontade e os efeitos jurídicos que elas produzem, terão como referência os usos sociais, isto é, os que regulam no momento. Logo, se normas jurídicas forem criadas baseadas nos usos sociais e esses usos deixarem de existir, tais normas não terão efeito. As novas normas jurídicas surgem à medida que os novos usos sociais são desenvolvidos.²¹¹

*Cuando la ley indica al juez que tenga en cuenta los usos del tráfico, quiere decirse que considera éstos como concepto auxiliar del Derecho objetivo. Ello no significa que las normas que deriven de los usos del tráfico tengan la categoría de “preceptos consuetudinarios legalmente sancionados.”*²¹²

Dessa forma, o surgimento de novas normas acompanha os novos usos sociais que aparecem. Isso significa que se um novo uso social surge, uma nova norma jurídica será criada a fim de regular as novas diretrizes desse uso social. Da mesma forma, se o uso social não mais existir, a norma que versa sobre esse uso social perderá efeito.

No que se refere à diferença encontrada entre o § 157 e o § 242, infere-se que o § 242 pressupõe a existência de uma obrigação existente e o § 157, por sua vez, se aplica para as obrigações precedentes. É o entendimento de Erich Danz que aduz:

*La única diferencia que media entre el § 242 y el 157 es que ele primero, por su tenor literal, sólo se refiere al contenido de las obligaciones y supone, por tanto, una obligación existente, mientras que el § 157 se aplica también al nacimiento de las obligaciones precedentes.*²¹³

²⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 3. p. 331.

²¹⁰ “O BGB se refere aos usos do tráfico nos §§ 157 e 242. De acordo com § 157, os usos de tráfico devem servir para interpretar contratos e determinar o seu conteúdo; segundo o § 242 se estabelecerá a prestação de acordo com esses usos.” (LEHMANN, Heinrich. **Tratado de Derecho Civil**: parte general. Traducción por Jose M^a Navas. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956. v. 1. p. 51. Tradução nossa)

²¹¹ DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva : C. A., 1941. p. 157.

²¹² “Quando a lei exige que o juiz considere o uso de tráfico, isto significa que considera este como conceito auxiliar do direito objetivo. Isso não significa que as normas que derivem dos usos do tráfico têm a categoria de ‘preceitos costumeiros legalmente sancionados’.” (LEHMANN, loc. cit., tradução nossa).

²¹³ “A única diferença que existe entre o § 242 e o § 157 é que o primeiro, por sua redação literal, refere-se apenas ao conteúdo das obrigações e supõe, portanto, uma obrigação existente, enquanto § 157 se aplica também ao nascimento das obrigações precedentes.” (DANZ, op. cit., p. 194, tradução nossa).

A referência aos §§ 157 e 242 do *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*) era no sentido de impor a obrigação de cumprir aquilo que havia sido expressamente pactuado entre os contratantes. Todavia, a partir da Primeira Guerra Mundial, a jurisprudência consolidada na Alemanha apresentou a boa-fé com a função de deveres anexos.

La remisión del juez a la buena fe ("Treu und Glauben") (§§ 157 e 242, etc.) intenta armonizar la aplicación del Derecho con las exigencias de la justicia, abriendo así camino para el acercamiento al "ideal social".²¹⁴

Cita-se, ainda, o parágrafo 320 (2) que dispõe: “§ 320 (2): “*Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.*”²¹⁵(se, de um lado a prestação foi executada parcialmente, a contraprestação não pode ser recusada, em sendo recusada, contraria a boa-fé, a qual deve ser apreciada segundo as circunstâncias e, em particular, segundo a modicidade relativa da parte restante [tradução nossa]).

Na cultura germânica, a ótica objetiva com preceitos de ética e moral ganhou destaque. Um dos grandes avanços do direito germânico foi a distinção entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Essa distinção demonstrada pelo direito alemão influenciou o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o Código Civil de 2002.

A fórmula *Treu und Glaube* demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que marcaram no direito romano: ao invés de denotar a ideia de fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da *fides* romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as ideias de lealdade (*Treu ou Treue*) e crença (*Glauben e Glaube*), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados.²¹⁶

O direito alemão inovou ao distinguir a boa-fé objetiva (*Treu ou Treue*) da boa-fé subjetiva (*Glauben e Glaube*). A fórmula *Treu ou Treue* que demarca a boa-fé objetiva está atrelada à ideia de lealdade e a fórmula *Glauben e Glaube* diz respeito à boa-fé subjetiva que menciona a ideia de crença.

²¹⁴ “A remissão do juiz à boa fé (“*Treu und Glauben*”) (§§ 157 e 242, etc.) visa harmonizar a aplicação da lei para as exigências da justiça, abrindo assim o caminho para a abordagem do ‘ideal social’.” (LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil: parte general**. Traducción por Jose M^a Navas. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956. v. 1. p. 59-60. Tradução nossa).

²¹⁵ GERMAN. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). **Bundesgesetzblatt**, Bonn, 2 jan. 2002. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html>. Acesso em: 26 jun. 2016.

²¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 124.

Em 2002, houve a reforma do BGB que representou um exemplo de como a boa-fé objetiva e a confiança estão intrinsicamente ligadas, pois a boa-fé é pensar no outro, e a confiança é a visão "dos interesses legítimos do outro"²¹⁷.

A reforma do BGB apresentou mudanças no conteúdo e uma alteração técnica que estabeleceu um título para cada parágrafo para facilitar o uso da lei. Tais títulos podem ser invocados como parte da lei. O título do § 242 BGB é definido como "prestação conforme a boa-fé".²¹⁸ No idioma oficial, o § 242 apresenta o título "*Leistung nach Treu und Glauben*" e o § 157 tem o título "*Auslegung von Verträgen*", que é definido como "interpretação dos contratos."²¹⁹

Já o Código Civil italiano de 1942, apresenta diversos dispositivos que fazem referência à boa-fé, dentre os quais, os arts. 1175, 1337, 1338, 1358, 1366, 1371 e 1375, que tratam especificadamente da boa-fé objetiva. Insta salientar que o Código trata tanto da boa-fé objetiva ao evidenciar a ética entre os contratantes e a boa-fé subjetiva, ligada ao aspecto psicológico.

Corroborando com o entendimento que existe a presença da boa-fé objetiva e subjetiva no ordenamento jurídico italiano, Andrea Torrente afirma que "[...] *la buona fede è considerata dall'ordinamento giuridico sotto l'aspetto psicologico e dal punto di vista ético* [...]".²²⁰

O art. 1175 trata do comportamento de acordo com a honestidade e menciona que o devedor e o credor devem atuar conforme as regras de honestidade. Fica evidenciada a boa-fé objetiva ao exigir que ambas as partes devem pautar suas condutas de forma honesta.

É o que relata o referido artigo presente no livro quatro "*Delle obbligazioni*": "*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole delle correttezza (Cod. Civ. 1337, 1358)*".²²¹ (O devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras da honestidade [tradução nossa]).

L'obbligo di correttezza e buona fede, generalmente previsto dall'art. 1175, impone uno spirito di collaborazione a cui deve informarsi ogni ordinamento giuridico sostanzialmente moderno; la solidarietà così affermata mira a contenere l'elemento egoistico proprio dei rapporti di obbligazione. E questi principi dovrebbero

²¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 207.

²¹⁸ NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão: a reforma de 2002. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 210, 2016. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/43502/27380>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

²¹⁹ GERMAN. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). **Bundesgesetzblatt**, Bonn, 2 jan. 2002. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html>. Acesso em: 26 jun. 2016.

²²⁰ "A boa-fé é considerada no ordenamento jurídico do ponto de vista psicológico e de um ponto de vista ético." (TORRENTE, Andrea. **Manuale di diritto privato**. 6. ed. Milano: Ed. Dott.A.Giuffrè, 1965. p. 305-306. Tradução nossa).

²²¹ ITÁLIA. Codice Civile. **Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana**, Roma, 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

*diventare basilari nella vita di relazione giuridica, fino a giustificare l'affidamento por ciascuno di vedersi trattato degli altri secondo tali norma di onestà e correttezza.*²²²

As partes devem comportar-se pela regra da *correttezza*, que no vernáculo corresponde à retidão e à seriedade.

*La correttezza [...] è uno stile morale della persona, che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto a quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra i consociati. Tale correttezza imposta dall'art. 1175, corrisponde al dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio [...].*²²³

O artigo 1337 menciona que “[...] le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366, 1375, 2208)” ([...] as partes, no desenvolvimento das negociações e na formação do contrato, devem comportar-se de acordo com a boa-fé – [tradução nossa]).²²⁴

Ao fazer uma comparação com o Código Civil brasileiro, verifica-se a correspondência com o art. 422 que disciplina a obrigação dos contratantes em guardar na execução e na conclusão do contrato os preceitos de probidade e boa-fé.

Ao contrário do Código Civil brasileiro, o Código Civil italiano expande ao prever a responsabilidade pré-contratual.

*La stessa rubrica do questo art.1337 è significativa, richiamando testualmente la figura, precedentemente elaborata dalla dottrina, della responsabilità precontrattuale.*²²⁵

Conforme disciplina o artigo 1338, “[...] la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto (1418 e seguenti), non ne ha dato

²²² “A obrigação de retidão e de boa fé, geralmente previsto no art. 1175, exige um espírito de colaboração que deve informar cada sistema jurídico substancialmente moderno; solidariedade assim estabelecida destinada a conter seu próprio elemento egoísta da própria obrigação. E este princípio se tornou fundamental na vida relação jurídica, para justificar a confiança de uns aos outros de serem tratados de acordo com esse padrão de honestidade e justiça.” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 15. ed. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1966. p. 531. Tradução nossa).

²²³ Ibid., p. 531-532 - Tradução nossa - “A retidão [...] é um estilo moral da pessoa, indicando o espírito de lealdade, hábito viril de firmeza, clareza e coerência, lealdade e respeito a estes direitos que, de acordo com a consciência geral, deve observa-se nas relações entre os associados. Essa retidão imposta pelo art. 1175, corresponde ao dever de se comportar de modo a não afetar o interesse dos outros fora dos limites da legítima tutela do interesse próprio [...].”

²²⁴ ITÁLIA. Codice Civile. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Roma, 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

²²⁵ “A mesma escrita do art. 1337 é significativa, lembrando textualmente a figura previamente elaborada pela doutrina da responsabilidade pré-contratual.” (TRABUCCHI, op. cit., p. 670. Tradução nossa).

notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto (1308)”²²⁶ ([...] a parte que conhece ou devia conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato e não der notícia à outra parte, é obrigada a ressarcir o dano daquela que confiou, sem culpa, na validade do contrato [tradução nossa]).

Dar a notícia à outra parte contratante vai ao encontro do dever de informar que é um dever acessório do Código Civil Brasileiro.

Assai significativa è la disposizione dell'art. 1338 che prevede la responsabilità del contraente che non abbia indicato alla controparte l'esistenza di cause di annullamento [...].²²⁷

O art. 1366 do Código Civil italiano também tem referência com o art. 422 do Código Civil Brasileiro de 2002, no tocante à interpretação de boa-fé. Conforme o art. 1366 “*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede (1337,1371,1375)*”²²⁸ (O contrato deve ser interpretado de acordo com a boa-fé [tradução nossa]).

O art. 1371 diz que quando, não obstante a aplicação das regras contidas no *caput* do art. 1362 e seguintes, que trata da interpretação do contrato, continuar o contrato obscuro, deverá ser ele entendido no sentido menos gravoso para o obrigado, se for a título gratuito, e no sentido que realize um equitativo equilíbrio dos interesses das partes, a título oneroso.

*Art. 1371 Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo (1362 e seguenti), il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.*²²⁹

Frise-se que o legislador buscou a igualdade entre os contratantes.

*L'art. 1371 stabilisce che il negozio deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che esso realizzi l'equo contemperamento degl'interessi delle parti, se è a titolo oneroso.*²³⁰

²²⁶ ITÁLIA. Codice Civile. **Gazzetta Ufficiale dela Repubblica Italiana**, Roma, 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

²²⁷ “Muito importante é a disposição do art. 1338, que prevê a responsabilidade do contraente que não indicar à contraparte a existência de causa de invalidade.” (TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 15. ed. Padova: Casa Edotrice Dott Antonio Milani, 1966. p. 670. Tradução nossa).

²²⁸ ITÁLIA, op.cit.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ “O art. 1371 estabelece que o negócio deve ser entendido no sentido menos gravoso para o obrigado, se for a título gratuito, e no sentido que realize um equitativo equilíbrio dos interesses das partes, a título oneroso.” (TORRENTE, Andrea. **Manuale di diritto privato**. 6. ed. Milano: Dott.A.Giuffrè, 1965. p. 208. Tradução nossa).

O art. 1375 do Código Civil italiano dispõe que “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (1337,1358,1366, 1460)*”²³¹ (O contrato deve ser executado segundo a boa-fé [tradução nossa]).

O devedor e o credor devem agir com honestidade e lisura na execução do contrato. Isso quer dizer que deve existir um mínimo de cuidado e lealdade para com o outro contratante, atributos esses indispensáveis para a configuração da boa-fé objetiva.

Conforme preleciona Alberto Trabucchi a respeito da boa-fé nos contratos, a boa-fé faz-se presente durante as tratativas, na interpretação e na execução dos contratos (*La buona fede è richiesta nel contegno delle parti durante le trattative (1337; v. infra § 281); la buona fede è richiesta nell'interpretazione (1366; § 287) e nell'esecuzione del contratto (1375; § 285)*).²³²

Já o art. 1358 disciplina que “*Colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte (1175, 1375)*”.²³³ (Aquele que se obrigar ou alienar um direito sob condição suspensiva, ou, então, o tenha adquirido sob condição resolutiva, deverá na pendência da condição, comportar-se de acordo com a boa-fé a fim de conservar íntegras as pretensões da parte contrária [tradução nossa]).

A respeito do art. 1358, Scognamiglio menciona que cada parte deve comportar-se segundo a boa-fé para preservar intactas as razões da outra parte (“*[...] comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte.*”).²³⁴

O Código Civil italiano também traz dispositivo acerca da boa-fé subjetiva, como trata o art. 1147 que diz respeito à posse de boa-fé, presente no livro três “*Della proprietà*”. É a dicção do art. 1147: “*E' possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto (535). La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. La buona fede e presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto.*”²³⁵ É possuidor de boa-fé quem possui ignorando lesar direito de outrem.

Il possesso di buona fede è definito nell'art. 1147 come quello di chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede, che qualifica questa forma di possesso, non è un fattore puramente psicologico, nel senso che basti a prola in essere la semplice

²³¹ ITÁLIA. Codice Civile. **Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana**, Roma, 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

²³² TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 15. ed. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1966. p. 530.

²³³ ITÁLIA, op.cit.

²³⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Contributo alla teoria del negozio giuridico**. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1969. p. 479.

²³⁵ ITÁLIA, op. cit.

*ignoranza di ledere il diritto altrui; occorre che detta ignoranza non dipenda da negligenza grave. [...] Il fundamento etico della tutela della buona fede si rivela pertanto nella scusabilità, che è richiesta per la rilevanza dell'errore invocato.*²³⁶

A boa-fé não aproveita caso a ignorância esteja baseada em culpa grave. Infere-se que a boa-fé é presumida, bastando que exista ao tempo da aquisição.²³⁷

Em relação à boa-fé no Direito Civil português, o professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, José de Oliveira Ascensão, afirma que a boa-fé representa hoje, possivelmente, a cláusula geral de maior extensão. No entanto, não está genericamente consagrada, mas apenas em previsões setoriais.²³⁸

O Código Civil consagrou institutos que, embora admitidos, antes dele, sob pressão da doutrina, surgiam duvidosos, à míngua de apoio na lei. Dentre eles, a maioria conecta-se com a boa-fé objetiva: a culpa na formação dos contratos, o abuso de direito e a modificação do contrato por alteração das circunstâncias; outros aspectos, como o da integração dos contratos e a execução das obrigações, renovados pelo legislador de 1966, foram-no, ainda, à luz da boa-fé.²³⁹

O art. 227, n. 1, do Código Civil português de 1966 dispõe: “Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”²⁴⁰ Logo, deve-se proceder de boa-fé nas preliminares, bem como na formação do contrato.

Referido dispositivo tem proximidade com o art. 422 do Código Civil brasileiro de 2002. No entanto, traz expressamente a responsabilidade pré-contratual, o que não ocorre no art. 422.

Já o art. 239, menciona a boa-fé como instrumento de integração da declaração negocial e dispõe: “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 omissis,

²³⁶ “A posse de boa-fé é definida no art. 1147 como aquele que possuiu ignorando violar direito do outro. A boa-fé, que qualifica esta forma de propriedade, não é um fator puramente psicológico, no sentido de que é o suficiente para estar na simples ignorância de violar o direito do outro; seria necessário que a ignorância não é devido à negligência grave [...]. O fundamento ético da proteção da boa-fé é, portanto, revelado em desculpável, que é necessário para a relevância de erro invocado.” (TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 15. ed. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1966. p. 440. Tradução nossa).

²³⁷ DINIZ, Souza. **Código civil italiano**. Rio de Janeiro: Récord, 1961. p. 191.

²³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 146.

²³⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 27.

²⁴⁰ PORTUGAL. Código Civil. **Diário da República**, Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.”²⁴¹

Por sua vez, o art. 437, n. 1, disciplina a resolução ou modificação do contrato em razão da alteração das circunstâncias, apresentando a boa-fé como princípio a ser valorado. É o disposto no art. 437, n. 1:

Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.²⁴²

Esse artigo em questão se sujeita a uma observação pertinente do professor José de Oliveira Ascensão quanto à dupla leitura da boa-fé, qual seja, a boa-fé subjetiva que se configuraria como um vício na vontade do agente e a boa-fé objetiva em que se perguntaria se a exigência seria conforme um padrão objetivo de condutas.²⁴³

Por fim, o art. 762, n. 1 diz respeito ao cumprimento da obrigação quando o devedor realiza a prestação (“O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado”), e, por conseguinte, o n. 2 dispõe que “[...] no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé.”²⁴⁴

Desse modo, tanto no cumprimento da obrigação, como no exercício do direito correspondente, o devedor e o credor devem atuar conforme os preceitos da boa-fé.

Insta ressaltar a presença da boa-fé objetiva, como mencionada nos artigos citados, bem como a presença da boa-fé subjetiva, disposta no art. 243 do Código Civil português. É a dicção do art. 243:

1. A nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa-fé. 2. A boa-fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos. 3. Considera-se sempre de má-fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registro da ação de simulação, quando a este haja lugar.²⁴⁵

O artigo em questão trata da boa-fé subjetiva, ao mencionar que a boa-fé consiste na ignorância da simulação. Trata-se da boa-fé crença.

²⁴¹ PORTUGAL. Código Civil. **Diário da República**, Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

²⁴² Ibid.

²⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 165.

²⁴⁴ PORTUGAL, op. cit.

²⁴⁵ Ibid.

Em relação ao Código Civil argentino, conforme preleciona José Carlos Moreira Alves, a Lei nº 17.711/68 introduziu diversas mudanças no Código Civil argentino e alterou o art. 1198 estabelecendo que os contratos devem celebrar-se, interpretar-se e executar-se de boa-fé e de acordo com o que “[...] verossimilmente as partes entenderam ou puderam entender, agindo com cuidado e previsão.”²⁴⁶

A partir dessa mudança legislativa, o princípio da boa-fé objetiva no Código Civil argentino veio disciplinado no art. 1198 que dispunha “[...] *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”²⁴⁷ (os contratos devem celebrar-se, interpretar-se e executar-se de boa-fé e de acordo com a verossimilhança do entendimento das partes, agindo com cuidado e previsão [tradução nossa]).

O artigo mencionava a boa-fé objetiva nas fases pré-contratual, durante o contrato e na fase pós-contratual, atendendo aos deveres de cuidado e previsão.

No entanto, houve uma mudança da lei pelo Decreto nº 1795/2014 que alterou o art. 1198, cujo teor veio disciplinado no art. 961, que diz que os contratos devem ser celebrados, interpretados e executados de boa-fé.

Obriga-se não só o que está formalmente expresso, mas todas as consequências que podem ser consideradas compreendidas por eles, com os alcances que razoavelmente estaria obrigado um contratante cuidadoso e atento.

*Art. 961 Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*²⁴⁸

Ademais, o novo Código Civil e Comercial argentino estabelece em seu art. 9º que “[...] *los derechos deben ser ejercidos de buena fe*” ([...] os direitos devem ser exercidos de boa-fé [tradução nossa]).²⁴⁹

As negociações preliminares vieram regulamentadas nos arts. 990 a 993 e abordaram a boa-fé. Na realização das tratativas, as partes devem agir de boa-fé para não as frustrar

²⁴⁶ ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. Roma e America, Diritto Romano Comune. **Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, v. 7, p. 203. 1999.

²⁴⁷ ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación. **Boletín Oficial de la República Argentina**, Buenos Aires, 8 out. 2014. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S3_tituloI.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Ibid.

injustificadamente. Caso esse dever não seja cumprido, haverá a reparação do eventual dano causado, conforme dispõe o art. 991.

*Art. 991 Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.*²⁵⁰

A interpretação do contrato vem disposta nos artigos 1061 a 1068. O art. 1.061 dispõe que “[...] *el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe*”²⁵¹([...] o contrato deve interpretar-se conforme a intenção comum das partes e ao princípio da boa-fé [tradução nossa]).

Menciona-se, ainda, o Código Civil chileno que dispõe em seu art. 1546 que “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, i por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o lcostumbre pertenecen a ella*”²⁵² (Os contratos devem executar-se de boa-fé e por conseguinte, obrigam não somente os que nele se expressa, mas todas as coisas que emanam precisamente da natureza da obrigação, o que por lei ou pelo costume pertencem a ela [tradução nossa]).

Dessa forma, é apresentada a boa-fé objetiva incidindo na execução do contrato em que se exige que o contrato seja executado conforme os preceitos da lealdade, lisura e honestidade.

1.8 Direito Civil brasileiro

O princípio da boa-fé objetiva tem grande relevância na legislação brasileira, especialmente com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Referido diploma legal inseriu normas de proteção na relação de consumo, de ordem pública e interesse social.

Apesar de o Código de Defesa do Consumidor ter impulsionado a boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro, ressalta-se que a boa-fé foi visualizada anteriormente nas Ordenações Filipinas de 1603, no Código Comercial de 1850 e no Código Civil de 1916.

²⁵⁰ ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación. **Boletín Oficial de la República Argentina**, Buenos Aires, 8 out. 2014. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S3_tituloI.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² CHILE. Código Civil. **Diario Oficial de la Republica de Chile**, Santiago 30 maio 2000. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

A boa-fé no Código Comercial de 1950 destinava-se a interpretação dos contratos firmados entre os comerciantes. O Código Civil brasileiro de 1916 abarcou diversos dispositivos acerca da boa-fé, sendo que houve o predomínio de menções à boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva foi tratada de maneira pontual.

A boa-fé teve grande repercussão a partir do Código de Defesa do Consumidor, tendo sido elencada em seu art. 4º, III.²⁵³

No que tange à proteção contratual, o art. 51, IV definiu como cláusulas abusivas, aquelas que “[...] estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.” A boa-fé no art. 51, IV, do CDC apresenta-se como cláusula geral, que possui natureza contratual.

No que diz respeito aos contratos, o princípio da boa-fé objetiva teve destaque com o Código Civil de 2002. O Código Civil de 2002 abarcou princípios relevantes que passaram a reger a relação entre particulares, especialmente na formação de negócios jurídicos repensados à luz do princípio da boa-fé objetiva. Ressalta-se que o legislador pretendeu regulamentar a lealdade, confiança e a transparência na relação entre as partes.

Conforme ensina Miguel Reale, o Código Civil de 2002 apresenta três princípios fundamentais: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Inicialmente ao tratar da eticidade, o autor afirma a presença dos valores éticos no ordenamento jurídico e menciona a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação do excessivo rigor conceitual a fim de criar modelos jurídicos hermenêuticos para a contínua atualização dos preceitos legais. A socialidade diz respeito à superação do caráter individualista, possibilitando o predomínio do social sobre o individual. Já a operabilidade está ligada a soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador de Direito.²⁵⁴

Dessa forma, o princípio da eticidade, ligado à cláusula geral da boa-fé objetiva, reflete a justiça e a ética nas relações jurídicas. O princípio da socialidade menciona que os valores coletivos têm prevalência sob os valores individuais e por fim, o princípio da operabilidade, elucida a busca de soluções mais efetivas e fáceis na aplicação do direito.

²⁵³ “Art. 4º [...] III harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição da República), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.”

²⁵⁴ REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808, p. 11-19, fev. 2003.

1.8.1 Ordenações Filipinas

As ordenações são determinadas em três períodos distintos: 1) Ordenações Afonsinas, de 1446; 2) Ordenações Manoelinas, de 1514; 3) Ordenações Filipinas, de 1603.

Conforme os ensinamentos de Limongi França, as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, foram um dos primeiros atos legislativos de Afonso V. Tais Ordenações constituem o primeiro Código europeu, que delineia o método dos ordenamentos modernos. Já as Ordenações Manoelinas, calcadas no Código de D. Afonso, têm ainda o caráter de consolidação das leis existentes. Por fim, pela Lei de 5.6.1595, D. Filipe I, de Portugal e II da Espanha, determinou que se fizesse uma compilação das Ordenações de D. Manuel e das Leis Posteriores. A Lei de Filipe II de Portugal e III da Espanha, que manda observar essa compilação, é de 11.1.1603. Trata-se das Ordenações Filipinas.²⁵⁵

Nenhuma pessoa em todos Nossos Reinos e Senhorios faça contracto, obrigação, postura, avença, convença, promettimento, quitação, nem outro algum distracto, assi per scripto, como per palavra, em que ponha promettimento de boa fé, nem outro algum juramento; e fazendo o contrário, mandamos, que otaes contractos, convenças, ou distractos não valham, e a parte que os fizer, perderá todo o dinheiro, que no contracto der, ou prometter, ou sobre que entre elles fôr feita convença, e a outra parte perderá outro tanto, sendo o contracto de dinheiro somente. E intervindo de huma parte dinheiro, e da outra não, assi como nas compras, cada huma dellas perderá o que dava no contracto. E sendo de ambas as partes sem dinheiro, cada huma das partes perderá tudo o que receber pelo tal contracto, ou convença. O que se entenderá no juramento promissório sómente, e não no juramento assertório, ou declaratório.²⁵⁶

A boa-fé veio delineada nas Ordenações Filipinas de 1603, no livro IV, título LXXIII que dispõe: “Que se não façam contractos, nem distractos com juramento promissório ou boa-fé.”

1.8.2 Código Comercial

A boa-fé no direito brasileiro veio anunciada no Código Comercial de 1850 em seu art. 131, n.1 que dispunha:

Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1- a inteligência simples e adequada, que for **mais conforme à boa-fé**, e ao verdadeiro espírito e natureza do

²⁵⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. Recepção do direito romano no direito brasileiro. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 9, p. 28, jan./jun. 1996.

²⁵⁶ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. L. 4. p. 885. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.²⁵⁷

Pontes de Miranda afirma que o sentido “mais conforme a boa-fé” é o sentido que, em se tratando de atos de disposição a título gratuito, inclusive a renúncia a direito, pretensão, ação ou exceção, mais favorece o disponente.²⁵⁸

O art. 131, n. 1 tratou da boa-fé apenas para aludir ao sentido mais simples e mais adequado, que vem antes do sentido literal (“rigorosa e restrita significação das palavras”). Tal sentido é o do costume e do uso recebido do comércio, presente no art. 130.²⁵⁹

Art. 130 As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.²⁶⁰

O art. 131 era considerado como fonte de interpretação contratual, no entanto, não foi utilizado exaustivamente pelos Tribunais. O artigo foi revogado pela Lei nº 10.406 de 10/01/2002.

O Código Comercial brasileiro menciona que se deve adotar a inteligência do contrato “mais conforme à boa-fé” (art. 131, n. 1). Dessa forma, encontra-se ao lado de outros Códigos que também exigem a *boa-fé* como critério exegético, no tocante às convenções (BGB alemão, § 133, e *Codice Civile* italiano, art. 1366).²⁶¹

1.8.3 Código Civil de 1916

De acordo com Judith Martins-Costa, o Código Civil de 1916 ingressou na vida brasileira como um sistema fechado e omnicompreensivo.²⁶² O Código ligava-se a um rigor formal e não dava abertura para a existência de cláusulas gerais.

O Código a final vigente em 1916 aliou a tradição sistemática moderna recebida intelectualmente pelos seus autores ao espírito centralizador da centenária tradição lusitana. Traduz, no seu conteúdo – liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, - a antinomia verificada no tecido social e às relações de família em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado e, por outro, o

²⁵⁷ BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial do Império do Brasil. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 1850. t. 11, p. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015. (grifo nosso)

²⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970. t. 3. p. 330.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ BRASIL, op.cit.

²⁶¹ BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 175.

²⁶² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 265.

atraso o mais absolutamente rudimentar do campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal.²⁶³

Consoante aos ensinamentos de Teresa Negreiros, em sua obra escrita anteriormente à promulgação do Código Civil de 2002, ao fazer referência ao Código de 1916 até então vigente mencionou que o Código Civil brasileiro contabilizava cerca de 30 referências da boa-fé, as quais, em sua maioria faziam menção à boa-fé subjetiva que diz respeito a um estado psicológico do agente e não à configuração de uma regra de conduta.²⁶⁴

Nas décadas seguintes à promulgação do Código Civil a boa-fé predominava na seara dos direitos reais. É o caso da boa-fé para usucapir. Essa boa-fé é crer-se dono, desde que tal crença não seja absurda (não houve culpa grave em crer-se dono). A crença não é nos fatos de que derivaria a aquisição, mas sim na propriedade.²⁶⁵

Ao fazer referência ao Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua menciona que na usucapião, a boa-fé tem uma função importante, porque dá aparência jurídica ao fato da posse e purifica a aquisição do direito.²⁶⁶

O Código de 1916, fundado em uma doutrina individualista, absteve-se de tratar sobre a boa-fé objetiva. O Código abarcou apenas a boa-fé em sua acepção subjetiva, não inserindo disposição expressa sobre norma geral de boa-fé objetiva, mencionada somente de forma incidental.²⁶⁷

Ressalta-se, com isso, a evidente carência de dispositivos no Código Civil de 1916 que previam a boa-fé objetiva.

Diante disso, é possível inferir que no Código Civil de 1916 predominou a boa-fé subjetiva. No entanto, ainda que com menor incidência, o Código Civil de Beviláqua fez menção à boa-fé objetiva, tal como menciona os arts. 1404 e 1443.

O art. 1404 dizia respeito ao contrato de sociedade e mencionava a boa-fé como um dos requisitos necessários para a dissolução da sociedade pela renúncia.

²⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 266.

²⁶⁴ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 14.

²⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 45. p. 111.

²⁶⁶ BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça : Serviço de Documentação, 1972. p. 314.

²⁶⁷ RUBINSTEIN, Flávio. *A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 583, 2004.

Art.1404. A renúncia de um dos sócios só dissolve a sociedade (art. 1399, n. V) quando feita de boa-fé, em tempo oportuno, e, notificada aos sócios dois meses antes.²⁶⁸

O Código Civil de Beviláqua previu a possibilidade da dissolução da sociedade através da renúncia de um de seus sócios, desde que tal renúncia fosse realizada de boa-fé, declarada em tempo oportuno e que fosse notificada aos demais sócios dois meses antes. Diante disso, verifica-se a incidência da boa-fé objetiva que diz respeito à lealdade, lisura e honestidade.

Limongi França define renúncia como o “[...] despojamento de um direito pelo seu titular e define a renúncia de má-fé aquela em que o sócio renunciante pretende, com ela, auferir os benefícios, livrando-se das perdas.”²⁶⁹

Ademais, o art. 1443 dispõe acerca de um dever de conduta contratual, não sendo um estado psicológico do indivíduo, tendo a observância da boa-fé objetiva.

Art. 1443 O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias a ele concernentes.²⁷⁰

De acordo com Limongi França, “[...] seguro é um contrato em que o segurador se obriga para com o segurado, mediante um prêmio, a indenizá-lo, de uma perda ou dano, ou da privação de um proveito esperado – perda, privação ou dano decorrente de um acontecimento incerto.”²⁷¹

O próprio Código Civil trazia a definição de contrato de seguro no art. 1432 que dispunha: “Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizar-lhe o prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato.”²⁷²

A boa-fé objetiva faz-se presente entre o segurado e o segurador que devem guardá-la no contrato. Trata-se da boa-fé lealdade, que trata da lisura e transparência na relação jurídica.

No tocante à boa-fé nas fases contratuais, o Código Civil de 1916 não previu regras quanto à sua incidência, ou seja, não mencionou se a boa-fé deveria incidir nas tratativas iniciais, na execução, na conclusão do contrato ou em ambas, como foi previsto nos Códigos Civis francês, alemão, italiano e português, por exemplo.

²⁶⁸ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm#art1806>. Acesso em: 12 set. 2015.

²⁶⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 845-846.

²⁷⁰ BRASIL, op.cit.

²⁷¹ FRANÇA, op.cit., p. 855.

²⁷² BRASIL, op.cit.

No Código Civil, elaborado sob o influxo das ideias pandectistas da segunda metade do século passado e cuja vigência se iniciou em 1º de janeiro de 1917, não há *regra genérica* que se refira expressamente a boa-fé na formação ou execução dos contratos como as dos artigos ou parágrafos 1.134 do Código Civil francês, 242 do B.G.B., 1.337 do Código Civil italiano e 227, do Código Civil português.²⁷³

De acordo com Antonio Junqueira Azevedo, o Código Civil brasileiro, ao omitir a boa-fé na formação e execução dos contratos, revelou a mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, que priorizava mais a segurança da circulação e o desenvolvimento das relações jurídicas do que a concretização da justiça material. Essa ideia é reforçada pelo fato de o Código Comercial de 1850 já ter elencado regra genérica a respeito da boa-fé.²⁷⁴

A evolução do instituto da boa-fé, com a mudança de paradigma da boa-fé subjetiva para a boa-fé objetiva, ocorreu com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.

1.8.4 Código de Defesa do Consumidor

A partir do século XX, o individualismo e o voluntarismo, marcantes no Código Civil de 1916, não mais condiziam com a realidade. Com isso, o Estado passou pelo período do dirigismo contratual e da ampla intervenção na atividade econômica. Em virtude dessas mudanças, é possível destacar um aumento significativo dos contratos de adesão, por exemplo.

Nos séculos XIX e XX, o avanço do capitalismo e o crescimento da sociedade massificada contribuíram para o cometimento de abusos por aqueles que tinham poder econômico sob aqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade. A fim de coibir práticas abusivas, inúmeras medidas foram providenciadas, dentre as quais, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.²⁷⁵

A proteção e a defesa do consumidor tiveram atenção legislativa, especialmente a partir da Constituição vigente, culminando com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, fruto do cumprimento do mandamento do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

²⁷³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 87, p. 81, 1992.

²⁷⁴ Ibid., p. 81.

²⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: _____. (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 30.

da Constituição Federal de 1988 (Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor).²⁷⁶

O Código de Defesa do Consumidor inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao buscar o equilíbrio da relação contratual entre fornecedor e consumidor. Trata-se de norma de ordem pública e interesse social e, dessa forma, as partes não podem convencionar se irão ou não se sujeitar aos dispositivos presentes neste diploma legal.

Conforme preleciona Cláudia Lima Marques, o Código de Defesa do Consumidor renovou as bases do direito civil brasileiro, tendo inovado ao regular a publicidade, o regime dos contratos de serviços e de iniciar o diálogo das fontes no Brasil. O diploma legal foi decisivo ao regular a qualidade dos produtos, os contratos de adesão, a cobrança de dívidas e consolidar o princípio da boa-fé nas relações entre fornecedores-experts e consumidores-leigos.²⁷⁷

A princípio, a defesa do consumidor veio elencada na Constituição Federal entre os direitos e deveres individuais e coletivos ao dispor no art. 5º, XXXII que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e posteriormente “[...] erigiu a defesa do consumidor à categoria de “princípio geral da atividade econômica” (art. 170, V), emparelhando-a com princípios basilares para o modelo político-econômico brasileiro, como o da soberania nacional, da propriedade privada [...]”, conforme preleciona Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins.²⁷⁸

O Código de Defesa do Consumidor veio regular as relações que anteriormente eram estabelecidas exclusivamente pela autonomia da vontade. Antes da promulgação do Código, a boa-fé era utilizada predominantemente em sua acepção subjetiva, como um estado de crença ou consciência. A boa-fé objetiva era tratada de forma pontual, em situações individualizadas.

EMENTA: EM APELAÇÃO - REVISÃO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - TARIFA DE REGISTRO DE CONTRATO - SERVIÇOS DE TERCEIROS - REPETIÇÃO DE INDÉBITO. A comissão de permanência não pode ser cumulada com outros encargos e seu valor não pode superar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato. A cobrança da tarifa de registro do contrato é permitida quando prevista no contrato, nos moldes das normas do CMN. A previsão contratual de cobrança por serviços terceiros sem a discriminação sobre quais seriam os serviços e seus valores respectivos, é ilegal. Ausente a prova da má-fé da instituição financeira, que cobrou valores nos moldes previstos no contrato, incabível a condenação à repetição do indébito em dobro. V.V.P. A sentença carente dos requisitos dos artigos 4º da LINDB, e do artigo 126 do CPC é nula de pleno direito. A validade do negócio jurídico

²⁷⁶ ALVIM, Arruda et al. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 15.

²⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, n. 103, p. 56, jan./fev. 2016.

²⁷⁸ ALVIM, op.cit., p. 12-13.

pressupõe agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida pela Lei, sendo nulos os contratos de mútuo firmados entre consumidores e instituições financeiras, uma vez que o artigo 8º da Lei 7.492 de 16 de junho de 1986 define como crime a cobrança por instituição vinculada ao sistema financeiro nacional de juros comissão ou qualquer tipo de remuneração sem que haja previsão na Lei. **A Lei 8.070/90 concebeu um sistema de proteção ao consumidor que fixa parâmetros de conduta que devem ser observados pelos fornecedores de serviços e servem como medida para a aferição da legalidade da prestação fornecida, tomando-se por base a legítima expectativa do consumidor, consoante os limites da função social do contrato e da boa-fé objetiva. São ilícitas as estipulações contratuais fixadas ao arbítrio exclusivo de uma das partes, pelo que inadmissível a previsão de cobrança de encargos de mora cumulados com outros de igual natureza.** Verificando-se o repasse ao consumidor dos custos operacionais e administrativos do negócio, há que ser determinada a devolução em dobro de referidos valores, sob pena de enriquecimento sem causa. (TJMG. Apelação Cível 1.0685.12.000147-2/001, Relator (a): Des(a) Tiago Pinto, 15ª Câmara Cível, julgamento em 13/08/2015, publicação da súmula em 21/08/2015).²⁷⁹

A boa-fé foi inserida no inciso III do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor como critério para aplicação dos princípios constitucionais que dizem respeito à ordem econômica.

De acordo com Cristiano Heineck Schmitt, “[...] o inciso III do art. 4º possui uma regra geral voltada ao administrador, legislador e juiz, quando do tratamento e interpretação das relações de consumo.”²⁸⁰

O “*caput*” do art. 4º menciona a transparência e harmonia das relações de consumo como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, as quais são resultado da conduta geral de boa-fé que deve ser colimada por ambas as partes da relação de consumo, ou seja, pelo consumidor e pelo fornecedor, ainda que em posições opostas em razão da divergência de interesses.²⁸¹

A boa-fé está diretamente relacionada com o princípio da informação, presente em diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, vez que o consumidor deve ser devidamente informado sobre as circunstâncias que podem influenciar na sua escolha diante de uma relação de consumo.

Como cláusula geral, a boa-fé veio prevista no art. 51, IV, sendo nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

²⁷⁹ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 15 mar. 2016. (grifo nosso).

²⁸⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 109.

²⁸¹ ALVIM, Arruda et al. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 47.

Além dos tipos legais expressos de cláusulas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor fixou a boa-fé como cláusula geral de abertura, que permite ao aplicador ou intérprete o teste de compatibilidade das cláusulas ou condições gerais dos contratos de consumo. No inciso IV do art. 51, a boa-fé, contudo, está associada ou alternada com a equidade (com a boa-fé ou a equidade).²⁸²

Conforme preleciona Cristiano Heineck Schmitt, o art. 51, IV é dirigido aos particulares, atuando como uma cláusula geral aplicável sempre que é exigida lealdade e probidade como deveres secundários impostos pelo princípio da boa-fé objetiva.²⁸³

Além dos dispositivos que anunciam a boa-fé objetiva expressamente, existem dispositivos no Código de Defesa do Consumidor que fazem referências implícitas à boa-fé objetiva, dentre os quais, o art. 30 que dispõe sobre o dever de incluir na oferta toda informação ou publicidade suficientemente precisa e o art. 46 que dispõe sobre o dever do fornecedor de garantir ao consumidor o conhecimento prévio do conteúdo contratual.²⁸⁴

A boa-fé possibilitou uma ampliação da interpretação dos contratos decorrentes das relações consumeristas com o reconhecimento de deveres anexos, como o dever de informar e o dever de cooperar.

No âmbito das relações consumeristas, verifica-se uma despersonalização e uma massificação, sendo imprescindível a presença da boa-fé em razão da rapidez e velocidade com que as contratações têm sido realizadas.

Cumprе ressaltar que, ainda que o Código de Defesa do Consumidor apresente um aspecto protetivo quanto à figura do consumidor e apesar de inúmeras decisões dos Tribunais visualizarem a boa-fé como um mecanismo de proteção, a boa-fé na realidade busca assegurar o comportamento ético e leal de ambos contratantes na relação obrigacional.

1.8.5 Código Civil de 2002

Ao contrário do Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 apresentou o predomínio da boa-fé objetiva sob a boa-fé subjetiva. Encontra-se como uma das tendências esboçadas

²⁸² LOBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73.

²⁸³ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 109.

²⁸⁴ “Art. 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

“Art. 46 Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

pelos civilistas, qual seja a observância do princípio da boa-fé objetiva no campo das relações intersubjetivas obrigacionais.

Com a boa-fé objetiva, houve uma mudança de paradigma no direito civil brasileiro, vez que o individualismo presente no Código de 1916 foi substituído pela eticidade e solidariedade inseridos no Código Civil de 2002.

A boa-fé objetiva tem respaldo constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1º, III da Constituição Federal e na construção de uma sociedade justa e solidária como objetivo constitucional, conforme o art. 3º, I do referido diploma legal.

Houve a humanização do direito civil e a valorização da pessoa humana. A pessoa humana pertencente a uma sociedade justa e solidária, forma relações fundadas em preceitos éticos.

De acordo com Álvaro Villaça Azevedo, o novo Código apresentou características voltadas para a valorização do ser humano, com respeito à sua dignidade, especialmente com as disposições gerais dos contratos, com sua função social e a da propriedade, com a proteção do mais fraco, reprovando o comportamento contrário à boa-fé objetiva e da onerosidade excessiva.²⁸⁵

No Código Civil vigente, a boa-fé objetiva foi delineada como um princípio e como uma cláusula geral, sendo que o comportamento leal e honesto deve ser visto como um padrão a ser seguido na relação contratual.

Com a criação de um sistema civil-constitucional, mediante a resistematização do Direito Civil em torno do Direito Constitucional foram adotadas as cláusulas gerais, que permitiram um sistema jurídico mais aberto. A boa-fé objetiva é revelada como uma cláusula geral. Judith Martins-Costa conceitua as cláusulas gerais da seguinte forma:

[...] são normas jurídicas legisladas incorporadoras de um princípio ético orientador do juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido adotada no caso. Isso significa certa indefinição quanto à solução da questão, o que tem sido objeto de crítica. É a antiga bipolarização entre segurança, de um lado, e o anseio de justiça concreta de outro.²⁸⁶

Ao elencar a boa-fé como uma cláusula geral, a autora menciona que “[...] a boa-fé constitui uma norma proteifórmica, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle.”²⁸⁷

²⁸⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. A codificação civil: o processo brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 6, n. 21, p. 96, jul./set. 2003.

²⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 287.

²⁸⁷ Ibid., p. 413.

As cláusulas gerais possibilitaram a devida regulamentação do contrato inserido em uma sociedade pós-moderna, em que as contratações ocorrem de forma veloz, tornando-se indispensável.

Essas cláusulas gerais, em suas três modalidades básicas – a restritiva, a reguladora e a extensiva – permitem que se dê uma certa abertura aos sistemas legislativos fechados, outorgando ao juiz, pela remessa que fazem, para a disciplina de relações jurídicas concretas, a padrões de comportamento ou a valores de conduta ética e social (como o da boa-fé objetiva), a possibilidade, no caso concreto, de extrair, para as partes do negócio jurídico, consequências restritivas, corretivas ou integradoras, de deveres secundários, anexos ou instrumentais, que não estão previstos em normas legais ou por vontade expressa dos contratantes, mas que decorrem desses padrões ou desses valores.²⁸⁸

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

Teresa Negreiros cita a professora e juíza de Direito do Rio Grande do Sul, Agathe E. Schmidt da Silva, que menciona a cláusula da boa-fé como meio inovador de o intérprete analisar as normas jurídicas a partir de um raciocínio finalístico.

A aplicação da cláusula geral de boa-fé exige, do intérprete, uma nova postura, no sentido da substituição do raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram atingir.²⁸⁹

A abordagem civil-constitucional do princípio da boa-fé está atrelada à valorização da pessoa humana em detrimento da autonomia da vontade. Em razão da determinação das partes atuarem de acordo com a boa-fé objetiva infere-se que a relação obrigacional não mais estava adstrita à autonomia da vontade.

Os contratantes passaram a seguir os novos ditames éticos impostos pelo ordenamento jurídico. As relações obrigacionais passaram a ser permeadas pela cooperação e solidariedade entre os contratantes.

Sob a ótica do sistema civil-constitucional, é possível inferir que a boa-fé tem significativa representação na valorização da pessoa humana. O tratamento concedido à boa-fé reflete o processo de constitucionalização do direito civil.

²⁸⁸ ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. Roma e America. Diritto Romano Comune. **Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, v. 7, p. 193, 1999.

²⁸⁹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 89-90.

Pietro Perlingieri, ao discorrer sobre o direito civil na legalidade constitucional, assevera o seguinte:

Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional – concebida como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo contemporâneo sobre o fenômeno da produção legislativa e, particularmente, das codificações – referem-se: (a) à natureza normativa das constituições; (b) à complexidade e ao caráter unitário do ordenamento jurídico e ao pluralismo das fontes do direito; (c) a uma renovação da teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos.²⁹⁰

A partir do fenômeno da repersonalização e da despatrimonialização, em que foi possível visualizar a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, o Código Civil possibilitou a valorização da ética e da dignidade da pessoa humana.

A boa-fé objetiva pugna por uma conduta leal entre os contratantes em todas as fases contratuais, desde as tratativas até a fase pós-contratual.

Faz-se referência à boa-fé objetiva no Código Civil brasileiro como critério de interpretação da declaração da vontade (art.113), de valoração da abusividade no exercício de Direito Subjetivo (art.187) e como regra de conduta imposta aos contratantes (art.422).

Como critério de interpretação da declaração da vontade o art. 113 dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados “Conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O Código Civil de 1916 não previu em nenhum dispositivo o teor do art. 113 do Código Civil de 2002.

No tocante à interpretação dos negócios jurídicos nos Códigos estrangeiros, o Código Civil alemão no art. 157 (“Os contratos hão de se interpretar como exigem fidelidade e boa-fé em atenção aos usos do tráfico”) e o Código Civil italiano no art. 1366 (“O contrato deve ser interpretado de boa-fé”) dispuseram acerca da interpretação do contrato conforme a boa-fé.

A boa-fé nos negócios jurídicos cabe dentro da objetiva. A boa-fé negocial traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da outra parte, alcançando todos os participantes da relação jurídica, não importando o ponto de vista psicológico de uma das partes, servindo como norte e padrão de conduta a ser seguido.²⁹¹

Como limitação ao exercício abusivo, faz-se alusão ao art. 187 do Código Civil brasileiro que dispõe que “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.” Distingue-se, entretanto, o ilícito do abuso de direito.

²⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **A doutrina do direito civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p.1.

²⁹¹ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral** (art. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 315.

Conforme os ensinamentos de Santiago Dantas, “[...] o ato ilícito é configurado quando presente o elemento subjetivo que é a violabilidade do ato que pode ser doloso ou culposos; o elemento formal, que é a infração de um dever jurídico imposto pela lei e o elemento material que é o dano, moral ou patrimonial causado pelo ato.”²⁹²

De acordo com Heloísa Carpena, o ilícito, por ser resultante da violação dos limites formais, pressupõe a existência de proibições normativas. Isso significa que é a lei que fixará os limites para o exercício do direito. Já no abuso de direito, não existem limites definidos e fixados aprioristicamente, vez que tais limites serão dados pelos princípios que permeiam o ordenamento jurídico.²⁹³

Renan Lotufo aduz que comete o abuso de direito aquele que ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido.²⁹⁴

No que diz respeito à boa-fé objetiva e ao abuso de direito, José De Oliveira Ascensão menciona que o abuso de direito nos permite aplicações da figura geral da boa-fé centradas no momento do exercício das situações jurídicas.²⁹⁵

Conforme ensina Heloísa Carpena, o abuso de direito supõe um direito subjetivo lícito atribuído ao titular desse direito, no entanto, ao exercê-lo faz com que se torne antijurídico. Ademais, a autora acrescenta que o ilícito é contrário à lei e reprovado pelo ordenamento jurídico e diante disso, não está sujeito a controle de abusividade. O conceito de abuso e ilícito são excluídos mutuamente.²⁹⁶

O Código Civil de 1916 no art. 160, I, dizia que não constituía ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido (Art. 160: “Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”) e o art. 100 declarava que o exercício normal de um direito não se considerava coação (Art. 100: “Não se considera coação a ameaça de exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial”). De acordo com o ensinamento de Clóvis Beviláqua, nesses dois casos, há a evidência da teoria do abuso do direito.²⁹⁷

²⁹² DANTAS, Santiago. **Programa de direito civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. p. 363.

²⁹³ CARPENA, Heloísa. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 382.

²⁹⁴ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral** (art. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 499.

²⁹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 234.

²⁹⁶ CARPENA, op. cit., p. 382.

²⁹⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça : Serviço de Documentação, 1972. p. 295-296.

A partir disso, é possível inferir que exercício irregular é o abuso do direito e o que se considera exercício irregular é o exercício anti-social, ou seja, o exercício que contraria as finalidades pelas quais o direito foi instruído.²⁹⁸

Clóvis Bevilacqua afirma que para o Código de 1916, o abuso do direito é ato ilícito, que consiste no exercício irregular ou anormal do direito, de modo a prejudicar alguém.²⁹⁹

Limongi França define o abuso de direito como um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito.³⁰⁰

A respeito do abuso de direito, existem teorias que buscam esclarecer o objeto que caracteriza tal abuso. Primeiramente, menciona-se a teoria subjetivista que elenca como elemento essencial ao abuso de direito a intenção de prejudicar. Já para a teoria objetivista, basta como elemento caracterizador do abuso de direito o exercício irregular dele, em desacordo com o seu destino, ou a inexistência de interesse legítimo.³⁰¹

No tocante aos Códigos Estrangeiros, o Código Civil português em seu 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”) e o Código Civil paraguaio no art. 372, dispuseram acerca do tema.

*Art. 372. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente.*³⁰²

O critério para configuração do abuso de direito, qual seja o desvio de finalidade social e econômica, está presente no art. 187. No entanto, o referido dispositivo invocou critérios objetivos e prescinde da análise de dano. De acordo com Guilherme Fernandes Neto,

²⁹⁸ DANTAS, Santiago. **Programa de direito civil:** parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. p. 363.

²⁹⁹ BEVILAGUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil.** 4. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça : Serviço de Documentação, 1972. p. 296.

³⁰⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 889.

³⁰¹ Ibid., p. 889-890.

³⁰² “Os direitos devem ser exercidos de boa-fé. O exercício abusivo de direitos não é protegido pela lei e compromete a responsabilidade do agente pelos danos que provoca, quer no exercício com a intenção de causar dano mesmo sem proveito próprio, ou quando contradiz a finalidade que a lei tinha em vista o reconhecimento. A presente disposição não se aplica aos direitos que, pela sua natureza ou de acordo com a lei podem ser exercidos discricionariamente.” (Tradução nossa).

o legislador equivocou ao tentar ampliar o conceito de ilícito para abarcar o abuso de direito.³⁰³

Cumprе salientar que o art. 422 ao mencionar que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” reflete uma regra de conduta e criação de deveres, dentre os quais, o desempenho da conduta das partes pautado na lisura e honestidade no âmbito da relação obrigacional.

Quanto à abrangência do art. 422, o Enunciado 25 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal anuncia que ainda que o art. 422 tenha mencionado a adoção do princípio da boa-fé apenas na execução e na conclusão do contrato, nada obsta que o julgador aplique o princípio nas fases pré-contratual e pós-contratual.

Dessa forma, o Enunciado é transcrito: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.”³⁰⁴

Logo, é possível concluir que, ainda que as fases pré e pós-contratuais não tenham sido mencionadas expressamente no dispositivo, pode ser feita uma interpretação extensiva. O Enunciado permite inferir com clareza o dever geral da boa-fé objetiva na fase pré-contratual e após o término do contrato.

Corroborando com o mesmo entendimento, o Enunciado 170 da III Jornada de Direito Civil aduz que “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase das negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.”³⁰⁵

Dessa forma, o princípio da boa-fé objetiva deve permear todas as fases da relação contratual, desde as tratativas iniciais até depois da execução do contrato.

Cita-se, ainda, o Enunciado 26 da I Jornada de Direito Civil que prevê que a cláusula geral contida no art. 422 impõe ao juiz interpretar, suprir e corrigir o contrato de acordo com a boa-fé objetiva.

³⁰³ FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidade abusivas**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 75.

³⁰⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em: 11 dez. 2015. p. 39.

³⁰⁵ Id. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/view>>. Acesso em: 12 dez. 2015. p. 59.

É definido: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.”³⁰⁶

Deve-se depositar na parte contratante confiança suficiente para alcançar o resultado que almeja, independentemente de determinada conduta estar presente no contrato ou não.

Ainda que o Código Civil de 2002 tenha maior incidência da boa-fé objetiva, há que se mencionar que restam resquícios da boa-fé subjetiva. A título exemplificativo, cita-se a usucapião ordinário que exige além dos requisitos comuns a toda espécie de usucapião como a posse mansa, justa e pacífica, os requisitos específicos, como a boa-fé e o justo título.

A modalidade de usucapião ordinário vem disposta no art. 1242, que dispõe: “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.” A boa-fé presente na usucapião trata-se de boa-fé subjetiva.

USUCAPIÃO ORDINÁRIA. REQUISITOS DO JUSTO TÍTULO - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - DOCUMENTO HÁBIL – VOTO VENCIDO.

- O compromisso de compra e venda de imóvel não transcrito no Registro Imobiliário, constituído pelo instrumento público ou particular, firmado por possuidor a '*non domino*', aliado à **boa-fé subjetiva** do compromissário comprador, emanada do desconhecimento do vício que afeta o negócio jurídico, e quando exercida mansa e pacífica, de modo ininterrupto, no prazo prescrito em lei, não padece de vício formal ou substancial, se tido como título hábil a transferir o domínio e respectiva cessão de direitos ao possuidor, sendo, portanto, justo título necessário à prescrição aquisitiva e para o exercício da usucapião ordinária. V.v.: Justo título, na usucapião ordinária, é aquele hábil à transferência de domínio, não se prestando para tanto, compromisso de compra e venda celebrado por aquele que não tem o domínio do imóvel em discussão. (TJMG. Apelação Cível 1.0471.05.055949-4/001, Relator (a): Des (a) Selma Marques, 11ª Câmara Cível, julgamento em 30/07/2008, publicação da súmula em 23/08/2008).³⁰⁷

Trata-se de boa-fé subjetiva vez que o compromissário comprador desconhece o vício que afeta o negócio jurídico e atua conforme sua consciência. É a boa-fé crença.

A boa-fé não está limitada dentro do direito obrigacional, sendo possível visualizá-la dentro de diversos ramos do direito, tais como o direito das coisas, direito de família, direito processual civil, direito penal e processual penal, dentre outros.

Desse modo, menciona-se a boa-fé objetiva no Direito processual civil e a definição dada por Maria Helena Diniz, demonstrando a aplicação e a utilização da boa-fé.

³⁰⁶ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em: 11 dez. 2015. p. 39.

³⁰⁷ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 15 mar. 2016. (grifo nosso).

Direito processual civil. Qualidade da conduta exigida aos litigantes pela lei, qual seja, a de atuarem no processo com probidade. As partes litigantes devem conduzir-se em juízo evitando a litigância de má-fé e as sanções pela inobservância do princípio da boa-fé. O demandante de má-fé terá responsabilidade civil. Com isso, além de garantir-se o direito do lesado à segurança, protegendo-o contra exigências descabidas, haverá um meio de reparar o dano, exonerando o lesado do ônus de provar a ocorrência da lesão por dolo processual.³⁰⁸

Recentemente foi alterado o Código de Processo Civil, o qual inseriu a boa-fé objetiva em seus dispositivos, dentre os quais, o art. 5º da Lei nº 13.105/15 que reza: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

Em sequência o art. 6º da referida lei aduz que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

A boa-fé objetiva, presente no Código Civil vigente e no Código de Defesa do Consumidor, vinculada à socialidade e à eticidade, agora também se faz presente no Código de Processo Civil em razão da exigência de cooperação entre as partes.

O instituto da boa-fé encontra-se em fase de expansão, sendo que as decisões dos Tribunais possibilitam compreender sua utilização dentro do ordenamento jurídico.

A incidência da boa-fé nas relações obrigacionais tornou-se essencial, ressaltando que mesmo que existam polos opostos é necessário existir um mínimo ético de lealdade e cuidado para com o outro.

Como se determina a lealdade ou a boa-fé? Se a boa-fé tem relação com uma consciência honesta, isto é, com um sentimento de honradez – ter a consciência de que se age decorosamente, ou a confiança legítima de que os demais agem honestamente em seus negócios – esse sentimento possui, não obstante, a virtude de objetivar-se, de dar-se a conhecer mediante certos módulos de conduta preestabelecidos em uma coletividade de homens. Agir com lealdade significa que a pessoa se conforma à maneira corrente das ações dos que agem honestamente, isto é, segundo um determinado padrão de usos sociais e bons costumes.³⁰⁹

A fim de que a obrigação seja cumprida reciprocamente, determinados direitos e deveres são fixados, os quais devem ser cumpridos por ambas as partes, com cooperação mútua.

A dinâmica da relação obrigacional propõe a existência de direitos e deveres para ambos os contratantes e a conduta de cada um deles deve ser pautada pela lealdade e transparência.

A boa-fé objetiva promoveu a concretização dos ditames constitucionais, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade substancial.

³⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 470. (grifo nosso).

³⁰⁹ SILVEIRA, Alípio. **A boa-fé no código civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Universitaria de Direito, 1972. p. 18.

Trata-se de instrumento eficaz que possibilita o alcance da justiça e o equilíbrio nas relações contratuais. Ao mencionar regras de conduta a serem seguidas por ambos os contratantes, almeja lisura e transparência na relação contratual. Busca-se uma relação jurídica mais justa e igualitária entre os contratantes.

CAPÍTULO 2 O *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

2.1 O princípio da proibição ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*)

No direito contemporâneo, o *venire contra factum proprium* teve destaque em 1912 com a obra “*Venire contra factum proprium – Studien in Romischen, Englischen und Deutschen Civilrecht*” de Erwin Riezler, que resgatou nas fontes romanas e na obra dos glosadores e pós-glossadores a ideia de proibição ao comportamento contraditório. O professor da Universidade de Freiburg lançou a proibição de tal comportamento em debate acadêmico na Alemanha do início do século XX.¹

O princípio da proibição ao comportamento contraditório tem fundamento constitucional, qual seja, no princípio da solidariedade social que está expresso na Constituição Federal no art. 3º, inciso I como um dos objetivos da República brasileira.² O *venire contra factum proprium*, ao proteger a confiança, é considerado um instrumento de concretização do princípio da solidariedade social.

É fruto, assim, de uma evolução na perspectiva do direito, que vem transcender a ótica individualista do agente que pratica a conduta, para, em uma postura mais solidária, proteger aqueles sobre quem a conduta se reflete, diminuindo a insegurança e a incerteza que tendem a acompanhar as relações sociais em uma realidade complexa, massificada e despersonalizada.³

O *vcfp* é considerado uma expressão da solidariedade social, que se perfaz no respeito à legítima confiança despertada na parte contratante. A solidariedade é um valor repensado à luz da nova ética contemporânea, que está atrelada a ideia de dar importância ao outro, de respeitá-lo.

O solidarismo contemporâneo atua contra a ética liberal-individualista, buscando a tutela da condição humana de todas as pessoas e entre elas. Impõe-se que se reconheça que todo comportamento individual tem repercussão na esfera do outro, o que deixa todos responsáveis

¹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 43.

² “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Anexo. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015).

³ SCHREIBER, op. cit., p. 4.

em preservar a condição humana alheia.⁴

Na perspectiva liberal, o direito voltava-se exclusivamente para a vontade daquele que praticou a conduta. Por outro lado, a perspectiva solidarista abarca também o destinatário do ato ou aquelas pessoas que sofrem os reflexos de tal ato.⁵

Caso determinado ato seja praticado sem coerência diz-se que esse ato foi praticado sem uma sequência lógica e em contrariedade. Atua-se sem coerência quando determinada pessoa realiza uma conduta em contrariedade com aquela inicialmente realizada.

A contradição faz-se presente no ser humano e nas relações intersubjetivas que o rodeiam. Dessa forma, é possível inferir que a incoerência é uma característica inerente ao ser humano.

A proibição ao comportamento contraditório não tem o condão de limitar absolutamente que a pessoa altere seu comportamento. Almeja-se conter o exercício desse livre arbítrio a fim de proteger aquele que confiou, resguardando a segurança jurídica. O exercício do livre arbítrio desmedido pode causar prejuízo para a contraparte.

Em razão das mudanças de conduta e de comportamento é que se tutela o princípio da proibição ao comportamento contraditório. Busca-se tutelar a legítima expectativa e a confiança daquele que acreditou que o primeiro comportamento realizado seria mantido.

Diante disso, a proibição do comportamento não tem a finalidade de manter por si só a coerência, sendo razoável quando a contradição possa violar as expectativas despertadas em outrem, causando-lhe prejuízos. Se ausentes as expectativas e a legítima confiança capaz de causar prejuízo a alguém não há que se falar em impor a coerência com um comportamento anterior.⁶

Através do princípio da vedação ao comportamento contraditório preserva-se a segurança jurídica, possibilitando uma maior certeza na relação jurídica.

O *venire contra factum proprium* está inserido na teoria dos atos próprios que diz respeito à vedação de ir contra seus próprios atos. A teoria busca impedir o exercício de um direito por aquele que quer alterar seu comportamento, quebrando a confiança depositada na parte contrária.

Se o contratante exerce o seu direito e em decorrência desse direito exercido causa prejuízo para a parte contrária, o exercício será considerado inadmissível.

⁴ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 36.

⁵ Ibid., p. 41-42.

⁶ Ibid., p. 63.

Busca-se tutelar a confiança, afastando os comportamentos incoerentes. O *venire contra factum proprium* está atrelado diretamente à boa-fé objetiva, vez que o indivíduo ao atuar em contrariedade quebra a expectativa criada na outra parte e por consequente, o comportamento contraditório viola a boa-fé.

Conforme preceitua Anderson Schreiber, o *venire contra factum proprium* é um abuso do direito por violar a boa-fé. O comportamento contraditório é considerado abusivo de forma que aparentemente é apresentado como lícito e se torna ilícito ou inadmissível. O exercício de tal comportamento se analisado em conjunto com o comportamento anterior vê-se contrário à confiança despertada, o que releva a contrariedade à boa-fé objetiva.⁷

Com relação à boa-fé e ao abuso de direito, cumpre ressaltar que a boa-fé objetiva é mais ampla que o abuso de direito, vez que além de impedir o exercício do direito que lhe seja contrário, também impõe comportamentos e desempenha a função de critério hermenêutico-interpretativo nas relações negociais.⁸

A vedação ao comportamento contraditório pressupõe a existência de dois comportamentos aparentemente lícitos, sendo que o segundo (*venire*) contraia o primeiro (*factum proprium*). Se cada comportamento for analisado isoladamente, nota-se que nenhum deles será considerado ilícito.

Diante do comportamento contraditório há uma quebra da confiança, uma vez que, em razão de um comportamento anteriormente realizado, cria-se uma justa expectativa na parte de que haverá a continuidade daquele comportamento.

A expressão *venire contra factum proprium*⁹ funda-se na prática de um comportamento diferente do anterior, sendo contrário à boa-fé objetiva, vez que não vai de acordo com as expectativas criadas.

O *vcfp* é considerado uma concreção da boa-fé objetiva, conforme o disposto no Enunciado 412 ao mencionar que “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma

⁷ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 79.

⁸ Ibid., p. 78.

⁹ Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro afirma que a proibição de *venire contra factum proprium* representa um modo de exprimir a reprovação por exercícios inadmissíveis de direitos e posições jurídicas. Perante comportamentos contraditórios, a ordem jurídica não visa a manutenção do status gerado pela primeira atuação, que o Direito não reconheceu, mas antes a proteção da pessoa que teve por boa, com justificação, a atuação em causa. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 769-770).

situação jurídica subjetiva, tais como *suppressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.”¹⁰

O *venire contra factum proprium*¹¹ limita o direito subjetivo do sujeito caso seu comportamento afronte o preceito da confiança. Com isso, questiona-se a limitação do direito subjetivo quando for um direito inserido no rol dos direitos fundamentais.

A vedação ao comportamento contraditório é admitida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira. No entanto, não há previsão de norma geral expressa.

O *vcfp* pressupõe a existência de dois comportamentos lícitos que apresentam incoerência entre eles. Nas palavras de Menezes Cordeiro, o “*Venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo.”¹²

Ademais, cumpre ressaltar que, se o comportamento posterior decorrer de violação da obrigação do comportamento anterior, não há que se falar em *venire contra factum proprium*. Trata-se de mero inadimplemento.

Para a configuração do *vcfp*, Judith Martins-Costa elenca elementos objetivos e subjetivos, dentre os quais: a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; a adesão da contraparte vez que confiou neste fato; o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.¹³

Em razão da configuração do *vcfp*, é possível elencar consequências jurídicas que são analisadas em cada caso concreto. Dentre as consequências menciona-se a manutenção do comportamento anterior, a indenização por eventuais danos causados àquela parte que atuou conforme os preceitos da lealdade e probidade e o desfazimento do ato contraditório.

[...] atuando o fornecedor em sentido contrário do que informou ao consumidor (*venire contra factum proprium*), deverá o fornecedor, uma vez vinculado *ex lege* por essas promessas e atuações, cumprir o contrato totalmente. O fornecedor deverá realizar as

¹⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>>. Acesso em: 15 mar. 2016. p. 70.

¹¹ Conforme preleciona Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro o *venire contra factum proprium*, dotado de carga ética, psicológica e sociológica negativa atenta, necessariamente, contra a boa-fé, conceito portador de representação cultural apreciativa e que, para mais, está, na tradição romanística do *Corpus Iuris Civilis*, num estado de diluição que a tona onnipresente. (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 753).

¹² Ibid., p. 745.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 471.

expectativas (agora legítimas) do consumidor, adimplir seu dever principal e seus deveres anexos.¹⁴

Insta ressaltar que diversos são os desdobramentos da boa-fé objetiva e por serem institutos próximos, há de se ter cautela a fim de não confundi-los.

Menezes Cordeiro afirma que há *vcfp* quando uma pessoa manifesta a intenção de não praticar determinado ato e depois o pratica e quando uma pessoa, de modo a não ficar adstrita, declara pretender desenvolver determinado ato e posteriormente, não o faz.¹⁵

Desse modo, o *vcfp* pode ser visualizado em duas situações: quando a pessoa diz que não praticará determinado ato e posteriormente o faz e quando diz que praticará determinado fato e não o faz.

Cumprе salientar que diante dessas duas modalidades citadas, existem as submodalidades. Quando alguém demonstra não ter a intenção de praticar determinado ato e o faz, pode ser condenado em determinadas situações, ainda que o ato seja permitido, por integrar o conteúdo de um direito subjetivo.

A partir disso, Menezes Cordeiro aponta três grupos: 1º) o titular-exercente manifesta que não tem a intenção de exercer um direito potestativo e o exerce; 2º) o titular-exercente indicia não ir exercer um direito comum subjetivo, mas o exerce; 3º) a pessoa age ao abrigo de uma permissão genérica de atuação e não de um direito subjetivo, potestativo ou comum.¹⁶

O *vcfp* tem caráter subsidiário, ou seja, é aplicado quando não houver na lei disposição acerca dos efeitos jurídicos de um ato contraditório.

Dessa forma, o *venire contra factum proprium* é utilizado quando não existir regra específica imposta àquele ato contraditório. Isso quer dizer que se existir uma regra mais específica, não se deve utilizar o *venire contra factum proprium*.

Cumprе salientar que se a lei mencionar uma situação que traz solução para o ato contraditório, não se faz menção ao *vcfp*. Da mesma forma se a lei dispuser sobre sanção para a contradição também não haverá aplicação do *venire contra factum proprium*.

A proibição ao comportamento contraditório aplica-se aos atos que não são originariamente vinculantes, ou seja, aqueles atos que o próprio ordenamento prevê uma sanção para sua contradição e aos atos que o legislador não tenha se manifestado quanto à sua contradição. Desse modo, a aplicação do *venire contra factum proprium* é subsidiária por estar

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 203.

¹⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 746-747.

¹⁶ Ibid., p. 747-748.

restrita às situações que a lei não incide, autorizando ou proibindo o comportamento contraditório.¹⁷

A vedação de contraditar seus próprios atos não é absoluta, vez que cada caso possui suas peculiaridades e por isso, deve ser examinado o caso concreto. Há necessidade de avaliar cada caso tendo em visto que podem ocorrer injustiças.

Insta ressaltar que na figura do *vcfp* não é questionada a intenção do indivíduo. Não se discute o intuito do indivíduo ao realizar dois atos distintos que culminam em uma contradição. Afasta-se, com isso, a subjetividade quando não é discutida a consciência ou estado de ânimo do indivíduo ao praticar atos em contradição.

O Código Civil de 1916 não continha nenhuma previsão acerca do comportamento contraditório. Isso resulta da influência que o projeto elaborado em 1899 sofreu das codificações europeias dos séculos XVIII e XIX.¹⁸

Referido diploma legal previu o art. 1146 que tem semelhança com a atual figura do *venire contra factum proprium*, ao dispor: “Se o comprador não fizer declaração alguma dentro do prazo, reputar-se-á perfeita a venda, quer seja suspensiva a condição, quer resolutiva; havendo-se, no primeiro caso, o pagamento do preço como expressão de que aceita a coisa vendida.”¹⁹

O dispositivo mencionado tratava da compra e venda *a contento*, que consiste na possibilidade de o contrato ser desfeito caso o comprador não agrade da coisa. Contudo, diante do pagamento do preço, presume-se a aceitação do bem, não sendo lícito que o comprador mencione o seu desagrado com a coisa. Proíbe-se, dessa forma, que depois de aceito o preço, o comprador atue sem coerência alegando seu desagrado.

Da mesma forma, o Código Civil de 2002 também não apresentou norma geral expressa que veda o comportamento contraditório.

No entanto, diversas normas que perpassaram ao longo dos anos, do direito romano às codificações europeias até o Código Civil de 1916, foram acolhidas também pelo Código Civil de 2002, as quais revelam uma “subjacente repressão legislativa ao comportamento contraditório.”²⁰

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 65-66.

¹⁸ Ibid., p. 46.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm#art1806>. Acesso em: 12 set. 2015.

²⁰ SCHREIBER, op.cit., p. 48.

Ressalta-se que o Código Civil de 2002 possui disposições específicas que proíbem a contradição, bem como possui disposições que permitem a contradição. As disposições que permitem a contradição não são consideradas normas abusivas ou ilegítimas. Ocorre que, em determinada situação específica viu-se necessário a admissão da contradição.

Inicialmente, há que se mencionar as disposições que permitem o comportamento contraditório. O art. 428 elenca hipóteses em que a proposta deixa de ser obrigatória. O inciso IV autoriza o proponente a retratar-se da proposta se o oblato tiver o conhecimento da retratação, antes ou simultaneamente ao seu recebimento. Nesse caso, é autorizada a contradição no comportamento do proponente que, inicialmente, aceitou a proposta e posteriormente, fez a retratação.

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I – se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II – se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta do conhecimento do proponente; III – se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV – se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.²¹

Cita-se, ainda, o art. 438 que trata da estipulação em favor de terceiro e autoriza a reserva contratual ao estipulante para substituir o terceiro designado no contrato. Assim, uma vez escolhido o beneficiário de uma estipulação em favor de terceiro e existindo a reserva contratual, o estipulante é autorizado a contradizer, substituindo-o.

Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante. Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade.

O art. 791 diz respeito ao seguro de vida e segue a mesma linha de raciocínio do art. 438 quanto à substituição do beneficiário. No entanto, possibilita tal substituição ainda que não exista a previsão de reserva no contrato.

Art. 791. Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade. Parágrafo único. O segurador, que não for cientificado oportunamente da substituição, desobrigar-se-á pagando o capital segurado ao antigo beneficiário.

²¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

A vedação ao comportamento contraditório também não é aplicada no caso do testamento, o qual pode ser revogado, conforme o disposto no art. 1969 do Código Civil que dispõe que “O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito.”²² Com isso, a pessoa que instituir o testamento pode contrariar o comportamento anteriormente realizado por meio da revogação.

Mencionam-se, ainda, as disposições específicas que proíbem a contradição, tal como o disposto no art. 175, ao dispor que “A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.”

O dispositivo veda a pretensão anulatória do devedor que confirmou expressamente o negócio ou ao qual deu voluntária execução, consciente do vício existente. Proíbe-se, com isso, que o devedor pleiteie a anulação do negócio, uma vez que inicialmente o confirmou ou o executou de forma voluntária, sabendo do vício e posteriormente alega o vício a fim de anular o negócio.

O parágrafo único do art. 619 também aborda uma situação específica que proíbe a contradição, ao dispor sobre o contratante que comparece à obra fazendo contínuas visitas e nunca questionou os aumentos e acréscimos realizados na obra e posteriormente, nega-se a pagar em razão de não ter sido expressamente estipulado no contrato.

Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra. Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.

Em razão da falta de norma geral que consagra o princípio do *venire contra factum proprium*, sua inclusão no âmbito da cláusula geral da boa-fé facilita sua aplicação nas relações privadas.²³

²² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

²³ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 71.

2.2 A relação da boa-fé objetiva com a segurança jurídica e a tutela da confiança

Proíbe-se o exercício de um comportamento que não condiz com aquele anteriormente adotado a fim de tutelar a confiança. Frise-se que além do comportamento contraditório ser proibido, devem ser reparados os eventuais danos causados decorrentes da contradição.

A realização de um comportamento contraditório apresenta-se como uma violação à confiança e tal comportamento é considerado abusivo. Dessa forma, a pessoa que acreditou e teve sua legítima expectativa frustrada tem direito a indenização.

Cumprе esclarecer que, a pessoa prejudicada, em razão do comportamento contraditório, não tem que provar a culpa ou o dolo de outrem. Afasta-se, com isso, a demonstração da negligência, imprudência e imperícia. Trata-se de ato ilícito *lato sensu*.

A configuração do *venire contra factum proprium* pode ser usada como prova de abusividade e de consequente título para a reparação do eventual dano causado. Trata-se de um abuso de direito por violar a boa-fé objetiva, conforme disposto no art. 187 do Código Civil. O legislador brasileiro optou por considerar o ato abusivo como ato ilícito *lato sensu*, o qual dispensa prova de culpa. Ao contrário do ato ilícito *stricto sensu*, o qual não dispensa prova de culpa.²⁴

Existem situações em que há a violação da confiança com a consequente ocorrência do *vcfp* e o sujeito passivo pleiteia o desfazimento do ato contraditório. Tal desfazimento é uma forma de reparar o dano causado àquele que acreditou que a conduta inicialmente realizada seria mantida.

Em síntese, quando praticado o ato contraditório, é possível pleitear o seu desfazimento a cargo do responsável ou de terceiro à sua custa. Todavia, pode ser que não seja possível desfazê-lo em razão de existir interesse social na permanência do ato. Nesse caso, o prejudicado deverá buscar o ressarcimento pecuniário.²⁵

Busca-se, com isso, resguardar a legítima expectativa depositada no contrato. Ao cometer um ato em contrariedade, fica evidenciada a deslealdade face àquele que confiou.

A boa-fé intervém, ao menos precipuamente, em conjunturas de relação, ao fixar regras de conduta. Fixa posições relativas das partes, levando a uma relação equilibrada, que corresponde às expectativas normais. Por isso tem sido referida com frequência na ordem jurídica alemã à proteção da confiança.²⁶

²⁴ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 110.

²⁵ Ibid., p. 111-112.

²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 150.

O bem jurídico a ser tutelado é a confiança depositada por uma das partes em uma relação contratual. A falta de coerência diante de um comportamento contraditório é afastada pelo direito com respaldo no princípio da boa-fé objetiva, o qual vislumbra a ética e a lealdade desde as tratativas iniciais até a fase pós-contratual.

Em razão da tutela da confiança não estar prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, utiliza-se a cláusula geral da boa-fé objetiva como fundamento normativo para o *venire contra factum proprium*, conforme disposto no art. 422 do Código Civil (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”).²⁷

Frise-se, ainda, que a proibição ao comportamento contraditório está atrelada à ideia de segurança jurídica, vez que a parte não deve ser surpreendida em razão de um comportamento em contrariedade com aquele que se esperava.

É o que pondera Anderson Schreiber ao afirmar que “O *nemo potest venire contra factum proprium* vem surgir como fator de segurança, tutelando todas as expectativas legítimas despertadas no convívio social, independentemente da incidência de qualquer norma específica.”²⁸

Dessa forma, ao vedar o comportamento contraditório, busca-se preservar a segurança jurídica, a qual deve permear uma relação contratual e a confiança daquele que verdadeiramente confiou.

2.3 Pressupostos de aplicação da vedação ao comportamento contraditório

De acordo com Anderson Schreiber os pressupostos de aplicação de uma norma jurídica são os componentes da situação fática sobre a qual a norma incide.²⁹ Busca-se, a partir do *venire contra factum proprium* tutelar a confiança e dessa forma, os pressupostos de aplicação devem voltar-se para alcançar tal tutela.

Diante disso, é possível inferir que, para a configuração do princípio de proibição ao comportamento contraditório, são necessários quatro pressupostos: (a) o *factum proprium*, ou seja, a primeira conduta; (b) a legítima confiança; (c) o *venire*, isto é, o comportamento contraditório capaz de violar a confiança despertada na parte contrária; (d) o dano, efetivo ou potencial, causado em razão da conduta contraditória.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 67.

²⁸ Ibid., p. 92.

²⁹ Ibid., p. 86.

2.3.1 O fato próprio (*factum proprium*)

O primeiro pressuposto do *venire contra factum proprium* a ser analisado é o *factum proprium*. Trata-se da conduta inicial, do primeiro comportamento. O *factum proprium* não é um ato jurídico, mas torna-se um em razão da necessidade de proteger a confiança gerada na parte contrária. Diante disso, o fato próprio produz efeitos jurídicos quando gera a legítima confiança.

Da mesma forma, não é correto afirmar que o *factum proprium* é juridicamente eficaz. A título ilustrativo, Anderson Schreiber cita o exemplo de alguém que entra em contato com determinada pessoa a fim de negociar para a formação de um contrato. A conduta, a princípio, é juridicamente irrelevante por não preencher os pressupostos da proposta. O ordenamento jurídico não prevê norma que impeça a contradição a esse primeiro comportamento. É em razão do *venire contra factum proprium* que a contradição pode gerar consequências.³⁰

Em síntese, não é possível inferir que o *factum proprium* é juridicamente relevante, de tal modo que em muitos casos é considerado irrelevante perante o ordenamento jurídico positivo e por isso é necessário verificar se a confiança foi despertada, configurando assim, o princípio do *venire contra factum proprium*.

Ressalta-se que o *factum proprium* não é uma conduta vinculante, mas torna-se vinculante quando desperta a confiança em alguém, configurando o princípio de proibição do comportamento contraditório e impõe a quem praticou a conduta a conservação do seu sentido objetivo.³¹

Segundo Judith Martins-Costa, a proibição do *vcfp* não pretende proteger a conduta inicial (*factum proprium*), mas sim de “[...] sancionar a própria violação objetiva do dever de lealdade para com a contraparte.”³²

Caso o primeiro comportamento, *factum proprium*, seja praticado com algum vício do consentimento ou de vontade, não haverá a aplicação do *venire contra factum proprium*, em virtude de a conduta anterior ser inválida. O *vcfp* não admite situações em que o ato praticado é considerado ilícito. Dessa forma, a conduta deve ter sido praticada livremente e conforme a vontade do indivíduo.

³⁰ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 90.

³¹ Ibid., p. 88.

³² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 471.

A partir do *factum proprium*, é despertada na parte contrária a confiança de que a conduta realizada será mantida, ou seja, quando um comportamento é adotado, cria-se a expectativa de que a conduta posterior será coerente com a anterior.

Não há que se falar na impossibilidade da retratação. O que não é admitido é que a expectativa criada na contraparte seja frustrada, ou seja, que se frustre a confiança depositada.

Busca-se proteger a boa-fé do contratante que acreditou e confiou que haveria a continuidade da conduta inicialmente realizada. Protege-se aquele que confiou e que criou expectativas.

2.3.2 A legítima confiança

Para a configuração do *vcfp*, além da presença do *factum proprium* é necessário que referido fato desperte a legítima confiança. Cumpre salientar que se houver previsão expressa que admita a contradição, não há que se falar em legítima confiança. Nesse caso, exclui-se a legitimidade da confiança.

A imprevisibilidade da mudança de comportamento liga-se mais à questão da legitimidade da confiança do que à configuração da confiança em si. Não se pode considerar legítima a confiança despertada em um comportamento que tenha sido declarado contrariável, pela lei ou por quem o pratica.³³

O Enunciado 362 do Conselho de Justiça Federal traduz a ideia que o *venire contra factum proprium* tem fundamento na tutela da confiança e dispõe: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.”³⁴

A fim de verificar a adesão à conduta inicialmente realizada (*factum proprium*), e por consequente, a legítima confiança despertada, Anderson Schreiber cita indícios gerais não cumulativos que são verificados em cada caso concreto: (i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*; (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas; (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial; (iv) o grau

³³ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 93.

³⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VI Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web/view>>. Acesso em: 15 mar. 2016. p. 164.

elevado de sua repercussão exterior; (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento.³⁵

Judith Martins-Costa anuncia que o fundamento técnico-jurídico do *venire contra factum proprium* encontra-se na proteção da confiança da contraparte. É a proteção da confiança que faz conexão entre o *venire contra factum proprium* e a boa-fé objetiva.³⁶

2.3.3 Contradição ao fato próprio (*venire*)

O terceiro pressuposto de aplicação ao *venire contra factum proprium* é o ato do *venire*, que consiste no ato contraditório. É aquele que se contrapõe ao fato anteriormente praticado, ou seja, ao *factum proprium*. A contradição deve ser evidente e notória.

Cumpra esclarecer que não tem relevância a intenção ou propósito do sujeito que praticou o comportamento contraditório. Exige-se somente a contradição em sentido objetivo, sendo irrelevante para a configuração do princípio do comportamento contraditório a verificação da intenção e ânimo da pessoa.³⁷

Dessa forma, para a configuração do *vcfp* não é analisada a intenção ou o ânimo da pessoa que praticou o ato contraditório. Ademais, para configurar o *venire* é necessário que a expectativa criada e a confiança depositada sejam quebradas, não abarcando situações que despertam apenas uma dúvida ou que abram margem a mais de uma interpretação.

O lapso temporal entre a conduta inicial (*factum proprium*) e o comportamento contraditório (*venire*) é irrelevante. No entanto, deve-se atentar ao fato de que o comportamento contraditório deve ser posterior ao comportamento inicial.

Questiona-se se, para a configuração do *venire contra factum proprium*, é necessário que exista identidade de sujeitos. Identifica-se a identidade de sujeitos quando a conduta inicial e a conduta contraditória partem de um mesmo sujeito e se dirige também a um mesmo sujeito, ou seja, quando a relação jurídica é estabelecida entre aquele que pratica determinada conduta (*factum proprium*) e posteriormente age de forma contraditória (*venire*) e aquele que confiou e teve a confiança quebrada.

O sujeito ativo é aquele que entrou em contrariedade em seu ato, isto é, teve um comportamento inicial e posteriormente, atuou de forma contraditória. Já o sujeito passivo é aquele que acreditou que o comportamento inicial seria mantido.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório:** tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 93.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 471.

³⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 95.

Inicialmente, atenta-se que, para a configuração do *venire contra factum proprium*, a identidade do sujeito passivo é dispensada, tendo em vista que basta que o comportamento inicial tenha atingido a confiança.

Anderson Schreiber cita, em sua obra, o caso do fabricante de automóveis que tem o hábito de substituir os veículos que apresentam defeitos nos 02 (dois) primeiros anos de fabricação. Um consumidor adquire o automóvel, ciente da prática habitual do fabricante do carro, e o automóvel apresenta defeito grave dentro do período bienal. Ao entrar em contato com o fabricante, o consumidor é informado que, por força do contrato, sua obrigação estaria limitada ao primeiro ano apenas.³⁸

Diante disso, houve a quebra da expectativa criada no comprador. No entanto, a conduta inicial do fabricante não foi praticada somente frente a esse determinado comprador, mas a todos os outros compradores. Nessa situação, o sujeito passivo abarca os diversos consumidores que adquiriram o carro. Despertou-se a legítima confiança de que o comportamento seria mantido. Assim, restou demonstrado que o *vcfp* pode ser configurado ainda que sem identidade do sujeito passivo.

Por outro lado, questiona-se a identidade de sujeito ativo das condutas. Não necessariamente os sujeitos que emitem a conduta inicial são os mesmos que emitem a conduta contraditória.

Cita-se o exemplo mencionado por Anderson Schreiber de dois devedores solidários que procuram o credor, oferecendo-lhe um barco, pertencente a um deles como forma de dação em pagamento. O credor não é obrigado a aceitar coisa diversa da que foi pactuada e dessa forma, recusou a oferta. Posteriormente, ingressou em juízo apenas contra o devedor proprietário do barco, vez que o outro devedor era insolvente. No entanto, o devedor recusou a nomear o barco à penhora informando que se tratava de instrumento necessário ao exercício de sua profissão, sendo impenhorável.³⁹

No caso citado, há nítido descompasso da conduta posterior com a conduta anteriormente realizada, configurando o *vcfp* mesmo não existindo identidade dos sujeitos ativos. Inicialmente, os dois devedores solidários ofereceram o barco ao credor como forma de dação em pagamento (*factum proprium*), ainda que pertencente a apenas um deles. Não foi mencionado em nenhum momento que o barco era utilizado para o exercício da atividade profissional e dessa forma, impenhorável.

³⁸ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 103.

³⁹ Ibid., p. 104.

Posteriormente, somente o devedor proprietário do barco foi acionado judicialmente pelo credor e não nomeou o barco à penhora, alegando que a embarcação era indispensável para sua profissão. Em síntese, o *factum proprium*, referente ao oferecimento do barco para o adimplemento da dívida foi praticado pelos dois devedores; e o comportamento contraditório por apenas um deles.

2.3.4 Dano efetivo ou potencial

Para a configuração do *vcfp* também é necessário que o comportamento repercuta na esfera jurídica da outra parte, acarretando prejuízos para aquele que efetivamente confiou. Isso significa que é necessária a ocorrência de um dano efetivo ou potencial para a parte contratante que criou expectativas de que o outro sujeito da relação contratual manteria seu comportamento inicialmente realizado.

Os danos potenciais ou ofensivos incluem despesas efetuadas em razão das expectativas criadas, abarcando danos emergentes e lucros cessantes. Se realizado o comportamento contraditório e tiver ocorrido o dano haverá reparação, impondo o desfazimento da conduta posterior ou o ressarcimento pecuniário dos danos.⁴⁰

Cumprе ressaltar que nem sempre os danos decorrentes do comportamento contraditório são patrimoniais. Ademais, ao ferir a legítima confiança pode-se originar um dano moral. O *venire contra factum proprium* também incide em situações existenciais, como ocorre nos contratos de plano de saúde, na relação existente entre o beneficiário e a operadora de plano de saúde.

O *vcfp* é caracterizado como um ato ilícito e dessa forma, todo aquele que, por ato ilícito, causar dano a alguém é obrigado a repará-lo, conforme o disposto no art. 927 do Código Civil (“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”).

2.4 Derivações do princípio do *venire contra factum proprium*

Após o exame dos pressupostos de aplicação do *venire contra factum proprium* faz-se necessário apresentar as demais modalidades que são assemelhadas à vedação ao comportamento contraditório. Não raro o *venire contra factum proprium* é confundido com as outras

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 101.

formas de abuso de direito em razão de sua similitude.

2.4.1 *Tu quoque*

A figura do *tu quoque* decorre da expressão “*Tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili?*” que consiste na indagação que Júlio César, em 44 a.C, fez ao identificar que Marco Júnio Bruto, a quem considerava filho, conspirou para seu assassinato. *Tu quoque* significa “até tu”, “também tu” e expressa surpresa, espanto.⁴¹

Configura-se o *tu quoque* quando alguém não respeita uma regra de conduta e tem a intenção de reprimir outrem pelo mesmo comportamento. É o que pondera José de Oliveira Ascensão ao mencionar que o *tu quoque* funciona em situações de relação intersubjetiva e que existem situações em que um sujeito, que praticou uma violação, atinge a boa-fé se argui violações da outra parte.⁴²

Segundo José de Oliveira Ascensão, o *tu quoque* “[...] serve para paralisar os efeitos de uma violação (objetiva) da relação em detrimento da parte que, por violação anterior, alterou o equilíbrio substancial prosseguido.”⁴³

Cita-se o art. 105 e o art. 180 do Código Civil que traduzem a essência da figura do *tu quoque* no Código Civil de 2002. O art. 105 diz respeito à vedação a uma das partes de invocar a incapacidade relativa da outra em benefício próprio, apontando que também não aproveitará aos cointeressados capazes, com a exceção se o objeto do direito ou da obrigação comum forem indivisíveis.

Art. 105. A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.⁴⁴

Em seguida, o art. 180 do Código Civil diz respeito ao menor, com idade de 16 a 18 anos, que ocultou a idade quando inquirido pela outra parte ou que se declarou maior quando assumiu uma obrigação. Não é possível eximir-se da obrigação invocando sua incapacidade.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 120.

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral. Relações e situações jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 235.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.⁴⁵

O *tu quoque* é o emprego desleal de critérios valorativos para situações substancialmente idênticas.⁴⁶ Na figura *tu quoque*, há a violação de um dever legal ou contratual e a pessoa que infringiu a norma quer exigir da parte contrária o cumprimento da mesma conduta que foi por ela contrariada.

Para a configuração do *tu quoque*, é indispensável a presença da incoerência, assim como na figura do *venire contra factum proprium*.

No entanto, distinguem quanto à ilicitude: na figura do *tu quoque* o ato praticado é ilícito, vez que viola uma conduta que é exigida legal ou contratualmente; já o *venire contra factum proprium* possuiu dois comportamentos contraditórios que, se analisados isoladamente, são lícitos, sendo que a ilicitude é configurada na incoerência entre eles.

O *venire contra factum proprium* poderia, em leitura apressada, integrar o *tu quoque*: a pessoa que desrespeita um contrato e exige, depois, a sua observância a contraparte, parece incorrer em contradição. Essa integração pressuporia um alargamento prévio do *venire*, uma vez que, no *tu quoque*, a contradição não está no comportamento do titular-exercente em si, mas nas bitolas valorativas por ele utilizadas para julgar e julgar-se. Em qualquer dos casos, dada a grande extensão já decelada no *venire*, nada impediria que o *tu quoque* lhe representasse um subtipo mais concreto, com especificidades bastantes para incluir princípios próprios.⁴⁷

Com isso, é possível inferir que o *tu quoque* pode ser considerado um subtipo do *venire contra factum proprium*. Cumpre salientar que o *venire contra factum proprium* e o *tu quoque* protegem objetos distintos: o *vcfp* busca tutelar a boa-fé daquele que confiou e criou expectativa; já o *tu quoque* tem o escopo de punir a má-fé daquele que quer valer-se da própria torpeza.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 121.

⁴⁷ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 843.

2.4.2 *Suppressio (Verwirkung)*

De acordo com Menezes Cordeiro, a *suppressio* tem origem jurisprudencial e suas manifestações mais antigas deram-se no domínio da venda de ofício comercial, a favor do comprador, sendo consignadas em decisões do então *Reichsoberhandelsgericht*.⁴⁸

Em alemão, tem-se a denominação *Verwirkung*. A expressão *Verwirkung* foi difundida pela jurisprudência alemã a partir do final da Primeira Guerra Mundial para tornar inadmissível o exercício de um direito em razão de seu “retardamento desleal.”⁴⁹ Em razão de não ter uma tradução para o português, manteve-se a expressão *suppressio* proveniente do latim.

A *suppressio* consiste na impossibilidade do exercício de um direito em virtude da inércia daquele que deveria ter exercido e não o fez. O indivíduo não poderá mais exercer o direito por não ter o exercido durante um grande espaço de tempo.

Na figura da *suppressio*, a parte cria a expectativa de que o direito não mais será exercido em razão da inércia do outro sujeito da relação contratual. Dessa forma, além da inércia do sujeito, é necessário que a confiança seja despertada de tal modo que a parte contrária acredite que o direito não mais será exercido.

Para a configuração da *suppressio* exige-se o transcurso de prazo e que seja depositada na contraparte a confiança de que tal direito não mais seria exercido. O sujeito atua deslealmente ao criar no outro a expectativa de que não mais exerceria o direito.

Renan Lotufo conceitua a figura da *suppressio* como uma situação de inércia no exercício de direito, por um lapso de tempo, que não permite mais o exercício, por contrariar a boa-fé. E reitera que não há que se fazer confusão com caducidade, ou decadência e preclusão, vez que não se falou em extinção do direito e nessas figuras, não tem a necessidade da boa-fé.⁵⁰

É imperioso ressaltar que o instituto da *suppressio* não se confunde com a prescrição e a decadência, as quais, dizem respeito à incidência do tempo nas relações jurídicas. A prescrição e a decadência exigem apenas a inércia do titular do direito; já a *suppressio* exige também que seja despertada a confiança no outro sujeito.

⁴⁸ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 798.

⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 122.

⁵⁰ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral** (art. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 504.

Dessa forma, é possível inferir que o indivíduo que não exerce seu direito em determinado espaço de tempo, tem esse direito suprimido por ter agido deslealmente ao fazer com que a parte contrária acreditasse que tal direito não mais seria exercido.

Questiona-se qual o lapso temporal necessário para que o indivíduo tenha seu direito suprimido, ou seja, para que não possa mais exercer o seu direito. O que deve ser analisado é a proteção da confiança estabelecida entre as partes contratantes.

Ressalta-se o ponto em comum do *venire contra factum proprium* e da *suppressio*: as duas figuras não visam punir o titular do direito, evidenciando sua má-fé; visam proteger a boa-fé da parte contrária. Ao contrário do *tu quoque*, o qual evidencia a má-fé do contratante.

A *suppressio* também pressupõe uma contradição a um *factum proprium*, que é configurado como um comportamento omissivo. A inadmissibilidade do exercício do direito decorre do fato da conduta omissiva (inatividade) ter criado na outra parte a confiança de que o direito não mais seria exercido. Trata-se de uma subespécie de *venire contra factum proprium*.⁵¹

De acordo com Menezes Cordeiro, é possível a inserção da figura da *suppressio* no âmbito da proibição do *venire contra factum proprium*: “[...] o titular do direito, abstendo-se do exercício durante um certo lapso de tempo, criaria, na contraparte, a representação de que esse direito não mais seria actuado; quando, supervenientemente, viesse agir, entraria em contradição.”⁵²

2.4.3 *Surrectio* (Erwirkung)

A figura da *surrectio* está diretamente relacionada à figura da *suppressio*. O instituto da *surrectio* diz respeito aos direitos que surgiram para a parte que é protegida pelo instituto da *suppressio*, qual seja, a parte que confiou que o direito não mais seria exercido em razão da inércia do outro sujeito da relação contratual. A partir da *surrectio* surge um novo direito.

Traçando um comparativo entre os dois institutos, Menezes Cordeiro afirma que a *suppressio* que significa o desaparecimento de posições jurídicas vez que não tendo sido exercidas em certas condições e em um lapso de tempo, não podem mais ser exercidas sob pena de contrariar a boa-fé, é uma forma invertida de apresentar a realidade. Afirma, ainda, que a *suppressio* é somente o subproduto da formação, na esfera do beneficiário e ilustra que

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 125.

⁵² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 808-809.

pode ser um espaço de liberdade onde antes havia adstrição, um direito incompatível com o do titular do preterido ou de um direito que vai adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido atuar de modo que a cessão superveniente da vontade atentaria contra a boa-fé. Em contrapartida, para o autor, é na *surrectio* que devem ser procurados os requisitos. É vista em sentido amplo e enfatiza “[...] assim, o beneficiário tem de integrar uma previsão de confiança, ou seja, deve encontrar-se numa conjuntura tal que, objetivamente, um sujeito normal acreditaria, quer no não exercício superveniente do direito da contraparte, quer na excelência do seu próprio direito.”⁵³

2.4.4 *Exceptio Doli*

A *exceptio doli* é oposta em face do indivíduo que ao exercer seu direito, o fez forma dolosa. Na definição de Menezes Cordeiro, a *exceptio doli* “[...] é o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo.”⁵⁴

O direito do autor existe, no entanto, foi exercido dolosamente e isso que é posto em discussão na *exceptio doli*.

No Direito romano, a exceção de dolo dividia-se em duas *exceptiones* diferenciadas: a *exceptio doli praeteriti* ou *specialis* e *exceptio doli praesentis* ou *generalis*. Na *exceptio doli praeteriti* o defendente alegava a prática pelo autor, de dolo, no momento em que a situação jurídica levada a juízo se formava. Em contrapartida, na *exceptio doli generalis*, o réu anunciava o dolo do autor no momento da discussão da causa.⁵⁵

Logo, a *exceptio doli praeteriti* diz respeito à incidência do dolo antes da ação. O dolo do autor, anunciado pelo réu, se fez presente em um momento pretérito. Já na *exceptio doli generalis*, apresentada pelo réu, o dolo se perfaz no momento presente.

Segundo o entendimento de Max Kaser, a ampliação do arbítrio do juiz está ligada à *exceptio doli*. E menciona duas figuras: a primeira como o dolo pré-processual em que o dolo é efetivo e o devedor acusa o credor, enfatizando o dolo na conclusão do contrato, e a segunda figura que identifica o dolo cometido ao propor a ação no sentido amplo de má-fé. Nesse último caso, o juiz, nas ações de direito estrito, tem discricionariedade para apreciar a conduta

⁵³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 824.

⁵⁴ Ibid., p. 720.

⁵⁵ Ibid., p. 721-722.

do autor, sendo a mesma discricionariedade que tem nos *bonae fides iudicia* quando analisa o procedimento de ambas as partes.⁵⁶

A *exceptio doli* era considerada um meio de defesa. Teve sua expansão quando utilizada para abranger situações que eram contrárias à *bona fides*. Em virtude de sua abrangência, várias demandas poderiam ser suscitadas, desde que presente o dolo.

Por trata-se de uma figura muito abrangente, a *exceptio doli* teve seu uso reduzido e dessa forma, outras figuras passaram a ser preteridas tendo em vista que contemplavam mais a proteção da boa-fé.

A título ilustrativo, José de Oliveira Ascensão cita a configuração da *exceptio doli* no caso do empreiteiro que conhecia o dono da obra de que fez a reparação prometida, e depois invocou o decurso do prazo de garantia dos defeitos da obra para se escusar da reparação. Acrescenta, ainda, o caso de quem convence outrem dolosamente a deixar passar o prazo de ação que contra ele poderia intentar, fazendo propostas mais favoráveis de negociação, e que não desse nenhum seguimento logo que o prazo de propositura de ação se esgotasse.⁵⁷

A *exceptio doli* é uma forma indireta de defesa processual que permite que a parte demandada afaste a pretensão do demandante, de modo que esclareça que o direito foi exercido com dolo. O direito, ao ser exercido dolosamente, contrariou os preceitos da boa-fé objetiva.

A figura da *exceptio doli*, diferentemente do *venire contra factum proprium*, pressupõe a existência do dolo do sujeito da relação jurídica.

Frise-se que o *venire contra factum proprium* possui um conteúdo relativamente determinado, que consiste em repreender o comportamento contraditório que fere a legítima confiança de outrem e a *exceptio doli*, por sua vez, possui conteúdo difuso, abarcando inúmeras hipóteses vinculadas ao dolo.⁵⁸

2.5 A incidência do *venire contra factum proprium* nos diversos ramos do direito

Percebe-se a incidência do *venire contra factum proprium* no Direito Privado, bem como no campo do Direito Público. Para verificar a incidência da vedação ao comportamento contraditório nos diversos ramos do direito, faz-se uma análise jurisprudencial apresentando a

⁵⁶ KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 199.

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 235.

⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 118.

incidência do instituto no caso concreto. Por vezes, o *vcfp* é utilizado de maneira inadequada, sendo frequentemente confundido com alguma de suas derivações, dentre as quais, o *tu quoque*, a *suppressio* ou a *surrectio*.

No âmbito do Direito Administrativo, cita-se o recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra decisão que deferiu o mandado de segurança impetrado pelo ora recorrido do recurso de agravo. O impetrante, portador de deficiência, foi aprovado em primeiro lugar em concurso público realizado no âmbito da Administração Pública e não foi nomeado.

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – RESERVA PERCENTUAL DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS (CF, ART. 37, VIII) – CANDIDATO CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR PARA AS VAGAS VINCULADAS A ESSA ESPECÍFICA CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL – ESTABELECIMENTO, PELO EDITAL E PELA LEGISLAÇÃO PERTINENTE, DE PARÂMETROS A SEREM RESPEITADOS PELO PODER PÚBLICO (LEI Nº 8.112/90, ART. 5º, § 2º, E DECRETO Nº 3.298/99, ART. 37, §§ 1º E 2º) – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO EDITAL – PRECEDENTES – **CLÁUSULA GERAL QUE CONSAGRA A PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO – INCIDÊNCIA DESSA CLÁUSULA (“NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”)** NAS RELAÇÕES JURÍDICAS, INCLUSIVE NAS DE DIREITO PÚBLICO QUE SE ESTABELECEM ENTRE OS ADMINISTRADOS E O PODER PÚBLICO – PRETENSÃO MANDAMENTAL QUE SE AJUSTA À DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – RECURSO IMPROVIDO. (STF. Mandado de Segurança 31695 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/02/2015, Processo Eletrônico DJe-067 Divul. 09-04-2015 Public. 10-04-2015) Data de julgamento 03/02/2015).⁵⁹

Dentre os diversos argumentos utilizados a fim de negar o provimento do recurso, menciona-se o tratamento diferenciado em favor de pessoas com deficiência; a previsão na Constituição Federal de reserva de vagas em concursos públicos para as pessoas com deficiência, ainda que do percentual estabelecido em lei resulte número fracionário. Nesse caso, é realizado o arredondamento da fração para a unidade numérica inteira imediatamente superior.

Ademais, o Edital publicado tem previsão acerca da porcentagem de vagas destinadas às pessoas com deficiência, totalizando 5% das vagas ofertadas. Por fim, foi citado o *venire contra factum proprium* em razão de ter sido criada instabilidade e incerteza, frustrando as expectativas do impetrante, que acreditou que seria nomeado no concurso público e não foi.

O ministro Celso de Mello, em seu voto, fundamentou que a cláusula geral do “*nemo potest venire contra factum proprium*”, além de consagrar a proibição do comportamento

⁵⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 dez. 2015. (grifo nosso).

contraditório, traduz consequência derivada dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva, que visam obstar, nas relações jurídicas, práticas incoerentes por parte daqueles que incutem, em outrem, em razão de conduta por eles concretizada (no caso o Poder Público), expectativas legítimas que, no entanto, vêm a ser posteriormente frustradas em função de uma inesperada mudança de atitude conflitante com a conduta inicial. Foi negado provimento ao recurso de agravo, tendo sido mantida a decisão recorrida.

No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, é possível visualizar a incidência do *venire contra factum proprium*, mormente quando diz respeito à prática de ato infracional e por vezes, os argumentos elencados pela defesa apresentam contrariedade.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. EXPECTATIVA DE CONDUTA CONTRÁRIA À JÁ ASSUMIDA. BOA-FÉ OBJETIVA. **VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM**. RECURSO NÃO PROVIDO. (STF. RHC 54.292/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015).⁶⁰

No caso apresentado, em sede de *habeas corpus*, a defesa requereu a nulidade do processo de apuração de ato infracional imputado ao adolescente, afirmando que as provas foram colhidas somente na fase inquisitorial, tendo sido dispensada a oitiva da vítima em juízo pelo Ministério Público.

No entanto, em audiência de continuação, a defesa concordou com a dispensa de outros meios de prova, tendo declarado que não havia mais provas a serem produzidas. Conforme o relator, além de todo o conjunto probatório apresentado ao juiz, houve a oitiva de testemunha em juízo.

Nesse caso, o *venire contra factum proprium* está configurado em virtude da existência de dois comportamentos contrários: inicialmente a defesa concordou com o Ministério Público quanto à dispensa da oitiva da vítima, dizendo inclusive que não haveria mais provas a serem produzidas e posteriormente, impetrou *habeas corpus* requerendo a nulidade do processo, alegando que as provas não foram colhidas em juízo, somente na fase de Inquérito Policial, tendo sido dispensada pelo *Parquet* a oitiva da vítima.

A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual advém a vedação ao comportamento contraditório. Negou-se provimento ao Recurso ordinário em *habeas corpus*.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 14 dez. 2015. (grifo nosso).

CAPÍTULO 3 DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

3.1 O direito fundamental à saúde e a dignidade da pessoa humana

Inicialmente, as relações pactuadas entre as operadoras de planos de saúde e os beneficiários dos serviços médico-hospitalares eram regidas pelas normas do Código Civil de 1916.

O referido diploma legal foi marcado pelo individualismo, patrimonialismo, autonomia da vontade e pelo pensamento liberal. Dessa forma, por privilegiar o *pacta sunt servanda*, o desequilíbrio evidenciado nas relações contratuais não era repreendido como nos dias atuais.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o patrimonialismo exacerbado foi substituído pela valorização da pessoa a partir do princípio da dignidade da pessoa humana que passou a permear todo o ordenamento jurídico, trazendo um cunho existencialista.

Em razão do notório desequilíbrio presente nas relações consumeristas, em que o consumidor está inserido em um cenário de vulnerabilidade face ao fornecedor de produtos e serviços, a Constituição Federal de 1988 prevê que o Estado deve promover a defesa do consumidor, conforme dispõe o art. 5.º, XXXII¹, e ainda, consagra o princípio da defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica, conforme disposto no art. 170, V.²

Antes da promulgação da Lei que disciplina a atuação de planos privados de assistência à saúde, o Código de Defesa do Consumidor era o diploma legal que regia os contratos de planos de saúde, vez que o beneficiário do plano de saúde é considerado consumidor, utilizando o serviço médico como destinatário final.

Quanto aos contratos de plano de saúde, o Código de Defesa do Consumidor teve relevância, especialmente no que diz respeito às cláusulas abusivas e à previsão da responsabilização por falhas na prestação de serviço. De acordo com a súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

Ainda que o Código de Defesa do Consumidor protegesse o consumidor, ora beneficiário do plano de saúde, era necessária a promulgação de uma lei específica que tratasse a res-

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015).

² Ibid. – “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; [...]”

peito dos contratos de plano de saúde. Em 1998, foi sancionada a Lei nº 9.656 que dispõe acerca dos planos privados de assistência à saúde.

Posteriormente ao Código de Defesa do Consumidor que data de 1991, foi promulgado o Código Civil de 2002 que, conjuntamente com a Constituição Federal de 1988, ressaltou a importância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora o Código Civil não seja norma específica que trata dos contratos de plano de saúde, tem destaque no tema em questão, vez que previu a boa-fé objetiva e sua função de norma criadora de deveres jurídicos, bem como a função restritiva de Direitos Subjetivos a fim de repelir comportamentos contraditórios. A função de norma criadora de deveres jurídicos diz respeito aos deveres de informação, cooperação e cuidado, que devem ser atendidos por ambas as partes em uma relação contratual.

Soma-se a isso o fato do Código Civil de 2002 ter privilegiado a personalização em detrimento à patrimonialização, até então presente no Código Civil de 1916, valorizando situações de cunho existencial.

É necessário o diálogo das fontes entre as normas que protegem o consumidor, como a Lei nº 9.656/98, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a Constituição Federal. Dessa forma, os preceitos que tutelam o consumidor, a equidade contratual, a boa-fé objetiva e a equivalência contratual são analisados conjuntamente no caso concreto.

É o denominado diálogo das fontes, por Erik Jayme, de *diálogo das fontes*, cada vez mais comum no direito pós-moderno onde a revogação expressa é cada vez mais rara e a derrogação impossível pelos diferentes campos de aplicação, cada vez mais difusos e modificáveis, segundo os papéis exercidos na sociedade. Em verdade é apenas uma luz nova para preencher a norma antes existente e evitar o conflito, com a opção constitucional pelo valor mais alto em conflito nesta antinomia.³

O direito contratual clássico cedeu espaço para a nova teoria contratual, voltada para os valores constitucionais.

De acordo com Gustavo Tepedino, o direito contratual clássico, no Brasil, passou por profundas transformações nas últimas décadas. Isso porque, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fundou-se uma nova ordem jurídica, personalista e solidarista, a partir da consagração dos valores da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da isonomia substancial e do valor social da livre iniciativa.⁴

³ MARQUES, Cláudia Lima. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. In: _____.; LIMA LOPES, José Reinaldo de; CASTELLANOS PFEIFFER, Roberto Augusto (Org.). **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 119. (grifo do autor).

⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Soluções práticas de direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

A dignidade da pessoa humana teve relevância após a Segunda Guerra Mundial, em especial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que mencionou em seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”⁵

A Constituição Federal unifica todo o ordenamento jurídico. Os fundamentos e valores constitucionais permeiam a ordem jurídica, destacando a proteção da dignidade humana, prevista no art. 1º, inciso III da Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de verdadeira inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado.⁶

Consagrou-se a partir da Constituição Federal de 1988 uma nova referência de valores a serem seguidos, especialmente no tocante à proteção integral da pessoa humana. A pessoa humana passa a ser o novo valor a ser tutelado.

O patrimônio, até então preponderante, cede espaço à valorização da pessoa e de sua dignidade. A pessoa humana é indispensável para que os fundamentos constitucionais possam ser efetivados.

A patrimonialização é incompatível com os preceitos e valores constitucionais que preconizam a dignidade da pessoa humana como essencial. A Constituição Federal enseja a proteção integral da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana promove a despatrimonialização.

[...] necessário é que se enfatize o ponto central dessa nova ordem jurídica, especialmente no que diz respeito às relações privadas: substitui-se as óticas liberal, individualista, patrimonialista do século passado, por uma visão que se pode denominar humanista. O homem continua como centro de estruturação do sistema jurídico, porém, não mais como produtor e motor da circulação de riquezas, e sim como ser humano, que deve ser respeitado e assegurado em todas as suas potencialidades como tal. O patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social, para se tornar instrumento da realização das pessoas humanas. Em outras palavras, o homem não mais deve ser ator no cenário econômico, mas o regente das atividades econômicas. Insista-se: o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio.⁷

⁵ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2. p. 362.

⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro, n. 6/7, p. 33, 1998.

Dessa forma, os contratos de planos de saúde são instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais, presentes na Constituição Federal. A partir deles, é possível o exercício da dignidade pela pessoa humana, da proteção da vida e da saúde.

A tutela da saúde e, sobretudo, a tutela da vida, tem relação direta com o princípio da dignidade humana. A dignidade da pessoa humana tem influência nas relações privadas, situando-se na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

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

Conforme ensina Daniel Sarmento, segundo a doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais limitavam-se a reger as relações públicas que tinha como um dos pólos o Estado. Os direitos fundamentais eram visualizados como limites do exercício do poder do Estado, não abarcando as relações jurídico-privadas.⁸

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

A questão do efeito horizontal (*Drittwirkung*) é controversa. Inicialmente, direitos fundamentais foram percebidos como uma proteção dos cidadãos diante do Estado (relação vertical). Entretanto, recentemente tem se tornado claro que não apenas o Estado, mas também partes privadas podem colocar em risco o pacífico gozo dos direitos fundamentais.⁹

A partir das teorias de aplicação dos direitos fundamentais verifica-se a tendência do ordenamento jurídico em aplicá-los diretamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Há situações em que se verifica a violação do direito à saúde, e por consequente, à vida e à dignidade da pessoa humana. O direito à saúde sobrepõe-se a direitos inseridos na esfera patrimonial das operadoras de planos de saúde, bem como se sobrepõe à vontade das partes, existindo uma relativização do contrato.

É o que ocorre na relação existente entre uma operadora de planos de saúde e o contratante que firma o contrato para utilizar do serviço médico-hospitalar. Retrata-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares e diante do sopesamento

⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 193.

⁹ HESSELINK, Martijn W. O efeito horizontal dos direitos sociais no direito contratual europeu. Tradução de Kelly Cristina Canela e Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, Franca, v. 17, n. 26, [p. 3], 2013.

de interesses, o valor da saúde e da vida humana sobrepõe a um interesse de ordem patrimonial ou em razão da autonomia privada diante do contrato firmado.

Dessa forma, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas exige a técnica da ponderação a fim de proteger efetivamente os bens jurídicos. Há que ser feita uma ponderação entre a liberdade de contratar e por consequente, o interesse das operadoras em auferir lucro, e o direito à saúde. Utiliza-se a proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro. Nesse sentido, ele é de especial importância no campo dos direitos fundamentais, como fórmula de limitação de medidas que restrinjam esses direitos. Um dos seus objetivos, como o nome já revela, é a busca de uma justa e adequada “proporção” entre os interesses em pugna. Por isso, a aplicação do princípio da proporcionalidade exige a realização de ponderação minuciosa e devidamente motivadas, nas quais se torna fundamental a atenção sobre as particularidades da situação concreta sob análise.¹⁰

A Constituição Federal de 1988 possibilitou a valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio. Deve-se buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

O ordenamento jurídico brasileiro tende a acompanhar a aplicabilidade da eficácia direta e imediata e evidencia a necessidade do uso da técnica da ponderação ao analisar as peculiaridades do caso concreto.

Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* direito fundamental social em questão, merecem relevo os seguintes critérios: (i) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*, considerar abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, com base na desvantagem exagerada do consumidor); (ii) a relevância da prestação social em discussão (*e.g.*, estender a proteção do bem de família para núcleos de pessoas não ligadas por laços de casamento ou consangüinidade, e até mesmo para devedores que vivam sozinhos em suas residências); (iii) a sobreposição da proteção da dignidade da pessoa humana (do mínimo existencial) a direitos meramente patrimoniais (*e.g.*, suspender execução extrajudicial de dívida hipotecária que recaía sobre imóvel no qual o devedor tinha a sua moradia); (iv) a co-responsabilidade dos particulares com relação à garantia do direito em questão (*e.g.*, obrigar a empresa a prestar assistência médica e hospitalar à empregada afastada da mesma por motivo de saúde).¹¹

A consagração constitucional de um direito fundamental à saúde, pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição Federal de 1988, que a liga, nesse aspecto, ao constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, principalmente, a partir do

¹⁰ SARMENTO, Daniel. **Jurisdição e direitos fundamentais**. Anuário 2004/2005. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. – AJURIS. Porto Alegre. 2006. v. 1. t. 2. p. 62.

¹¹ ALMEIDA, Ângela; AUGUSTIN, Sérgio. Constitucionalização do direito civil e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais às relações privadas. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 13. p. 159-160, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/41916812-Constitucionalizacao-do-direito-civil-e-aplicabilidade-dos-direitos-fundamentais-sociais-as-relacoes-privadas.html>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

pós-II Guerra.¹²

Antes da promulgação da Constituição vigente, a proteção do direito à saúde estava presente apenas em

[...] algumas normas esparsas, tais como a garantia de ‘socorros públicos’ (Constituição de 1824, art. 179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, caput). [A tutela constitucional da saúde dava-se] de modo indireto, no âmbito das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos (Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “c”, e art. 10, II; Constituição de 1937, art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “b” e art. 6º; Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, “c”, e art. 8º, § 2º, depois transformado em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969), [...] [e] das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das disposições versando sobre a garantia de assistência social (Constituição de 1934, art. 121, § 1º, “h”, e art. 138; Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV).¹³

A Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, definiu o conceito de saúde.

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.¹⁴

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 fez menção à saúde, conforme o art. 25, §1, ao dispor que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.¹⁵

O direito à saúde é um direito fundamental de 2ª geração, inserido no rol dos direitos sociais, disposto no art. 6º da Constituição Federal. Uma efetiva atuação do Estado é

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 67, p. 127, jul./set. 2008.

¹³ Ibid.

¹⁴ OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**. New York, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%A7%C3%A3o-de-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

¹⁵ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

indispensável a fim de que o direito à saúde seja garantido a todos os cidadãos. Trata-se do direito mínimo existencial na sua esfera positiva, em que o Estado promove direitos prestacionais, tal como o acesso à saúde.

O direito mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais.¹⁶

O surgimento do direito ao mínimo existencial é decorrente de uma decisão proferida em 1953 pelo Tribunal Federal Administrativo alemão. Posteriormente, foi incorporado pela jurisprudência da Corte Constitucional daquele Estado, em que houve a observância conjunta dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, consagrados na Lei Fundamental germânica. O direito ao mínimo existencial, no Brasil, foi introduzido na doutrina por Ricardo Lobo Torres e também já foi utilizado em decisões do STF.¹⁷

De acordo com Ricardo Lobo Torres, “O mínimo existencial é o direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais.”¹⁸

O direito à saúde está previsto no art.196 da Constituição Federal de 1988 que menciona o respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde. Trata-se de direito e dever fundamental positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A saúde, como dever do Estado, tem um modelo de organização que é o Sistema Único de Saúde (SUS). No entanto, apesar de ser dever do Estado, a iniciativa privada pode participar da prestação da saúde. A Constituição Federal dispõe que a saúde é dever do Estado, facultando-se sua execução à iniciativa privada, que se dá de forma suplementar e por meio dos contratos de planos de saúde.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: _____.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 576.

¹⁷ Ibid., p. 577

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 35, jul./set. 1989. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Insta ressaltar que, além do legislador prever norma atinente à garantia do direito à saúde pelo Estado que se perfaz pelo Sistema Único de Saúde (SUS), também elencou nos artigos 197¹⁹ e 199²⁰ da Constituição Federal a assistência à saúde através da iniciativa privada.

A iniciativa privada atua de forma suplementar através dos contratos de planos de saúde que são ofertados pelas operadoras aos consumidores. Trata-se de contrato de consumo regido pela Lei nº 9.656/98, a qual deve ser analisada conjuntamente com o Código de Defesa do Consumidor.

A saúde suplementar desenvolveu-se em razão da ineficácia do sistema público em fornecer saúde de qualidade para todos os cidadãos. A saúde pública é deficitária e é nesse cenário que os planos de saúde viram uma oportunidade, dentro de uma lógica de mercado, para satisfazer seus interesses e obter lucro.

Soma-se a isso a ausência de uma fiscalização eficaz do Estado em repreender as empresas que se vinculam à saúde suplementar. Em razão da fiscalização não ser suficiente, as operadoras de planos de saúde praticam condutas abusivas, desfavoráveis aos consumidores.

A saúde suplementar tem destaque no mercado de consumo e cada vez mais tem desenvolvido mecanismos a fim de obter mais lucro, com o consequente prejuízo dos consumidores, que não raro só conseguem ter percepção do prejuízo quando realmente precisam utilizar dos serviços médico-hospitalares.

Em razão da omissão do Estado em garantir o devido acesso à saúde à população e da consequente precariedade evidenciada no Sistema Único de Saúde (SUS), milhares de pessoas passaram a buscar a saúde privada.

O atendimento médico-hospitalar privado tornou-se muito oneroso e com isso, surgiram os planos de saúde a fim de tornar mais acessível e barato para aqueles que necessitavam de procedimentos médico-hospitalares e não tinham como custeá-los.

¹⁹ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015).

²⁰ Ibid. – “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. [...] § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

Frise-se que, ainda que o serviço no âmbito da saúde seja explorado por terceiros (operadoras de planos de saúde), tal serviço é regulamentado e fiscalizado pelo Poder Público.

Ainda que seja um dever do Estado garantir o direito à saúde é facultado às instituições privadas participarem de forma complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante contrato de direito público ou convênio, de acordo com o disposto no art. 199 § 1º. É nesse contexto que são apresentadas as operadoras de planos de saúde.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.²¹

Os planos de saúde são estabelecidos através de contratos que envolvem cooperativas/empresas e consumidores. Tais contratos regem-se pela Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) e pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

A Lei nº 9.656/1998 dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e define o conceito de operadora de plano de assistência à saúde como sendo a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato, conforme art. 1º, inciso II.

Art. 1º [...] II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.²²

O contrato de plano de saúde é realizado com uma empresa privada, cooperativa ou associação de médicos, que se responsabiliza por prestar os serviços médico-hospitalares aos beneficiários, podendo ser feita diretamente ou por meio de uma rede de operadoras conveniadas.

As operadoras são empresas e entidades que atuam no ramo de saúde suplementar, oferecendo os planos de assistência à saúde aos consumidores.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Anexo. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²² Id. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015.

De acordo com Adalberto Pasqualotto, as operadoras de planos privados de assistência à saúde são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que prestam serviços próprios ou através de terceiros, mediante contraprestações pecuniárias.²³

Posteriormente à elaboração de uma legislação que regulava os planos de saúde, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A ANS é órgão vinculado ao Ministério da Saúde que busca um equilíbrio entre as partes a fim de evitar vantagens desproporcionais entre o consumidor e a operadora de plano de saúde, fiscalizando e aplicando sanções. Trata-se de órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que asseguram a assistência à saúde suplementar.

Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.²⁴

Buscar esse equilíbrio é tarefa árdua, tendo em vista que há duas faces: a operadora de plano de saúde pretende restringir os serviços que são oferecidos e por consequente, reduzir os custos e por outro lado, o consumidor quer um serviço com qualidade e pretende ter o menor dispêndio possível com o valor mensal e contínuo a ser pago para a operadora de plano de saúde.

A prestação do serviço de saúde é um serviço de relevância pública e dessa forma, para que o serviço seja prestado com qualidade, as entidades particulares ficam sujeitas ao controle e fiscalização da Agência Nacional de Saúde (ANS).

A Agência Nacional de Saúde contribui para o alcance da função social do contrato ao exigir que os contratos sigam determinado padrão, conforme suas regras administrativas, afastando do mercado de consumo determinados planos de saúde que não atendam tais regras.

Diante disso, o cidadão passa por duas situações distintas: a primeira delas é a omissão do Estado em fornecer o devido atendimento médico-hospitalar e o consumidor vê-se obrigado a aderir à saúde privada; a segunda situação é que mesmo aderindo à saúde privada vê-se desprotegido vez que o serviço prestado não tem um padrão de qualidade satisfatório.

²³ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima; LIMA LOPES, José Reinaldo de; CASTELLANOS PFEIFFER, Roberto Augusto (Org.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 43.

²⁴ BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jan. 2000. p. 5. ed. extra. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em: 9 abr. 2015.

Sob essa ótica, é possível inferir que a saúde se materializou; tornou-se um objeto a ser adquirido e comercializado. Os consumidores não discutem o teor contratual, não podendo sugerir qualquer alteração. O consumidor assina o contrato, no entanto, depara-se com uma situação de insegurança vez que não é raro encontrar termos obscuros, ambíguos e de difícil compreensão.

Os contratos de plano de saúde devem cumprir sua função social de prestar o serviço de saúde de forma eficaz. Por vezes, os contratos abarcam cláusulas abusivas, as quais inserem o consumidor em um cenário desvantajoso e dessa forma, o Poder Judiciário intervém a fim de equilibrar os interesses das operadoras de planos de saúde e o consumidor.

Apesar disso, o contrato de saúde tem vantagens e é benéfico, até porque é através da saúde suplementar que se tem acesso à saúde, vez que o Estado por vezes é omissos em fornecer saúde de qualidade.

Três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo a seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades ou prêmios.²⁵

O consumidor deve se informar acerca da empresa com a qual irá celebrar o contrato, vez que é comum encontrar empresas que faltam com o serviço.

A empresa de plano de saúde deve atentar-se para os preceitos constitucionais, especialmente para a consagração da dignidade da pessoa humana e ainda, observando a sua função social.

3.2 Evolução histórica da saúde suplementar no Brasil

No período colonial houve a precariedade no serviço de saúde pública em que se visualizou o tratamento de endemias, não privilegiando o tratamento individual de cada pessoa.

Nesse período, inexistia um sistema de saúde formalmente estruturado, sendo que as ações eram de caráter focal e grande parte da população fazia uso da medicina de “folk”, ou seja, da medicina popular, enquanto os senhores de café eram assistidos por médicos trazidos

²⁵ MARQUES, Claudia Lima. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 20, p. 71, out./dez. 1996.

de Portugal.²⁶

Nesse contexto, surgiram as irmandades, constituídas por irmãs e freiras que, inicialmente, cuidavam dos pobres e doentes. Em razão da insatisfatória atuação do Poder Público, determinados grupos de pessoas passaram a se unir constituindo as “Ordens Terceiras.”²⁷

Posteriormente, com a proclamação de República e a consequente separação do Estado e da Igreja, verificou-se o fenômeno da secularização. Em razão dessa separação e a consequente modificação do cenário da religião, as irmandades tiveram atuação reduzida. Com isso, membros de determinadas categorias profissionais uniram-se a fim de organizar a assistência médica, por meio de hospitais ou institutos.

No entanto, com o passar do tempo esses hospitais e institutos não estavam mais correspondendo às expectativas e o atendimento não estava satisfatório. Em razão disso, houve o surgimento das clínicas de bairro e planos privados de seguro-saúde.²⁸

Cumprе salientar que o Brasil viveu um período de abstenção no que tange a assegurar os direitos sociais dos cidadãos. O acesso à saúde esteve atrelado à Previdência Social.

Em meados dos anos 20, o Estado passou a intervir no seguro social dos trabalhadores urbanos, tendo sido criada a Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAPS) que contribuiu para a prestação de serviço médico.

Nesse período, ainda não existia o atendimento individualizado de cada pessoa. Nota-se que somente as pessoas da zona urbana que estavam ligadas a Previdência Social é que poderiam utilizar dos serviços oferecidos pela CAPS. A população rural encontrava-se desprotegida e desamparada no que tange ao acesso à assistência médica.²⁹

As CAPS eram financiadas pela União, empregados e empregadores e os segurados beneficiavam-se da medicina curativa, de medicamentos, aposentadora por tempo de serviço, velhice e invalidez e pensão para os dependentes. Os empregadores prestavam serviços para grandes empresas, como a de marítimos e ferroviários. Cumprе ressaltar que as CAPS não abrangiam a cobertura de doenças mais graves.³⁰

Insta ressaltar que a década de 20 foi marcada pelo movimento grevista e pela

²⁶ BERTOLOZZI, Maria Rita; GRECO, R. M. As políticas de saúde no Brasil: reconstrução histórica e perspectivas atuais. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 30, n. 3, p. 382, dez. 1996.

²⁷ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 36.

²⁸ Ibid., p. 37.

²⁹ Ibid.

³⁰ MARQUES, Lucimara dos Santos. A saúde pública e o direito constitucional brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 11, n. 59, nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4643>. Acesso em: 10 jun. 2016.

organização dos trabalhadores em sindicatos e associações. Houve o aumento do número de trabalhadores em razão do crescimento da produção de café e dessa forma, o poder de reivindicação também expandiu. O Estado reprimia esses movimentos e, com a finalidade de amenizá-los, editou a Lei Eloy Chaves que tratou da Previdência Social e da assistência à saúde.³¹

Nos anos 30, por sua vez, surgiram os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP) que, no entanto, não foram eficazes. Tais institutos agrupavam os trabalhadores conforme as atividades que exerciam.

A década de 30 foi marcada pelo início do processo de industrialização e, com o aumento significativo dos trabalhadores no mercado formal, era necessário fornecer um melhor atendimento à saúde deles.³²

Conforme preleciona Joseane Suzart Lopes da Silva, em razão da ineficácia da atuação dos serviços oferecidos pelos Institutos de Pensões e Aposentadorias, nos anos 40 e 50, empresas e instituições integrantes dos setores público e privado organizaram assistência médica e hospitalar para aqueles que trabalhavam no seu âmbito.³³

Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a política social expandiu, abrangendo inclusive, a população rural. Surgiu o Estado do Bem-Estar Social que intensificou os gastos com a saúde.

Com o regime militar no Brasil, as entidades previdenciárias reuniram-se de modo a formar o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Nesse período, foi privilegiada a assistência médica no setor privado em detrimento da saúde pública. A cobertura previdenciária ampliou para os trabalhadores rurais com a regulamentação do Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FUNRURAL).³⁴

É possível inferir que somente aqueles que estavam inseridos no mercado de trabalho formal, ou seja, aqueles que contribuíam para a Previdência Social é que tinham acesso à assistência médica.

Durante o período militar, foi aprovada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), a qual regulamentava a forma de compra de serviços de saúde do setor privado.

De acordo Joseane Suzart Lopes da Silva, “Em 1968, veio a ser implantado o Plano Nacional de Saúde (PNS), direcionado para as atividades de assistência médica de natureza

³¹ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva:** uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 37-38.

³² Ibid., p. 38.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid., p. 39.

privada, estruturadas mediante duplo financiamento, quais sejam do Estado e dos pacientes.”³⁵ Ocorre, que o PNS não foi implantado.

Na década de 60, foram firmados acordos entre o Poder Público e empresas que prestavam serviços a saúde. O Estado financiava essas empresas que, por sua vez, prestavam a assistência médica. Pode-se dizer que nas décadas de 60 e 70, em razão da ineficácia do sistema instituído no regime militar, a Previdência social começou a remunerar o setor privado para que fornecesse a assistência médica, culminando com a privatização do setor.³⁶

A privatização do setor fez com que os planos e seguros privados passassem a ofertar no mercado serviços e atendimento médico-hospitalar para eventuais riscos futuros. Os riscos futuros são suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras e em contrapartida, paga-se prestações contínuas e mensais.

Em decorrência da industrialização e da massificação, os contratos de adesão passaram a ser utilizados, apresentando cláusulas abusivas que colocavam o consumidor em uma posição de inferioridade. Dessa forma, na década de 70, foram apresentados projetos de lei que diziam respeito à criação de um órgão para defender consumidores, como o Decreto nº 7.890, de 06 de maio de 1976 que criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor.³⁷

Em 21 de novembro de 1966, foi publicado o Decreto-Lei 73 que criou o Sistema Nacional de Seguros Privados, composto pelo Conselho Nacional de Seguros Privados e pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), prevendo em seu art. 149: “O Poder Executivo regulamentará êste Decreto-lei no prazo de 120 (cento e vinte) dias, vigendo idêntico prazo para a aprovação dos Estatutos do IRB.”³⁸ No entanto, não foi concretizada essa regulamentação e as empresas continuaram a atuar sem regulamentação, o que causou prejuízo aos segurados.

Em 1977, foi criado o Sistema Nacional de Previdência Social criando o programa médico-assistencial privatista Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). O INAMPS foi extinto em 1990 e o Sistema Único de Saúde (SUS) passou a exercer as funções por ele exercidas.

Conforme preleciona Joseane Suzart Lopes da Silva, a decadência no sistema previdenciário instituído, anteriormente, pelo Poder Público e a celebração de convênio

³⁵ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 39.

³⁶ Ibid., p. 40.

³⁷ Ibid., p. 41.

³⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sobre o sistema nacional de seguros privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 nov. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

médicos com as empresas privadas contribuiu para o desenvolvimento da saúde suplementar, que teve início no final dos anos 60 e expandiu na década de 70.³⁹

A década de 80, caracterizada pela crise econômica e também pela abertura à democratização, possibilitou a discussão de assuntos ligados à saúde.⁴⁰ Dessa forma, foi aprovada a Lei nº 6.839 que tratava do registro das pessoas jurídicas vinculadas à saúde suplementar nos órgãos de fiscalização, conforme disposto no art. 1º que aduz:

Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.⁴¹

Posteriormente, foi publicado o Decreto nº 85.022, de 11 de agosto de 1980 que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, conforme dispõe o art. 1º: “Fica criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), com a finalidade de assessorar o Presidente da República na formulação e condução da Política Nacional de Defesa do Consumidor.”⁴²

No ano de 1987, em razão da necessidade de ser instituída pessoa jurídica que auxiliasse os consumidores a defenderem seus interesses, foi criado o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). Posteriormente, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, os consumidores tiveram seus direitos garantidos.⁴³

Cumprе salientar que a grande expansão da saúde suplementar no Brasil ocorreu no período entre 1987 e 1994, quando houve o crescimento de 73,4% da população coberta pelos benefícios, passando de 24,4 milhões de segurados para 42,3 milhões.⁴⁴

3.3 Contrato de plano de saúde e sua natureza jurídica

³⁹ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 43.

⁴⁰ Ibid., p. 43.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980. Dispõe sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 nov. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6839.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

⁴² Id. Decreto nº 91.469, de 24 de julho de 1985. Cria o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91469-24-julho-1985-441658-publicacao-original-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

⁴³ SILVA, op.cit., p. 44.

⁴⁴ Ibid., p. 47.

Depreende-se que a ideia tradicional do contrato está ligada à manifestação de vontade de ambos os contratantes no tocante ao teor contratual, caracterizando os contratos paritários. Ocorre, que com o desenvolvimento tecnológico, econômico e industrial houve um aumento significativo da circulação de bens e prestação de serviços, ocasionando um acréscimo do número de contratos.

Em virtude da demanda das contratações ter aumentado não se visualizava mais a discussão das cláusulas contratuais. É nesse contexto que os contratos de adesão tiveram relevância.

O contrato de plano de saúde é considerado um contrato de adesão, sendo que as operadoras de planos de saúde elaboram previamente o conteúdo do contrato e o beneficiário adere ou não. É por meio do contrato que a operadora de plano de saúde e a pessoa interessada em usufruir do serviço fundam a relação jurídica.

O contrato é firmado mediante a concordância de ambos os contratantes, já com seus direitos e obrigações delimitados. O contrato de plano de saúde funda-se em um acordo de cooperação diretamente relacionado à boa-fé objetiva e à função social.

Os contratos de plano de saúde possuem determinadas características específicas, apresentando uma natureza jurídica especial. De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, o contrato de plano de saúde dá-se entre empresas de saúde ou prestadoras de serviços e seus clientes e a operação é sempre de caráter coletivo, mútuo ou solidário em algum aspecto fundamental.⁴⁵

Cláudia Lima Marques define os contratos de plano de saúde como contratos cativos de longa duração que envolve um fornecedor e um consumidor por muitos anos, com a finalidade de assegurar ao consumidor o tratamento a ajudá-lo a suportar os riscos futuros em relação à sua saúde, de sua família, dependentes e beneficiários.⁴⁶

É um contrato de consumo típico da pós-modernidade: um fazer de segurança e confiança, um fazer complexo, um fazer de longa duração, um fazer de crescente essencialidade. É um contrato oneroso e sinalagmático, de um mercado em franca expansão, onde a boa-fé deve ser a tônica das condutas.⁴⁷

⁴⁵ LOPES, Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; CASTELLANOS PFEIFFER, Roberto Augusto (Org.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 31.

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 408-409.

⁴⁷ Ibid., p. 420.

Corroborando com o mesmo entendimento, Cristiano Heineck Schmitt afirma que o contrato cativo de longa duração é outra técnica de contratação consequente da pós-modernidade que tem destaque por ser um contrato de massa e também porque pode ser mal utilizado em razão do emprego das cláusulas abusivas. O autor atenta que tais contratos podem ser celebrados por meio de condições gerais ou de contratos de adesão, “[...] voltados que são para o fornecimento de serviços especiais no mercado.”⁴⁸

A empresa que oferece planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum e a distribuição é feita por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos.⁴⁹

Nessa senda, verifica-se o *mutualismo* presente nos contratos de plano de saúde. Os custos decorrentes do serviço médico-hospitalar são distribuídos entre os consumidores que aderiram ao plano de saúde e esses, por sua vez, pagam a prestação continuamente.

Uma seguradora ou uma administradora de planos de saúde em primeiro lugar deve ser percebida como uma intermediária e uma gestora. Trata-se de gerir recursos captados do público em geral. Ao lado do aspecto financeiro que a atividade adquire, sua função é nitidamente distributiva, ou seja, alocar a cada segurado ou participante do plano, segundo as cláusulas de adesão ao fundo, parte suficiente da receita capaz de cobrir os riscos contratados.⁵⁰

Cumprе salientar que o contrato de plano de saúde, além de assegurar o beneficiário e seus dependentes, diz respeito à prestação de trato sucessivo, apresentando relevância social e individual.

Nesse sentido, o plano de saúde apresenta cunho patrimonial em razão da operadora de plano de saúde auferir lucro, por ser um negócio jurídico de prestação continuada de serviços, conforme dispõe o art. 1.º, I, da Lei nº 9.656/1998.

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga

⁴⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 92-94.

⁴⁹ LOPES, Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; CASTELLANOS PFEIFFER, Roberto Augusto (Org.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 31.

⁵⁰ Ibid., p. 31-32.

integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.⁵¹

Os valores e preceitos constitucionais passaram a permear todo o ordenamento jurídico. Com isso, o Direito Civil passou a abarcar os valores existenciais e não somente os patrimoniais. Privilegiou-se a dignidade da pessoa humana e a tutela da pessoa humana.

Dessa forma, além do contrato de plano de saúde apresentar cunho patrimonial, também apresenta cunho existencial, vez que trata da saúde, indispensável para a manutenção da vida.

Frise-se que o contrato de plano de saúde é considerado um contrato existencial, vez que o bem jurídico a ser tutelado é a vida, sendo o objeto do contrato imprescindível para a existência da vida e também para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde está diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana. Pressupõe-se que para ter uma vida digna é indispensável ter saúde.

Por ter caráter existencial, o contrato de plano de saúde é considerado um instrumento efetivo de proteção aos direitos fundamentais, atentando-se para a proteção da vida e para a valorização da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Ruy Rosado Aguiar Júnior, “[...] os contratos existenciais teriam por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes à sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição Federal.”⁵²

Os contratos existenciais, apesar de tratarem de objetos patrimoniais, abordam interesses extrapatrimoniais. Trata-se de um instrumento a favor da pessoa humana e de sua valorização, indispensável para o alcance do mínimo existencial.

Ademais, o contrato de plano de saúde é *contrato aleatório*, vez que o objeto do contrato depende de um evento futuro e incerto. O consumidor paga a prestação mensal e contínua e a contraprestação da operadora dá-se no momento da ocorrência do evento futuro e incerto, ou seja, no momento em que o consumidor necessita do atendimento médico-hospitalar.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015.

⁵² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 45, p. 101, jan/mar. 2011.

O contrato de plano de saúde é um contrato para o futuro, mas contrato assegurado do presente, em que o consumidor deposita sua confiança na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, deposita sua confiança na previsibilidade da cobertura leal destes eventos futuros relacionados com a saúde.⁵³

Conforme os ensinamentos de Paulo Lôbo, o contrato aleatório é o contrato bilateral em que uma das prestações está sujeita a risco, total ou parcial, de vir a existir ou não. São também chamados de contratos de risco.⁵⁴

Corroborando com o mesmo entendimento, Cláudia Lima Marques menciona que contrato aleatório é aquele “[...] cuja contraprestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença dos consumidores-clientes ou de seus dependentes.”⁵⁵

O contratante, ao aderir ao contrato de plano de saúde, fica ciente que o evento futuro pode ou não ocorrer. Dessa forma, o contrato de plano de saúde, sendo um contrato aleatório, não está sujeito a condição suspensiva, vez que seus efeitos não ficam suspensos até que o evento futuro e incerto aconteça.

A partir do momento em que há a manifestação da vontade, o contrato já produz seus efeitos, gerando diversos deveres para ambas as partes. Pagam-se as prestações contínuas e mensais ainda que o evento não ocorra, ou seja, quem aderiu ao plano de saúde, deverá efetuar os devidos pagamentos mensais ainda que não tenha utilizado o serviço médico-hospitalar.

Dessa forma, o consumidor pagará as prestações contínuas, ainda que o evento nunca ocorra, ou seja, ainda que nunca necessite de um atendimento médico-hospitalar.

Em contrapartida, pode ser que um dia necessite de atendimento médico-hospitalar e os gastos suportados pela operadora de plano de saúde sejam superiores aos valores devidamente pagos pelo consumidor.

Ademais, o contrato de plano de saúde é contrato *típico, formal, oneroso e bilateral*. Os contratos típicos são os contratos reconhecidos pela lei, que exigem a observância de determinadas regras para a sua elaboração. Tais regras são fixadas pelo legislador, que estão previstas no Código Civil, bem como em leis específicas.

A Lei dos planos de saúde (Lei nº 9.656/98) insere-se no último caso mencionado, definindo como devem ser realizadas as contratações. Ao estabelecer isso, a referida Lei tem o escopo de proteger o consumidor, que se encontra em situação de vulnerabilidade diante das

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 420.

⁵⁴ LOBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

⁵⁵ Ibid., p. 413.

operadoras de planos de saúde. Diante disso, é possível inferir que o contrato de plano de saúde é considerado *contrato típico*, sendo definido em lei específica.

No tocante à forma, o contrato de plano de saúde é realizado na forma escrita, devendo observar diversas formalidades. Isso está bem delineado no § único do art. 16 da Lei nº 9.656/98 que menciona que será entregue, obrigatoriamente, a todo consumidor titular de plano individual ou familiar a cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos e ainda, um material explicativo com as características, direitos e obrigações delimitados.⁵⁶

Diante disso, fica evidenciado que o contrato de plano de saúde é um *contrato formal* que é escrito, devendo ser entregue uma cópia dele para todo consumidor titular de plano individual ou familiar.

Trata-se também de contrato *oneroso*, vez que ambos os contratantes estão sujeitos a obrigações e benefícios recíprocos. Tanto o consumidor como as operadoras de planos de saúde possuem ônus e bônus.

Por fim, menciona-se a *bilateralidade* presente no contrato de plano de saúde. O contrato bilateral, também denominado de contrato sinalagmático, pressupõe a prestação do consumidor em pagar as parcelas contínuas e mensais, e a contraprestação da operadora de plano de saúde em prestar o serviço médico-hospitalar como foi contratado quando o consumidor e seus beneficiários necessitarem.

Dessa forma, a *bilateralidade* é evidenciada em razão da operadora de plano de saúde ter o dever de prestar o serviço médico-hospitalar e o consumidor de efetuar o pagamento mensal.

3.4 Classificação dos contratos de plano de saúde

Dentre os regimes ou tipos de contratação do plano de saúde, menciona-se o individual ou familiar; o coletivo empresarial e o coletivo por adesão, conforme disciplina o art. 16,

⁵⁶ “Art. 16. Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.” (BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015).

inciso VII da Lei nº 9.656⁵⁷ e o art. 2º da Resolução Normativa 195 de 14 de julho de 2009 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).⁵⁸

A contratação individual dá-se por meio de um contrato firmado entre o indivíduo (pessoa física) e a operadora de plano de saúde e a familiar é destinada ao titular e seus dependentes.

De acordo com a Resolução Normativa 195/2009 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o “Plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar”, conforme dispõe o art. 3º.⁵⁹

Quanto aos regimes de planos coletivos, existem dois tipos: o contrato coletivo empresarial e o contrato coletivo por adesão. O regime de contratação coletivo empresarial é aquele que presta assistência aos funcionários da empresa contratante devido ao vínculo empregatício ou estatutário. Já o contrato coletivo por adesão é aquele que é contratado por pessoa jurídica de caráter profissional classista ou setorial, como conselhos, sindicatos e associações profissionais.⁶⁰

O regime de contratação coletivo empresarial está disciplinado no art. 5º da Resolução Normativa 195/2009 e dispõe que “Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.”⁶¹

Já o contrato coletivo por adesão está descrito no art. 9º do referido diploma legal e menciona que “Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial”. As pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial mencionadas são: 1) conselhos profissionais e entidades de

⁵⁷ “Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: VII - o regime, ou tipo de contratação: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão.” (BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015).

⁵⁸ “Art. 2º Para fins de contratação, os planos privados de assistência à saúde classificam-se em: I – individual ou familiar; II – coletivo empresarial; ou III – coletivo por adesão.” (ANS. Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, DF, 15 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>=>. Acesso em: 5 jan. 2015).

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Id. **Formas de contratação de planos de saúde**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/formas-de-contratacao-de-planos-de-saude#sthash.LiS4e0XZ.dpuf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁶¹ ANS, 2009, op. cit.

classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; 2) sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações; 3) associações profissionais legalmente constituídas; 4) cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; 5) caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução; 6) entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985.⁶²

Cumprе salientar que o regime de contratação coletivo pode ser com ou sem patrocinador. Diz-se que a contratação é realizada com patrocinador quando o contrato é firmado entre a pessoa jurídica e a operadora e a mensalidade é paga pela pessoa jurídica integral ou parcialmente. Já a contratação coletiva sem patrocinador é aquela que a pessoa jurídica assina o contrato com a operadora, no entanto, o beneficiário paga integralmente a prestação para a operadora.

Insta ressaltar que, em geral, as regras para o contrato coletivo são mais flexíveis do que as aplicadas ao contrato individual ou familiar. No que diz respeito aos contratos individuais ou familiares, a ANS estipula um percentual de reajuste das mensalidades. Em contrapartida, para os planos de saúde coletivos, a ANS apenas acompanha o reajuste das mensalidades, que é estabelecido diretamente entre a operadora que oferece o plano de saúde e a empresa, conselho, sindicato ou associação profissional que contratou o plano.⁶³

[...] no plano de saúde individual ou familiar, não existe livre negociação de preço sobre a mensalidade que será paga diretamente pelo beneficiário, visto que os valores praticados devem ser aqueles compatíveis com o mercado e previamente aprovados pela ANS, mediante notas técnicas, devendo ser cobrados indistintamente de todos que contratem aquela cobertura específica no mesmo período, segundo a faixa etária de cada um. Nessa modalidade, o preço e os reajustes anuais são vinculados à prévia autorização da ANS, não guardando o índice de reajuste correlação com a sinistralidade do plano de saúde em si, mas com outros parâmetros adotados em metodologia particular. (REsp 1471569/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016).⁶⁴

⁶² ANS. Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, DF, 15 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>. Acesso em: 5 jan. 2015).

⁶³ Id. **Formas de contratação de planos de saúde**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-deplano/dicas-para-escolher-um-plano/formas-de-contratacao-de-planos-de-saude#sthash.LiS4e0XZ.dpuf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

⁶⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

A vedação de suspensão e de rescisão unilateral, prevista no art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/1998, aplica-se somente aos contratos individuais ou familiares.⁶⁵

Caso não exista mais interesse na continuidade do contrato por qualquer das partes, os contratos de planos de saúde coletivos podem ser rescindidos sem motivação, após a vigência do período de 12 (doze) meses e desde que haja prévia notificação da parte contrária com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, conforme disposto no art. 17, parágrafo único, da Resolução Normativa 195/2009.⁶⁶

Nesta pesquisa, optou-se por tratar a temática dos contratos de plano de saúde coletivos. Dessa forma, é necessário identificar as principais características do referido contrato. Na contratação coletiva é a própria empresa, sindicato ou associação que faz a negociação com a operadora, sem interferência dos beneficiários do plano de saúde.

A formação do vínculo entre o empregador e a operadora é para que os serviços de saúde sejam prestados aos beneficiários do plano de saúde, ora empregados. Formam-se dois vínculos: o do empregador com a operadora que irá prestar o serviço médico-hospitalar e o da operadora com o beneficiário que irá utilizar dos serviços.

De acordo com Demócrito Reinaldo Filho, o empregado, sujeito de direito da relação contratual, pode exigir o que foi pactuado no contrato. Da mesma forma, o empregador pode exigir que as condições fixadas sejam cumpridas. Quanto à execução do contrato, tanto o empregador como o segurado podem exigir o cumprimento das normas contratuais pelas operadoras de plano de saúde. O autor afirma que o empregador, em nenhuma hipótese, poderá exonerar a operadora das obrigações assumidas perante os beneficiários. Ademais, durante o prazo inicial do contrato, o empregador e a operadora não podem revogá-lo.⁶⁷

⁶⁵ “Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; [...]” (BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015).

⁶⁶ “Art. 17 [...] Parágrafo único. Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias.” (ANS. Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, DF, 15 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>=>. Acesso em: 5 jan. 2015).

⁶⁷ REINALDO FILHO, Demócrito. A natureza jurídica do plano de saúde coletivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 367, 9 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5424>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

3.5 A boa-fé objetiva nos contratos de plano de saúde

A relação jurídica fundada nos contratos de plano de saúde deve consubstanciar-se na tutela da confiança de modo a afastar as cláusulas abusivas, as alterações unilaterais do contrato que causam prejuízos, a falta do dever de informação de ambas as partes e as exclusões de procedimentos indispensáveis para a manutenção da vida dos beneficiários e de seus dependentes.

O princípio da boa-fé objetiva faz-se presente nos contratos de plano de saúde ao estabelecer que as partes devem comportar-se com lealdade e cooperação recíprocos. O contrato de plano de saúde é um instrumento de concretização dos direitos fundamentais e as operadoras de plano de saúde devem atentar-se para a efetiva concretização do direito à saúde, para que seja possível alcançar a dignidade da pessoa humana.

As cláusulas do contrato de plano de saúde devem ser interpretadas de modo a atender as expectativas criadas em ambas as partes contratantes, especialmente, no que diz respeito à proteção daquele que se encontra em situação de vulnerabilidade, a fim de satisfazer o direito fundamental à saúde. Isso não significa que todas as cláusulas contratuais devem beneficiar o consumidor. Devem-se afastar as cláusulas que desequilibram o contrato.

Outrossim, deve-se enfatizar que, nos termos dos arts. 47 e 51 do CDC, a opção legislativa pela interpretação favorável ao consumidor não corresponde à conclusão de que todas as cláusulas contratuais devem ser-lhe favoráveis, mas que deverão ser extirpadas apenas aquelas aptas a desequilibrar o sinalagma contratual ou a desbordar os limites da razoabilidade. (AgRg no AgRg no AREsp 796.567/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 23/06/2016, DJe 30/06/2016).⁶⁸

Insta ressaltar que as cláusulas contratuais devem ser escritas de forma clara e precisa para facilitar a compreensão daquele que contrata. Ainda que existam determinadas restrições permitidas em lei presentes no contrato, deve-se atentar para que sejam escritas de forma clara e em destaque, sanando eventuais dúvidas, com observância ao princípio da informação.

Existem situações em que as operadoras de planos de saúde excluem determinadas coberturas, negando o custeio do tratamento de determinada doença e a realização de cirurgias e procedimentos.

As operadoras, ao negarem o fornecimento do produto ou do serviço, mencionam a previsão contratual. Assim sendo, se não houver previsão no contrato, o produto não deve ser

⁶⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

fornecido e o serviço não deve ser prestado ao consumidor. Trata-se da liberdade das partes contratarem, de acordo com a autonomia da vontade.

Conforme preleciona Gustavo Tepedino, no tocante à responsabilização das operadoras de planos de saúde, é imperioso verificar se a operadora desincumbiu-se do dever de informar acerca dos tratamentos e medidas cobertos pelo contrato, garantindo ao consumidor uma escolha consciente quando da contratação do plano de saúde. Dessa forma, cumprido o dever de informar e o consumidor tendo ciência dos riscos previstos e dos tratamentos não cobertos pelo plano, posteriormente, não poderá exigir que a operadora cumpra aquilo que não foi previamente pactuado.⁶⁹

Isso significa que os consumidores, ao adquirirem o plano de saúde, têm ciência da escolha que fizeram, consoante sua liberdade de contratar, concordando com as cláusulas que delimitam a cobertura do tratamento e mencionam as doenças incluídas. Em contrapartida, pagam por aquilo que fora contratado.

A operadora de plano de saúde entende que o contratante que aderiu ao plano de saúde não pode exigir que a mesma cumpra determinada prestação que não se comprometeu. Isso porque o contratante também não ofereceu uma contraprestação no momento que o contrato foi celebrado.

Dessa forma, os contratantes escolhem os planos oferecidos, seja individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão e com diversas coberturas. A operadora de plano de saúde afirma não ser razoável que depois de escolhido o plano de saúde, o beneficiário pleiteie cobertura diversa daquela que contratou.

Gustavo Tepedino, por sua vez, entende que a boa-fé objetiva não pode ser utilizada como escudo para o descumprimento das cláusulas que foram pactuadas, impondo-se, ao revés, que as partes respeitem os termos aos quais se obrigaram e colaborem a fim de atingir os interesses comuns tutelados pelo contrato, qual seja, a gestão eficiente dos custos.⁷⁰

Diante disso, configura-se um desequilíbrio econômico do contrato quando se impõe que as operadoras custeiem determinado tratamento não previsto no contrato, tendo em vista que o beneficiário do plano de saúde também não pagou por aquilo que pleiteia.

Ressalta-se que é possível inserir no contrato cláusulas que limitem a cobertura de tratamento, sendo válidas desde que observem a lei. Tais cláusulas limitativas não são consideradas cláusulas abusivas.

Vê-se que são inseridas cláusulas que excluem determinados procedimentos e forne-

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Soluções práticas de direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 10.

⁷⁰ Ibid., p. 20.

cimento de materiais. Referidas cláusulas fundam-se na ideia de redução de gastos a fim de obter mais lucro por parte da operadora.

A boa-fé objetiva diz respeito a lealdade, lisura e transparência que devem permear a relação contratual. Deve-se atentar, ainda, para a função social do contrato, que, por sua vez, não elimina a autonomia contratual, conforme dispõe o Enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil que aduz: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”⁷¹

As operadoras de planos de saúde comprometem-se a proteger os beneficiários contra os riscos futuros e em contrapartida, os beneficiários efetuam o pagamento das prestações contínuas e mensais.

Por vezes, são inseridas no contrato cláusulas imprecisas, abusivas e de difícil compreensão e o beneficiário acredita, em razão de sua boa-fé, que o que foi pactuado verbalmente e informado pela operadora de plano de saúde no momento da realização do contrato será cumprido integralmente.

O beneficiário cria a expectativa de que quando ele ou algum de seus dependentes precisarem, o atendimento será eficaz.

O contratante concorda com o que foi previsto no contrato a fim de obter um plano de saúde e posteriormente, é surpreendido com a presença de cláusulas abusivas. Referidas cláusulas são contrárias à função social do contrato, que objetiva disponibilizar o serviço de saúde adequado e eficaz, contemplando a boa-fé objetiva. Cumpre ressaltar que as cláusulas abusivas são incompatíveis com a boa-fé e com a equidade, sendo nulas de pleno direito.

É o que dispõe o art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor que menciona serem nulas as cláusulas contratuais que dizem respeito ao fornecimento de produtos e serviços que fixam obrigações que sejam iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

A existência de cláusulas abusivas no contrato pode causar prejuízo para o consumidor. Menciona-se, ainda, que apesar de determinadas cláusulas serem legais, podem acarretar a violação de um direito fundamental, qual seja a saúde.

As cláusulas contratuais devem ser redigidas conforme as normas dispostas no Código

⁷¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2002. p. 38-39. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

de Defesa do Consumidor, de modo a afastar a presença de cláusulas abusivas.

Visualiza-se uma relação contratual abusiva quando um dos contratantes alega que a autonomia da vontade deve ser observada absolutamente, causando prejuízo à outra parte que se encontra em situação de vulnerabilidade. Nesse caso, há evidente inobservância dos deveres de cooperação e lealdade, que devem permear as relações contratuais.

Ainda que haja previsão contratual, existem situações que não se admite o império absoluto da autonomia da vontade, tendo em vista a necessidade de tutelar determinados bens jurídicos de maior relevância.

Com relação à limitação do prazo para internação no hospital o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 302 que dispõe: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita, no tempo, a internação hospitalar do segurado.” Dessa forma, pleiteia-se a intervenção judicial a fim de que o direito à saúde não seja violado.

Fala-se, ainda, a respeito do período de carência. Apesar do caráter emergencial, por vezes, é negada a cobertura do tratamento.

A carência, prevista no art. 12, inciso V, da Lei 9.656/98, consiste em período no decorrer do qual determinadas coberturas previstas no instrumento contratual não poderão ser utilizadas pelos consumidores, ficando, pois, suspensas, somente sendo possível estes se beneficiarem dos atendimentos após o decurso de certo espaço de tempo. No trâmite desde *lapsus temporis*, a operadora aumenta a sua estrutura financeira, uma vez que recebe a contraprestação pecuniária, mas não está obrigada a aceitar a utilização da rede pelos consumidores para a realização de certos procedimentos.⁷²

Conforme o disposto no art. 12 da Lei nº 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência. No entanto, é necessário verificar se o cumprimento do que foi acordado é capaz de causar prejuízo ao contratante, ou seja, à pessoa que terá acesso ao serviço ou produto. O art. 12, inciso V, c, estabelece o prazo máximo de 24 horas para cobertura dos casos de urgência e emergência.⁷³

RELAÇÃO DE CONSUMO. SEGURO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. RECUSA DE INTERNAÇÃO SOB A ALEGAÇÃO DO NÃO

⁷² SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 177-178.

⁷³ “Art. 12 São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: [...] V - quando fixar períodos de carência: [...] c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; [...]” (BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015).

CUMPRIMENTO DO PRAZO DE CARÊNCIA. NULIDADE DE CLÁUSULA LIMITATIVA EM CONTRATO DE ADESÃO. DIREITO À VIDA QUE SE SOBREPÕE AOS INTERESSES PATRIMONIAIS DA SEGURADORA. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM REPARATÓRIO REDUZIDO. O direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida, garantia constitucional esculpida no artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Tal direito representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República, em seu artigo 196. **Por essa razão, a negativa de internação não pode se basear no fato de a parte autora estar cumprindo período de carência, pois tal motivação não pode sobrepor-se ao direito à vida, especialmente em situação de emergência em que o bem jurídica “vida” mostra-se submetido à maior risco.** Ressalta-se que os limites da carência de um plano de saúde estão estabelecidos na Lei nº 9.656/98. Em regra, diante do princípio da autonomia privada, a carência deve ser cumprida, pois o contrato faz lei entre as partes. Contudo, vivemos um tempo de mitigação da autonomia privada através da horizontalização dos direitos fundamentais e dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Certo é que, atualmente, nenhum direito fundamental será preterido em benefício de direitos meramente patrimoniais, assim como se exige dos contratantes boa-fé e a busca do bem-estar social nas estipulações contratuais. **Aliás, a própria Lei nº 9.656/98, no art. 12, V, c, estatui prazo máximo de carência de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.** Não se pode falar, portanto, que os atendimentos, em casos de urgência e emergência, independentemente de carência, vão desequilibrar, atuariamente, as empresas particulares, pois tais riscos fazem parte do negócio e o custo se compensa pelos inúmeros casos em que os assegurados pagam os prêmios sem utilização dos serviços por anos e anos. Dano moral *in re ipsa*. Quantum reparatório que merece ser reduzido para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), patamar este fixado de acordo com os critérios adotados por nossos julgados. Recurso a que se dá parcial provimento. (TJRJ. Apelação 0001317-36.2011.8.19.0004 - 1ª Ementa Des. Renata Cotta – D.J: 20/08/2013 – Terceira Câmara Cível).⁷⁴

Em virtude da situação de vulnerabilidade que se encontra o contratante, e diante da possibilidade de violação do direito fundamental à saúde, não é possível que a operadora de plano de saúde invoque prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de urgência e emergência.

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. CONFIGURADO O DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM RAZOÁVEL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83 DO STJ. PRECEDENTES. 1. As instâncias ordinárias reconheceram que houve recusa injustificada de cobertura de seguro para o atendimento médico de emergência e internação em unidade de tratamento intensiva (contenção de aneurisma cerebral). 2. **O Superior Tribunal de Justiça orienta que é abusiva a cláusula contratual que estabelece o prazo de carência para situações de emergência, em que a vida do segurado encontra-se em risco, pois o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse.** (...) 6. Agravo regimental não provido. (TJRJ. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 595.365 - SP 2014/0257168-1. Rel. Moura Ribeiro D.J.04/12/2014).⁷⁵

⁷⁴ RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 12 jun. 2016. (grifo nosso).

⁷⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 10 maio 2015. (grifo nosso).

Assim sendo, as decisões judiciais têm vedado a invocação do prazo de carência nos contratos de plano de saúde quando quem pleiteia a prestação do serviço ou o fornecimento do produto reclama atendimento de urgência e emergência.

Dessa forma, cumpre salientar que, ainda que as cláusulas contratuais sejam legais e não abusivas, ao prever o período de carência, se existir conflito entre a autonomia da vontade e o direito à saúde, prevalecerá o direito à saúde. Logo, o serviço deverá ser prestado e o produto deverá ser fornecido.

Em regra, diante do princípio da autonomia privada, a carência deve ser cumprida, pois o contrato faz lei entre as partes. Contudo, vivemos um tempo de mitigação da autonomia privada através da horizontalização dos direitos fundamentais e dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Certo é que, atualmente, nenhum direito fundamental será preterido em benefício de direitos meramente patrimoniais, assim como se exige dos contratantes boa-fé e a busca do bem-estar social nas estipulações contratuais. (Apelação 0001317-36.2011.8.19.0004 - 1ª Ementa Des. Renata Cotta – D.J: 20/08/2013 – Terceira Câmara Cível).⁷⁶

Corroborando com esse entendimento, o art. 35-C, I da Lei nº 9656/98 menciona ser obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de emergência que são aqueles que implicam risco imediato de vida ou de lesão irreparável para o paciente.⁷⁷

Admite-se a possibilidade do plano de saúde determinar quais doenças irá cobrir, mas não se admite que o plano de saúde defina qual o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas.

É considerada abusiva a cláusula que nega o procedimento, tratamento, medicamento ou material essencial para a manutenção da vida do beneficiário do plano de saúde.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CAPAZ DE ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. 1. A jurisprudência desta Corte reconhece a possibilidade do plano de saúde estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas. 2. **É abusiva a negativa de cobertura pelo plano de saúde de procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para preservar a**

⁷⁶ RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

⁷⁷ “Art. 35 Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei. [...] Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; [...]” (BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015).

saúde e a vida do paciente. 3. No caso, o Tribunal de origem interpretou o contrato de forma favorável ao recorrido, afirmando que a limitação se mostrou abusiva, porquanto o material excluído era indispensável ao êxito do tratamento que estava previsto no contrato, na especialidade de ortopedia. A revisão de tal conclusão esbarra nos óbices das das Súmulas nºs 5 e 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp 1325733/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016).⁷⁸

Não raro as operadoras negam o fornecimento de materiais e insumos bem como negam o atendimento a certos procedimentos, o que tem propiciado um grande número de demandas judiciais. Trata-se de violação ao direito à saúde, à vida e ao princípio que rege todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO O CUSTEIO DE MATERIAL NECESSÁRIO À REALIZAÇÃO DE CIRURGIA CORRETIVA DE ROTURA PARCIAL DO TENDÃO SUPRA-ESPINHAL DO OMBRO ESQUERDO - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO AGRAVO PARA, DE PLANO, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão. É cediço nesta Corte que "a relação de consumo se caracteriza pelo objeto contratado, no caso a cobertura médico-hospitalar, sendo desinfluyente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que se diga sem caráter lucrativo, mas que mantém plano de saúde remunerado" (REsp 469.911/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 12.02.2008, DJe 10.03.2008). Incidência da Súmula 469/STJ. 2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do material necessário ao procedimento cirúrgico indicado ao usuário. **Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do código consumerista), revela-se abusivo o preceito excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico ou de internação hospitalar relativos a doença coberta.** Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 605.163/PB, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 30/11/2015).⁷⁹

Cumprе salientar que, por vezes, as operadoras de plano de saúde não tem cumprido com o que foi contratado, sendo comum alegar a falta de previsão contratual que impede o atendimento médico-hospitalar ou quando é realizado, é feito de forma incompatível com o que se espera daquilo que foi previamente pactuado. É o caso da realização de uma cirurgia com a utilização de materiais com qualidade inferior.

⁷⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 10 jun. 2016. (grifo nosso).

⁷⁹ Ibid. (grifo nosso).

3.6 A incidência do *venire contra factum proprium* no contrato de plano de saúde

Após abordar os pontos mais relevantes presentes nos contratos de plano de saúde, o teor das cláusulas contratuais e sua repercussão na esfera jurídica daquele que contrata com a operadora de plano de saúde, passa-se a abordar a incidência do *vcfp* nos contratos de plano de saúde a partir de análise de julgados.

A utilização do *venire contra factum proprium* pelos Tribunais encontra-se em expansão. Visualiza-se que, por vezes, o instituto do *vcfp* é confundido com as demais modalidades próximas a ele, tal como o *tu quoque*, a *surretio* e a *suppressio*. Soma-se a isso o fato de determinadas decisões enquadrarem situações no campo do *venire contra factum proprium*, sem apontar fundamentalmente os pressupostos para sua devida aplicação, acarretando o emprego errôneo do instituto.

3.6.1 *Rescisão por atraso no pagamento superior a 60 dias. Notificação inválida. Recebimento das parcelas em aberto intempestivamente. Comportamento contraditório*

Trata-se de recurso de apelação interposto por “Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico” contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 29ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte que determinou o restabelecimento do plano de saúde e a condenação em danos morais e materiais em desfavor da apelante.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.656/98. RESCISÃO POR ATRASO NO PAGAMENTO SUPERIOR A 60 DIAS. NOTIFICAÇÃO INVÁLIDA. RECEBIMENTO PELA SEGURADORA DAS PARCELAS EM ABERTO INTEMPESTIVAMENTE. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. VEDAÇÃO. RENÚNCIA TÁCITA DA DEMANDA RESOLUTÓRIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. PERMANÊNCIA DO CONTRATO. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. QUANTUM. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO.

I - Admite-se a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde pelo não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência. II - Ante a ausência de comprovação do prévio aviso do consumidor acerca da existência do débito e sendo comprovada a respectiva quitação, afigura-se ilegítimo o cancelamento do contrato. III - **Configura comportamento manifestamente contraditório por parte da seguradora a aquiescência com o pagamento intempestivo da mensalidade após o cancelamento do contrato.** IV - **A doutrina e jurisprudência vedam o comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), por violar o princípio da confiança e da boa-fé objetiva, caracterizando, em última instância, abuso de direito.** V - A aceitação do pagamento das parcelas em atraso também configura renúncia

tácita à demanda resolutória pela seguradora, que admite a preservação de seu interesse objetivo na prestação, justificando, assim, a manutenção do contrato. VI - A negativa de cobertura de atendimento médico fundada em cancelamento arbitrário de plano de saúde se apresenta ilegal e gera dano moral, ante o estado de angústia e desespero do paciente. VII - Consoante entendimento uníssono da jurisprudência pátria, a indenização por danos morais não deve implicar em enriquecimento ilícito, tampouco pode ser irrisória, de forma a perder seu caráter de justa composição e prevenção, devendo ser arbitrada uma importância compatível com o incômodo causado à vítima. VIII - Ante a efetiva comprovação dos danos materiais, a condenação da Ré a esse título é medida que se impõe. (TJMG. Apelação Cível 1.0024.12.106371-3/001, Relator(a): Des.(a) Leite Praça, 17ª Câmara Cível, julgamento em 29/05/2014, publicação da súmula em 10/06/2014).⁸⁰

A relação mencionada entre os contratantes é de consumo, sendo o plano de saúde regulado pela Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

O contrato de plano de saúde foi firmado no dia 17/12/2003, tendo sido cancelado pela contratada em razão do atraso do pagamento das mensalidades do mês de novembro de 2011 e fevereiro de 2012, por mais de 60 (sessenta) dias.

Em relação à rescisão unilateral do contrato coletivo, é vedado o cancelamento do plano de saúde por decisão única e exclusiva da operadora. Impede-se que o contrato seja rescindido de forma unilateral, por deliberação arbitrária da operadora, sem a anuência do consumidor.

O art.13, parágrafo único, inciso II da Lei nº 9.656/98 prevê a vedação da suspensão ou rescisão unilateral do contrato dos planos e seguros de saúde contratados unilateralmente, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias consecutivos ou não.

Dessa forma, é possível a rescisão unilateral do contrato em caso de inadimplência por mais de 60 dias nos últimos 12 meses do contrato. Exige-se, ainda, a notificação do consumidor até o 50º dia de inadimplência, conforme dispõe o art. 13 da Lei nº 9.656/98.⁸¹

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art.1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: [...] II - **a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o**

⁸⁰ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 15 mar. 2016. (grifo nosso).

⁸¹ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015. (grifo nosso).

consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência.

Busca-se com isso, garantir o direito fundamental à saúde daqueles que de boa-fé firmam o contrato com a operadora de plano de saúde.

Não foram apresentadas provas que demonstrassem que a apelada recebeu as notificações e dessa forma, o plano de saúde não poderia ter sido cancelado sob pena de violar a boa-fé objetiva. A apelante somente tomou ciência que o plano estava inativo quando tentou realizar uma consulta para seu filho no Hospital e não conseguiu.

Diante disso, mesmo não tendo sido notificada, entrou em contato com a apelante realizando o pagamento das mensalidades em atraso. O pagamento foi recebido normalmente pela operadora de plano de saúde, mesmo sabendo do cancelamento automático do contrato, em data anterior.

A partir do momento que a operadora de plano de saúde concordou em receber as mensalidades atrasadas que acarretaram o cancelamento do plano de saúde não há que se falar na manutenção do cancelamento contratual. Isso porque a operadora de plano de saúde atuou de forma contraditória, inicialmente cancelando o plano de saúde em razão das mensalidades atrasadas (*factum proprium*) e posteriormente, aceitando o pagamento extemporâneo das mensalidades vencidas (*venire*).

Dessa forma, há a configuração do *venire contra factum proprium* em razão da prática de duas condutas contraditórias pela operadora de plano de saúde, frustrando as expectativas da parte contratante, ora apelada, que, ao pagar as parcelas vencidas, acreditou que a partir desse momento teria o contrato de plano de saúde restabelecido novamente.

Com isso, houve a quebra da confiança e a consequente violação da boa-fé objetiva, vez que a contratante acreditou que continuaria a usufruir dos serviços e procedimentos oferecidos pelo plano de saúde assim que realizasse o pagamento das parcelas em atraso.

Faz-se dois apontamentos no caso apresentado: 1º) restou configurada a violação da boa-fé em razão da apelante ter rescindido unilateralmente o contrato sem ter notificado a apelada. A comprovação da notificação não foi demonstrada; 2º) houve a configuração do *venire contra factum proprium* em razão da ofensa à legítima expectativa criada face a incoerência dos comportamentos;

Para configuração do *vcfp* também é necessário a ocorrência de um dano efetivo ou potencial. No caso mencionado houve a configuração do dano uma vez que o filho da apelada precisava de atendimento médico e a cobertura do atendimento médico foi negada. Além

disso, em razão do atendimento ter sido negado teve que desembolsar o valor de R\$ 120,00 (cento e vinte reais) com a consulta médica.

É o voto do Desembargador Leite Praça, relator: “[...] a Recorrente, ao aceitar o pagamento das parcelas em atraso, renunciou tacitamente à demanda resolutória, admitindo a preservação de seu interesse objetivo na prestação e purgando a mora, nos termos do art. 401 do CC/02, o que justifica a manutenção do contrato.” Negou-se provimento ao Recurso de Apelação.

Corroborando com o mesmo entendimento o Tribunal de Justiça de São Paulo menciona a configuração do *venire contra factum proprium* quando a operadora de plano de saúde aceita o pagamento das mensalidades em atraso, emitindo um novo boleto atualizado e posteriormente, interrompe o contrato de plano de saúde.

Apelação. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por morais. Rescisão unilateral do contrato coletivo de seguro saúde. Alegação de inadimplemento. Não comprovada a prévia notificação exigida pela Lei 9.656/98. Súmula 94 do E. TJSP. Inexistência de motivo para a rescisão unilateral. Ofensa aos princípios da boa fé objetiva e função social do contrato. Dano moral configurado. Recurso improvido. (TJSP. Relator (a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 21/07/2016; Data de registro: 21/07/2016).⁸²

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou procedente a ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais movida em face de “Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico” e “Qualicorp Administradora de Benefícios S/A”, a fim de restabelecer o contrato de plano de saúde e a condenação de danos morais suportados pelo autor.

O autor da ação pleiteia a continuidade da prestação dos serviços do plano de saúde. A sentença de 1º grau reconheceu que a ré “Qualicorp Administradora de Benefícios S/A”, ao aceitar o pagamento intempestivo da parcela de junho emitindo um novo boleto e posteriormente emitindo outro boleto para pagamento da parcela vencida em julho, demonstrou o interesse na continuidade do contrato.

Dessa forma, posteriormente, ao rescindir o contrato ficou evidenciado o comportamento contraditório. Houve violação da boa-fé objetiva e a configuração do *venire contra factum proprium*.

⁸² SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

É evidente que ao aceitar o pagamento intempestivo da parcela vencida em junho, mediante a emissão de novo boleto, e depois emitir outro para pagamento da parcela vencida em julho, a ré Qualicorp optou por manter o contrato ao invés de rescindi-lo por inadimplemento é possível, segundo o princípio da boa-fé objetiva, **o *venire contra factum proprium*, isto é, permitir que a parte desenvolva um comportamento contraditório, como cobrar prestações relativas a junho e julho de 2014, com encargos de mora, e depois considerar o contrato rescindido no final de junho de 2014, em respeito à justa expectativa despertada na outra parte de manutenção do contrato.**⁸³

Inicialmente, restou configurado o “*factum proprium*” com a aceitação da ré “Qualicorp Administradora de Benefícios S/A” em aceitar o pagamento das parcelas vencidas, emitindo boleto atualizado para que o beneficiário pagasse e assim, continuasse a usufruir dos serviços prestados pelo plano de saúde.

Posteriormente, ficou configurado o *venire*, ou seja, a contradição da ré ao interromper o contrato de plano de saúde logo após ter demonstrado interesse na continuidade do contrato ao emitir os boletos atualizados.

Houve a quebra da confiança e da expectativa, vez que o beneficiário acreditou que, em razão do pagamento das mensalidades em atraso, continuaria vinculado ao plano de saúde. Por fim, há configuração do dano, vez que o autor e seus dependentes, pessoas idosas, não usufruíram do plano de saúde quando precisaram.

Se a operadora de plano de saúde tinha interesse em cancelar o contrato, não havia razão para que continuasse enviando boletos para o autor, fazendo-o acreditar que o vínculo com o plano de saúde estava vigente. Trata-se de violação à boa-fé objetiva da contratante que confiou que, com o pagamento das mensalidades, continuaria a usufruir dos serviços prestados pela operadora de plano de saúde.

Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou a súmula 94 que dispõe que “A falta de pagamento da mensalidade não opera, per si, a pronta rescisão unilateral do contrato de plano ou seguro de saúde, exigindo-se a prévia notificação do devedor com prazo mínimo de dez dias para purga da mora.”

3.6.2 Prorrogação do contrato por vários anos. Confiança. Rescisão unilateral do contrato.

Venire contra factum proprium

Trata-se de recurso de apelação em face de sentença em “[...] ação ordinária de manutenção ou restabelecimento do contrato com pedido de liminar”, julgada procedente. As

⁸³ SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

autoras, beneficiária e seus dependentes, ora apelantes, pleiteiam a manutenção do contrato de plano de saúde com a ré Irmandade Nossa Senhora das Mercês de Montes Claros.

O contrato era coletivo empresarial com patrocinador, vez que parte do valor das mensalidades era custeado pela beneficiária quando vigia o contrato de trabalho. Configurava-se contribuição partilhada com a empregadora Fundação Educacional Montes Claros.

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. OPERADORA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. PLANO EMPRESARIAL. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR VÁRIOS ANOS. CONFIANÇA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. REQUISITOS.

1. Ao pactuarem o contrato com a operadora de saúde suplementar, os contratantes têm a real expectativa de conclusão e execução do contrato fundada nos princípios da probidade e da boa-fé, conforme prescreve o artigo 422 do CC/02. Consagrou-se a boa-fé objetiva como vetor de interpretação dos contratos, repetindo-se o §242 do Bürgerliches Gesetzbuch, o Código Civil Alemão conhecido entre nós como BGB, o qual consagrou os princípios da lealdade e confiança (Treu und Glauben).
2. A art. 30, §1º, da Lei nº 9.656, de 1998, prevê o prazo máximo de dois anos de permanência no plano de saúde empresarial do empregado demitido sem justa causa, sendo impossível, entretanto, a rescisão contratual unilateralmente realizada após o curso de cerca de quatro anos do fim do prazo bienal, pois os consumidores estariam protegidos pelo instituto do venire contra factum proprium decorrente da boa-fé objetiva que deve nortear a integração e interpretação de todos os contratos.
3. Como pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório (venire contra factum proprium), segundo Anderson Schreiber, devemos observar: "1º) um fato próprio, uma conduta inicial; 2º) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; 3º) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; 4º um dano ou um potencial dano decorrente da contradição". (TJMG. Apelação Cível 1.0433.11.010872-0/002, Relator(a): Des.(a) Cabral da Silva, 10ª Câmara Cível, julgamento em 18/03/2014, publicação da súmula em 02/04/2014).⁸⁴

O contrato de trabalho da autora da ação foi rescindido sem justa causa no dia 05 de maio de 2004. Após a rescisão do contrato sem justa causa, a autora manteve o vínculo com o plano de saúde, efetuando o pagamento de todas as mensalidades.

Conforme dispõe o caput do art. 30 da Lei nº 9.656⁸⁵, é assegurado, no caso de rescisão sem justa causa, o direito de manter como beneficiário do plano de saúde nas mesmas condições de que gozava quando vigente o contrato de trabalho. A ressalva é que, findo o contrato de trabalho, o beneficiário custeia integralmente o valor do plano de saúde.

⁸⁴ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/porta1/>>. Acesso em: 15 mar.. 2016. (grifo nosso).

⁸⁵ “Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.” (BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015).

Dessa forma, a beneficiária e seus dependentes poderiam manter-se no plano de saúde, pagando integralmente o valor das mensalidades pelo período máximo de 2 (dois) anos, conforme dispõe art. 30, §1º, da Lei nº 9.656.⁸⁶

Ocorre, que somente em 20 de janeiro de 2010 a ré, Irmandade Nossa Senhora das Mercês de Montes Claros, notificou a autora a respeito do encerramento do prazo de 2 (dois) anos de manutenção do plano de saúde, informando que se tivesse interesse na continuidade da prestação de serviços deveria aderir ao plano de pessoa física.

As autoras pleiteiam a manutenção do vínculo com o plano de saúde “PSSC TOTAL” a fim de que torne sem efeito a rescisão contratual unilateralmente realizada após 04 (quatro) anos do fim do prazo bienal.

O voto do relator Des.(a) Cabral da Silva fundamentou-se na teoria dos atos próprios, configurando o *venire contra factum proprium* ao mencionar seus pressupostos.

Conforme menciona o relator, o *factum proprium* reside na ausência imediata da operadora de plano de saúde resolver o contrato, vez que a resolução do contrato poderia ter sido realizada em maio de 2006 tendo em vista que o contrato de trabalho foi rescindido em maio de 2004. No entanto, a operadora de plano de saúde somente notificou a autora em 20 de janeiro de 2010, quatro anos depois de quando deveria ter feito.

Posteriormente, verifica-se o *venire* quando a operadora de plano de saúde, depois de ter recebido as mensalidades continuamente e ininterruptamente sem qualquer oposição durante os quatro anos, realizando procedimentos, invocou a rescisão do contrato alegando que o prazo bienal previsto em lei para transição do plano empresarial para o individual havia escoado.

A legítima confiança das autoras na manutenção do contrato está configurada em razão do tempo que usufruíram do plano de saúde para além do biênio previsto em lei contado a partir da rescisão do contrato de trabalho. Criou-se a expectativa que o vínculo seria mantido por ter passado o período de 02 (dois) anos e nenhuma notificação ter sido emitida, somente após 04 (quatro) anos.

⁸⁶ “Art. 30. [...] § 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o **caput** será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses.” (BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015).

O dano está presente no dispêndio econômico da autora em migrar de um plano empresarial para um individual. A manutenção do vínculo é mais viável economicamente do que a migração para o plano individual.

O recurso foi provido, julgando procedente o pedido para declarar a abusividade da rescisão unilateral do contrato e condenou a ré a restabelecer os termos do contrato na forma do aditivo com eficácia retroativa a 20 de janeiro de 2010, compensando-se valores eventualmente pagos a maior durante o período com as parcelas vincendas, apurados em liquidação de sentença por simples cálculos aritméticos.

No caso apresentado, apesar do relator ter fundamentado a decisão com base na teoria dos atos próprios e no *venire contra factum proprium* é necessário enfatizar que *a priori* houve a configuração do instituto da *suppressio* que é caracterizada por criar a expectativa de que o direito não mais seria exercido em razão da inércia do outro sujeito da relação contratual.

Dessa forma, a operadora de plano de saúde ficou-se inerte por 04 (quatro) anos e só depois notificou a autora que acreditou que o direito não mais seria exercido. Despertou-se a confiança na parte contratante.

Frise-se ser possível a inserção da *suppressio* no âmbito da proibição do *venire contra factum proprium* vez que a operadora de plano de saúde permaneceu inerte durante um lapso de tempo, criando na autora a expectativa de que o direito não seria exercido e ao agir notificando a autora a respeito da rescisão contratual entrou em contradição.

Cumpram-se ressaltar que não houve violação direta ao direito à saúde e à dignidade da pessoa humana até mesmo pelo dano apresentado pelo relator estar adstrito à esfera patrimonial, vez que seria dispendioso a mudança de plano de saúde. No caso apresentado, não é possível ignorar a autonomia privada da operadora sob pena de não alcançar o equilíbrio econômico e social do contrato.

3.6.3 Rescisão unilateral. Cláusula contratual autorizativa. Reajuste das mensalidades no percentual de 50%. Rescisão no mês seguinte. Venire contra factum proprium

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença nos autos da ação ordinária de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, com pedido de tutela antecipada em face de “Só Saúde Assistência Médico Hospitalar Ltda.”

A empresa “Bom Preço Ltda. ME”, firmou com a ré, “Só Saúde Assistência Médica

Hospitalar Ltda.” contrato de prestação de serviços de assistência médico hospitalar em 12 de janeiro de 2011, sendo beneficiários os proprietários da empresa e uma empregada da empresa, primeira autora.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - APLICAÇÃO DO CDC - RESCISÃO UNILATERAL - CLÁUSULA CONTRATUAL AUTORIZATIVA - REAJUSTE DAS MENSALIDADES NO PERCENTUAL DE 50% - RESCISÃO NO MÊS SEGUINTE - *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* - NEGATIVA DE COBERTURA- PACIENTE EM ESTADO DELICADO DE SAÚDE - IMPOSSIBILIDADE - DANOS MORAIS - CONFIGURAÇÃO. IMPOSIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. FIXAÇÃO. CRITÉRIO RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

- Há perfeita incidência normativa do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes aos planos ou seguros de saúde.

- **Se o contrato de plano de saúde firmado entre as partes contém cláusula que estabelece a rescisão imotivada do contrato, o cancelamento no mês seguinte ao do reajuste das mensalidades no percentual de 50%, demonstra nítido descompasso com a conduta anterior, caracterizando violação à doutrina dos atos próprios (*Venire Contra Factum Proprium*).**

- Não há como negar a cobertura das despesas concernentes à realização dos procedimentos médicos necessários ao restabelecimento da saúde de paciente que se encontra em estado delicado de saúde.

- A recusa injustificada à cobertura pleiteada, bem como o reajuste em 50% no valor das mensalidades sem comprovação do aumento dos percentuais de sinistralidade e o posterior cancelamento do contrato agravaram sobremaneira a situação de aflição psicológica da segurada.

-A fixação do valor do dano moral deverá observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade para que a medida não represente enriquecimento ilícito e seja capaz de coibir a prática reiterada da conduta lesiva pelo seu causador. (TJMG. Apelação Cível 1.0024.13.104767-2/001, Relator (a): Des. (a) Luiz Artur Hilário, 9ª Câmara Cível, julgamento em 11/11/2014, publicação da súmula em 19/11/2014).⁸⁷

A ré, ora apelante, comunicou ao “Restaurante Bom Preço Ltda. ME” em 20 de dezembro de 2012 que reajustaria o valor da mensalidade em 50% a partir de janeiro de 2013, em razão de fatores alheios à sua vontade, tal como aumento dos custos repassados pelos hospitais, clínicas e laboratórios, bem como em razão do alto índice de sinistralidade nos últimos 12 (doze) meses.

O contrato de plano de saúde contém cláusula que estabelece a rescisão imotivada do contrato. A cláusula 13.1 do contrato de plano de saúde autoriza as partes rescindirem o contrato ainda que de forma imotivada. A análise do julgado em questão não abordará a abusividade ou não da referida cláusula contratual.

13.1. O presente contrato terá duração de 12 (doze) meses, a contar do início de sua vigência e será prorrogado automaticamente por prazo indeterminado, ressalvado às partes o direito de rescindi-lo, ainda que imotivadamente, a qualquer tempo, observando um prazo de denúncia mínimo de 30 (trinta) dias de antecedência, que

⁸⁷ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 15 mar. 2016. (grifo nosso).

deverá ser efetuada por escrito e sob protocolo da outra parte; e respeitado ainda o disposto no item 13.1.1.⁸⁸

Ocorre, que a apelante fez um comunicado por escrito informando o reajuste no final dos 12 (doze) meses do contrato, demonstrando com isso, que tinha interesse em renovar o contrato.

No entanto, em 31 de janeiro de 2013, as autoras foram surpreendidas com uma notificação da ré “Só Saúde Assistência Médica Hospitalar Ltda” que informou que não tinha mais interesse na continuidade do contrato de tal forma que a partir do dia 20 de abril de 2013 não mais prestaria os serviços médico-hospitalares.

A interrupção do contrato pela operadora do plano de saúde mostrou-se contraditória em relação à conduta anteriormente adotada ao demonstrar que tinha interesse em manter o contrato. O relato fundamentou a decisão alegando a configuração do *venire contra factum proprium* e a consequente violação a boa-fé objetiva.

A primeira autora foi notificada que haveria o reajuste das mensalidades no valor de 50% (*factum proprium*), no entanto, posteriormente à notificação sobre o reajuste, a operadora de plano de saúde optou por rescindir o contrato (*venire*). Há nítida incoerência entre os dois comportamentos assumidos pela operadora de plano de saúde.

Criou-se na parte contratante a legítima expectativa de que o contrato seria mantido, especialmente pelo comportamento da operadora de plano de saúde ao notificar acerca do reajuste, o que demonstra seu interesse na manutenção do vínculo contratual.

No tocante ao dano causado, a paciente encontra-se em estado delicado de saúde e dessa forma, a recusa injustificada na cobertura do tratamento pleiteado viola o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Insta ressaltar que a recusa da operadora e o reajuste de 50% no valor das mensalidades e a posterior rescisão do contrato agravaram a situação psicológica da beneficiária.

Cumprе salientar que antes mesmo do dia 20 de abril de 2013, data que haveria a interrupção da prestação de serviços médicos, a operadora de plano de saúde não autorizou a realização de exames pela primeira autora, mesmo tendo sido pagas as mensalidades continuamente e ininterruptamente, inclusive das prestações reajustadas em 50%.

Nessa situação, é visível a violação ao princípio da boa-fé objetiva vez que a autora agiu com lisura e lealdade ao pagar as mensalidades e antes mesmo do término do contrato

⁸⁸ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

decorrente da notificação, a operadora de plano de saúde não agiu de boa-fé ao negar a realização dos exames.

O relator decidiu que o contrato deve ser restabelecido entre as partes, retirando o acréscimo relativo ao ajuste de 50%, vez que a ré não comprovou o aumento dos percentuais de sinistralidade que supostamente causaram desequilíbrio contratual.

Ressalta-se que os dois comunicados realizados pela operadora de plano de saúde são posteriores ao quadro de saúde da beneficiária que em setembro de 2011 teve câncer de mama, submetendo-se a sessões de quimioterapia, radiologia e acompanhamento psicológico. Até dezembro de 2012 a beneficiária usufruiu do serviço médico sem restrição e somente no final do referido mês é que a operadora do plano de saúde optou por alterar seu comportamento contratual.

CONCLUSÃO

Inicialmente, a pesquisa apresentou os pontos relevantes do atual direito contratual pós-moderno, perpassando a concepção clássica do contrato. A concepção clássica do contrato abordava a igualdade de posição entre as partes, sendo que ambos os contratantes discutiam livremente as cláusulas contratuais. Trata-se do contrato paritário ou individual.

Em decorrência do fenômeno da massificação e da industrialização, a concepção clássica do contrato não mais condizia com o contexto socioeconômico do século XX. Surgiram os contratos em massa que, em razão da velocidade das contratações, não permitiam que os contratantes discutissem as cláusulas contratuais, apenas aderindo-as ou não.

Com a massificação e o individualismo exacerbado, surge uma crise sociológica chamada de pós-moderna. Pode-se dizer que a pós-modernidade é a fase posterior à industrialização, em que há uma pluralidade de fontes normativas, há uma desmaterialização.

Nesse contexto, os contratos readequaram-se à nova realidade imposta, caracterizada pela desvalorização do bem material e pela valorização do bem móvel imaterial. A partir dessa nova realidade, os contratos passaram a tratar sobre bens móveis imateriais. Verifica-se na pós-modernidade a importância dada à informação e à confiança depositada.

O contrato passou a ter cunho social em que se busca a tutela da confiança e o equilíbrio contratual. Os princípios clássicos do contrato, quais sejam, a autonomia da vontade, a liberdade contratual e a obrigatoriedade dos contratos dividiram espaço com novos princípios, dentre os quais, a função social do contrato, boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual.

Na atual sociedade massificada e despersonalizada houve a revitalização do princípio da boa-fé objetiva, indispensável nas relações contratuais.

A liberdade de contratar, concebida nos moldes liberais, trouxe injustiças como o desequilíbrio das relações contratuais e a prevalência do interesse individual. O princípio do *pacta sunt servanda* deu margem a abusos e a desconsiderações da qualidade da pessoa como titular de direitos fundamentais.

Diante disso, a autonomia da vontade passou a integrar o ordenamento jurídico de tal forma que foi submetida aos valores consagrados na Constituição Federal. O solidarismo contemporâneo é uma reação contra a ética liberal-individualista, exigindo a tutela da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é informada pela solidariedade.

É possível concluir que o princípio da autonomia da vontade é limitado pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. O princípio da boa-fé objetiva no ordenamento brasileiro está em consonância com o Estado Democrático de Direito que almeja a proteção

e a promoção da personalidade humana, bem como atende a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O direito adquire uma nova roupagem como protagonista da transformação da realidade social e da construção de uma nova ética. Protegem-se aqueles cuja conduta irá influir, reduzindo a insegurança e a instabilidade presentes nas relações inseridas em uma sociedade massificada e despersonalizada.

A partir de uma releitura do direito privado, houve uma reestruturação da autonomia da vontade à luz dos valores da sociedade pós-moderna com a valorização da pessoa humana e a ideia de solidariedade como respeito à pessoa humana.

A pesquisa abordou a boa-fé objetiva como um dos princípios da sociedade pós-moderna em que se exige que as partes atuem com lisura e honestidade na realização do negócio jurídico. Ao contrário da boa-fé objetiva, a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado de crença em que o indivíduo acredita atuar corretamente e em conformidade com a lei.

O princípio da boa-fé objetiva, ao estabelecer normas a serem seguidas por ambos os contratantes, garante que as relações contratuais sejam mais justas, igualitárias e solidárias.

Trata-se de um princípio contratual que supera o individualismo advindo da autonomia da vontade. Há uma valorização da pessoa como ser humano inserido em uma sociedade justa e solidária, existindo uma reconstrução das relações contratuais.

Cumpram-se ressaltar que a boa-fé objetiva deve ser utilizada quando não existir uma norma mais específica. Busca-se, com isso, evitar sua utilização excessiva e a banalização do instituto. Por vezes, a boa-fé é utilizada de forma complementar pelos Tribunais.

Conclui-se que a boa-fé é um instrumento jurídico eficaz para alcançar a justiça e o equilíbrio contratual.

Nos contratos de planos de saúde, a boa-fé objetiva é uma referência para verificar se existe a abusividade, haja vista que exige que ambos os contratantes atuem com lisura e retidão, protegendo a legítima expectativa criada e fixando deveres que devem ser atendidos, tais como o dever de informação, cooperação e cuidado.

Os comportamentos que desequilibram a relação de plano de saúde devem ser afastados, reconhecendo a presença da abusividade, que além de ofender a legítima expectativa criada, afronta os preceitos constitucionais assegurados, uma vez que se trata de um contrato existencial.

Confia-se que, ao efetuar o pagamento contínuo das parcelas mensais do plano de saúde, quando houver a necessidade da utilização do serviço médico-hospitalar, haverá o atendimento satisfatório.

A não observância do princípio da boa-fé objetiva pelas operadoras de planos de saúde afronta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.

Como decorrência da boa-fé objetiva menciona-se o princípio do *venire contra factum proprium*. O direito brasileiro não consagra expressamente o princípio geral da vedação do comportamento contraditório. No entanto, apresenta diversos dispositivos que vedam em situações específicas comportamentos considerados contraditórios e da mesma forma, elenca situações que admitem a contradição.

O princípio do *venire contra factum proprium* concretiza a boa-fé objetiva e a tutela da confiança. Dessa forma, é um princípio que proíbe comportamentos contraditórios na medida em que tais comportamentos interfiram na legítima expectativa criada na parte contratante.

A proibição do comportamento contraditório está inserida na função restritiva de Direitos Subjetivos da boa-fé objetiva que, no ordenamento jurídico brasileiro, dá-se pela repulsa ao abuso de direito, conforme disposto no art. 187 do Código Civil.

Busca-se limitar condutas que ferem as expectativas criadas no outro sujeito da relação contratual. Com isso, protege-se a legítima confiança depositada.

A função restritiva de Direitos Subjetivos adquire um viés negativo ao vedar comportamentos que apesar de serem legal ou contratualmente assegurados, não estão de acordo com os preceitos de lealdade, retidão e lisura decorrentes da boa-fé objetiva. Ademais, é imprescindível verificar se tal comportamento está de acordo com a dignidade da pessoa humana e com a solidariedade social.

O princípio é considerado uma expressão do princípio da solidariedade social e para a sua aplicação é necessário atender os seguintes pressupostos: a) a conduta inicial – *factum proprium*; b) a legítima confiança; c) o comportamento contraditório - *venire*; d) o dano efetivo ou potencial.

O *venire contra factum proprium* funda-se na tutela da confiança e aplica-se também às situações existenciais, tal como ocorre nos contratos de planos de saúde em que se tutela a vida e a saúde.

O princípio apresenta duas consequências: o impedimento do ato incoerente e a reparação dos prejuízos dele decorrente. Nos contratos de plano de saúde, se não for disponibilizado o serviço médico-hospitalar pela operadora de plano de saúde quando solicitado pelo beneficiário e se, nesse caso, o beneficiário tiver que arcar com os custos, é comum que se pleiteie a reparação do dano causado, como o ressarcimento das despesas efetuadas.

Cumprе ressaltar que se trata de princípio em fase de expansão no que concerne à sua utilização pelos Tribunais. Ademais, não é raro encontrar situações em que o *venire contra*

factum proprium é confundido com as demais derivações do abuso de direito, como o *tu quoque*, a *supressio* e a *surretio*, tendo em vista que são institutos próximos.

A partir da análise jurisprudencial, foi possível concluir que os julgados que tratam a respeito da aplicação do *venire contra factum proprium* nos contratos de planos de saúde estão dispersos em diversos Tribunais de Justiça e não apresentam um número vultuoso, não tendo ainda um entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Ao vedar o comportamento contraditório na seara dos contratos de planos de saúde objetiva-se tutelar a confiança daquele que acreditou que quando precisasse iria usufruir do atendimento médico-hospitalar e, sobretudo busca-se tutelar o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana, vez que se trata de contrato existencial.

É possível visualizar a violação à saúde e à dignidade da pessoa humana quando há configuração do *venire contra factum proprium* nos contratos de plano de saúde, no entanto, determinados critérios devem ser observados pelo julgador a fim de que não haja a banalização do instituto tal como ocorre com a superutilização da boa-fé objetiva. Objetiva-se, com isso, evitar o desequilíbrio econômico e social do contrato.

Existem situações que acarretam a violação da saúde, todavia, há que se ter cautela para não utilizar o *venire contra factum proprium* desmedidamente sem observar os pressupostos indispensáveis para sua configuração.

Frise-se, ainda, que a boa-fé objetiva e o *vcfp* não podem ser utilizados como instrumentos à disposição somente da parte mais vulnerável da relação contratual a fim de protegê-la incondicional e irrestritamente, sob pena de causar injustiças.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Ângela; AUGUSTIN. Sérgio. Constitucionalização do direito civil e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais às relações privadas. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 13. p. 141-162, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/41916812-Constitucionalizacao-do-direito-civil-e-aplicabilidade-dos-direitos-fundamentais-sociais-as-relacoes-privadas.html>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Livro IV. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. Roma e America, Diritto Romano Comune. **Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, v. 7, p. 189-203, 1999.

ALVIM, Arruda et al. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

ANS. Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, DF, 15 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>=>. Acesso em: 5 jan. 2015.

_____. **Formas de contratação de planos de saúde**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/formas-de-contratacao-de-planos-de-saude#sthash.LiS4e0XZ.dpuf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación. **Boletín Oficial de la República Argentina**, Buenos Aires, 8 out. 2014. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S3_tituloI.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

_____. **Código Civil y Comercial de la Nación**: aprobado por ley 26.994 Promulgado según decreto 1795/2014. Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral: relações e situações jurídicas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. A codificação civil: o processo brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 6, n. 21, p. 70-97, jul./set. 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 87, p. 79-90, 1992.

_____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro, n. 6/7, p. 27-39, 1998.

BERTOLOZZI, Maria Rita; GRECO, R. M. As políticas de saúde no Brasil: reconstrução histórica e perspectivas atuais. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 30, n. 3, p. 380-398, dez. 1996.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça : Serviço de Documentação, 1972.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. Código Comercial do Império do Brasil. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 1850. t. 11, p. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm#art1806>. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 4 jun. 1998. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 6 fev. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jan. 2000. p. 5. ed. extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em: 9 abr. 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sobre o sistema nacional de seguros privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 nov. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980. Dispõe sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 nov. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6839.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Decreto nº 91.469, de 24 de julho de 1985. Cria o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91469-24-julho-1985-441658-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

CALASSO, Francesco. **Il negozio giuridico**: lezioni di storia del diritto italiano. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967.

CAPITANT, Henri; COLIN, Ambroise. **Cours élémentaire de droit civil français**. 10. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1948. t. 2.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil**: introduction. les personnes. Paris: Presses Universitaires de France, 1955. v. 1.

CARPENA, Heloísa. **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHILE. Código Civil. **Diario Oficial de la Republica de Chile**, Santiago 30 maio 2000. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

COGLIOLO, Pietro. **L'evoluzione del diritto privato**. Torino: Libreria Fratelli Bocca, 1855.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em: 12 de dez. 2015.

_____. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/view>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view> >. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. **VI Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web/view>>. Acesso em: 15 mar. 2016. .

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

DANTAS, Santiago. **Programa de direito civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva : C.A., 1941.

_____. **La interpretación de los negocios jurídicos**. Madrid: Ed Revista de Derecho Privado, 1955.

DELGADO, Mario Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. 1.

_____. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Introducción teoria del contrato. 6. ed. Pamplona: Civitas, 2007. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código civil anotado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Souza. **Código civil italiano**. Rio de Janeiro: Récord, 1961.

ELESBÃO, Elsitá Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 50, n. 198, p. 57-86, abr./jun. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Teoria geral de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidade abusivas**. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. Recepção do direito romano no direito brasileiro. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 9, p. 21-41, jan./jun. 1996.

_____. **Instituições de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FRANCE. Code Civil. **Journal Officiel de la République Française**, Paris, 2016.

Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D883A3CCAB90F311287DDF75CFC8C10D.tpdila23v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150239&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160726>. Acesso em: 20 jun. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARFIAS, Ignacio Galindo. **Derecho civil**. México: Porrúa, 1973.

GAZZONI, Francesco. **Manuale di diritto privato**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.

GERMAN. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). **Bundesgesetzblatt**, Bonn, 2 jan. 2002. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html>. Acesso em: 26 jun. 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HESSELINK, Martijn W. O efeito horizontal dos direitos sociais no direito contratual europeu. Tradução de Kelly Cristina Canela e Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, Franca, v. 17, n. 26, [p. 1-11], 2013.

ITÁLIA. Codice Civile. **Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana**, Roma, 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

JORS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. **Derecho privado romano**. Tradução de L. Pietro Castro Barcelona: Labor, 1937.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEME, Lino de Moraes. **Direito civil comparado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1962.

LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil**: parte general. Traducción por Jose M^a Navas. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956. v. 1.

LOBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

_____. **Condições gerais e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES, Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde (ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima; LIMA LOPES, José Reinaldo de; CASTELLANOS PFEIFFER, Roberto Augusto (Org.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

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

_____. **Código civil comentado**: parte geral (art. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. _____. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. In: _____.; LIMA LOPES, José Reinaldo de; CASTELLANOS PFEIFFER, Roberto Augusto (Org.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 20, p. 71-87, out./dez. 1996.

_____. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, n. 103, p. 55-100, jan./fev. 2016.

MARQUES, Lucimara dos Santos. A saúde pública e o direito constitucional brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 11, n. 59, nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4643>. Acesso em: 10 jun. 2016.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**. (arts. 421 a 652). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. t. 1. v. 3.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38.

_____. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. t. 45.

NALIM, Paulo Roberto. **Do contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

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

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

NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão: a reforma de 2002. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 203-236, 2016. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/43502/27380>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**. New York, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. **Buena fe en los contratos**. Madrid: Reus, 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima; LIMA LOPES, José Reinaldo de; CASTELLANOS PFEIFFER, Roberto Augusto (Org.). **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **A doutrina do direito civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1908. t. 1.

PORTUGAL. Código Civil. **Diário da República**, Lisboa, 25 nov. 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

PRUDHOMME, Henri. **Code civil chilien**. Paris: A. Pedone Éditeur, 1904.

REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 6, n. 21, p. 11-13, jul./set. 2003.

_____. Visão geral do novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808, p. 11-19, fev. 2003.

REINALDO FILHO, Demócrito. A natureza jurídica do plano de saúde coletivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 367, 9 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5424>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 573-658, 2004.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1.

_____. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

_____. Proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: _____.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

SCOGNAMIGLIO, Renato. **Contributo alla teoria del negozio giuridico**. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1969.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos**. 2. ed. rev., e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 3.

SIDOU, José Maria Othon. **Proteção ao consumidor: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço de lei**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. Salvador: JusPodivm, 2008.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código civil comentado**. Coordenação e comentários. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVEIRA, Alipio. **A boa-fé no código civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Universitaria de Direito, 1972.

SPOTA, Alberto G. **Tratado de derecho civil**. Buenos Aires: Depalma, 1947. v. 1. t.1

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.

_____. **Soluções práticas de direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

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

_____.; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: _____. (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. **Execução do contrato preliminar**. São Paulo, 1982. Tese.

_____. Oferta contratual em mensagem publicitária: regime do direito comum e do código de proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 4, p. 241-253, 1992.

TORRENTE, Andrea. **Manuale di diritto privato**. 6. ed. Milano: Dott.A.Giuffré, 1965.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>. Acesso em: 10 jan. 2016.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 15. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1966.

VALENCIA ZEA, Arturo. **Derecho civil**. 10. ed. Bogotá: Temis, 1989. t. 1.

VAN CAENEGEM, Raoul Charles. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Machado; revisão Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 1970.

VON TUHR, Andreas. **Derecho civil: parte general**. Traducida por Dr. Wenceslao Roces. México: Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, 1945.

WESTERMANN, Harm Peter. **Código civil alemão: direito das obrigações, parte geral**. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.