

**Valton Doria Pessoa**

**A INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ  
OBJETIVA E DO *VENIRE  
CONTRA FACTUM PROPRIUM*  
NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**



2023

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DA BOA-FÉ OBJETIVA

A ideia de boa-fé no Direito surge, inicialmente, da *fides* romana, que era definida como “ter palavra”, “ser uma pessoa de palavra”.<sup>1</sup> Assim, a comunicação intersubjetiva era pautada na crença, na fé depositada na palavra do próximo e que vinculava os sujeitos envolvidos.

Conforme lição de Humberto Theodoro Júnior (1997, p.248):

[...] historicamente, o direito contratual romano se caracterizava pela dicotomia entre contratos de direito estrito e contratos de *boa fé* [consensuais]. Os primeiros eram formais (do direito civil, ou quiritário) e os de *boa fé*, os que não dependiam de forma ou solenidade para produzir sua eficácia.

Percebe-se que a boa-fé, desde o seu surgimento, encontra-se atrelada à ideia de tutela da confiança, de alguém que acreditou em algo. Essa crença pode ser de índole subjetiva, quando o lesado confiou numa situação aparente, ou objetiva, quando se acreditou que a contraparte agiria de acordo com os padrões de conduta exigíveis do homem comum, sendo essa última o objeto de estudo desse trabalho.

## 2.1. BOA-FÉ OBJETIVA E SUBJETIVA – NECESSÁRIA DISTINÇÃO

A boa-fé objetiva deriva da fórmula germânica *Treu und Glauben*, em que *Treu* possui o sentido de lealdade e *Glauben*, de crença,

---

1. Valendo-se dos ensinamentos de Cícero, Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002, p.21) afirma que, na antiguidade, a *fides* “é definida como ser de palavra, ter palavra, *hit quod dicitur*, na expressão de Cícero”.

significando “boa-crença”, noção histórica que traduz bem os ideais de lealdade e confiança que permeiam e se misturam neste instituto jurídico.

Fernando Noronha (1994, p.136) entende que a boa-fé expressa uma regra de conduta, um “dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para [...] não frustrar a confiança legítima da outra parte.”

Tratando a boa-fé objetiva como cláusula geral do sistema, decorrente da força expansionista de sua interpretação no código civil alemão, Judith Martins-Costa (2000, p.411) afirma:

Já por boa-fé objetiva se quer significar [...] modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.

Traduz-se a boa-fé objetiva, portanto, em padrões de comportamentos socialmente estabelecidos que se impõem aos contratantes, desde a fase negocial, até a fase pós-contratual. A abertura do seu conceito permite que diretrizes jurisprudenciais sejam estabelecidas, de maneira a impor aos contratantes o cumprimento de certos deveres secundários, que passam a integrar o que se entende por “conduta devida” no âmbito da relação obrigacional.

A definição da boa-fé objetiva traz implícitas as ideias de “honestidade, retidão, lealdade, e consideração com os interesses do outro, englobando situações impossíveis de tabulação ou arrolamento *a priori*” (GONÇALVES, 2008, p.126). Esta é a razão pela qual o seu real significado – como cláusula geral do sistema – dependerá da casuística, pois a boa-fé objetiva comporta valoração de conteúdo que não pode ser fixado de forma rígida, justamente no intuito de garantir a sua permanente construção e controle ao longo da história, sem necessidade de alteração legislativa, segundo o entendimento que a jurisprudência extrai da realidade social em cada época.

Karl Larenz (1956, p.103-104), analisando a base do negócio jurídico objetiva, afirma que:

[...] para los casos típicos [de quebra da base] hay que descubrir en la naturaleza de las cosas y en el principio de buena fe soluciones de validez general que eviten, al menos de ordinario, recurrir a puras consideraciones de equidad. Estas soluciones de validez general tienen frente a aquéllas la ventaja de que garantizan no solo una gran seguridad y continuidad de la jurisprudencia, sino también la comprensión de sus fundamentaciones que el hombre moderno exige para aceptar la autoridad de las sentencias. La sentencia según la equidad y en consideración a todas las circunstancias del caso concreto queda, por tanto, como la *ultima ratio*.

O conceito da boa-fé objetiva perpassa, portanto, pela definição de *standart*, que segundo Camila Gonçalves (2008, p.127) seria:

Os *Standards* são formas de comportamento social típico, com caráter normativo integrado na consciência daqueles que atuam ou julgam de acordo com os costumes de determinada comunidade, identificados com os usos do tráfico e comerciais, assim como com a moral social dominante, referida na fórmula de “bons costumes”.

Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2007, p.96) entende que o “*standard* jurídico não impõe uma conduta a ser seguida, mas apenas funciona como parâmetro com o qual será feita a comparação da conduta adotada em um caso concreto.” Não se pode limitar, entretanto, a boa-fé objetiva apenas com o *standard*, pois aquela, como norma de conduta, não se aplica somente em determinados casos, mas espalha o seu valor principiológico por todo o sistema, orientando as condutas de uma forma geral.

O *standard* se apresenta como uma simples norma comportamental padrão, enquanto a boa-fé objetiva tem natureza mais ampla, funcionando como uma fonte de normas sem conteúdo previamente estabelecido e que serão valoradas a partir do caso concreto, buscando a solução mais equânime a ser aplicada na situação. Seguindo, para tanto, vetores estabelecidos como lealdade e ética, preservando a confiança no trato negocial. A boa-fé objetiva, como norma de conduta, deste modo, estabelece que “as partes devem guardar entre si a lealdade e o respeito que se esperam do homem comum” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p.75).

A boa-fé objetiva, compreendida como norma de conteúdo principiológico, permite, pela abertura semântica do conceito, a formulação de regras de conduta com o objetivo de proteger aquele que teve sua confiança vilipendiada em determinada relação jurídica contratual, pelo comportamento desonesto e desleal da contraparte. Esse elo de confiança, inerente à boa-fé objetiva, impõe aos sujeitos que praticaram determinado negócio jurídico um dever de conduta.

Inexiste interesse, destarte, em se investigar o *animus* na análise da boa-fé objetiva – a intenção do sujeito quando pratica determinado ato, no esforço de identificar o estado de ignorância do sujeito que teve sua conduta lesada. Esse comportamento, que também viola a confiança de outrem, está tutelado por outro instituto, o da boa-fé subjetiva.

A definição da boa-fé subjetiva faz-se necessária para melhor distingui-la da objetiva, evitando confundir esses importantes institutos.

A boa-fé subjetiva está ligada ao estado psicológico em que se encontra um sujeito na prática de determinado ato. Este age acreditando estar em conformidade com o Direito ou mesmo com total desconhecimento em relação ao direito de outrem. Judith Martins-Costa<sup>2</sup> (2011), dissertando a respeito da boa-fé subjetiva, define-a:

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 excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente). [...] de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio [...].

A proteção jurídica nessa acepção da boa-fé, portanto, recai sobre o aspecto psicológico da conduta do sujeito, protegendo aquele que atuou sem ciência do vício.

---

2. MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/pgpd/doutrina/martins1>>. Acesso em: 01 out 2011.

Em sua definição sobre a boa-fé subjetiva, Fernando Noronha (1994, p.132) expõe:

Na situação de boa-fé subjetiva uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na *aparência*. A situação de aparência gera um estado de *confiança* subjetivo, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas.<sup>3</sup>

Judith Martins-Costa (2000, p.411) ensina que “esta boa-fé de conhecimento, psicológica, subjetiva, contrapõe-se à má-fé. A má-fé também é subjetiva, vista ligeiramente como a intenção de lesar outrem”.

Delineando esta diferença, Vera Winter (1998, p.133) define:

A inexistência de boa-fé subjetiva caracterizava sempre uma atuação dolosa ou pelo menos culposa, portanto, uma atuação não conforme aos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva, quem não está em estado de ignorância (aspecto subjetivo) e, apesar disso, age, sabendo ou devendo saber que vai prejudicar direitos alheios procede (aspecto objetivo) necessariamente de má-fé.

Torna-se evidente, portanto, que a investigação da boa-fé subjetiva perpassa pela análise do estado psicológico do sujeito envolvido na relação jurídica, a fim de se descobrir o seu estado de (des)conhecimento no momento da realização do ato. Torna-se imprescindível para o enquadramento da boa-fé subjetiva, desta forma, o exame do *animus* do sujeito, seu estado de ignorância.

A breve análise conceitual das duas espécies de boa-fé evidencia a tutela da confiança como ponto em comum. Há em ambas este elemento subjetivo – a confiança – e a necessidade de tutelá-lo, seja para beneficiar aquele que acredita encontrar-se numa situação aparente (boa-fé subjetiva), seja para quem orienta a sua conduta segundo padrões éticos (NORONHA, 1994).

---

3. Em alusão ao direito comparado, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2011a, p.516) destaca que o Código Civil português tem uma visão ética da boa-fé subjetiva, afirmando que seu núcleo essencial consiste em um “estado de ignorância desculpável, no sentido de que, o sujeito, tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos pelo caso, ignora determinadas eventualidades.” No mesmo sentido, Nelson Rosenvald (2007, p.78): “A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de possuir um direito que só existe na aparência.”

Importa ressaltar, todavia os elementos que distinguem a boa-fé objetiva e subjetiva, apesar do elemento em comum. A segunda diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a primeira a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como se deve agir. Estará, em um caso concreto, portanto, de boa-fé subjetiva quem ignora a real situação jurídica; e de boa-fé objetiva quem tem motivos para confiar na contraparte.

A confiança, como elemento subjetivo da conduta e a sua tutela jurídica, seria, assim, a interseção entre a boa-fé subjetiva e a objetiva. Há, no tocante à boa-fé objetiva, ainda, um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem (NORONHA, 1994). Dessa forma, enquanto a boa-fé subjetiva considera o estado de agir de um sujeito, que acredita agir de acordo com os valores vigentes; de outro lado, a boa-fé objetiva estabelece regras de conduta a serem observadas pelas partes numa dada relação jurídica.<sup>4</sup>

Fernando Noronha (1994) define a boa-fé objetiva como princípio, enquanto considera a boa-fé subjetiva apenas como um estado psicológico.<sup>5</sup>

Fredie Didier Jr. (2012, p.70-72) afirma que a boa-fé subjetiva é fato e se refere às intenções do sujeito, compondo o suporte fático de algumas normas jurídicas. A boa-fé objetiva, por seu turno, é norma de comportamento, determinando ou vedando a realização de condutas.

Estabelecidas as devidas distinções entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, por meio das considerações iniciais, passa-se ao estudo apenas da boa-fé objetiva, por entender que o referido instituto guarda relação direta com o objeto desse trabalho, analisando-se, para tanto, o seu processo de surgimento e afirmação no ordenamento jurídico nacional.

- 
4. Nelson Rosendal (2007, p.165) esclarece: “Enfocamos a boa-fé objetiva no direito das obrigações como um modelo de conduta social, padrão de comportamento, pelo qual cada um de nós se conduzirá, ajustando o comportamento àquele pretendido para uma pessoa honesta e leal. Na concepção da boa-fé objetiva, o intérprete se desvinculará da aferição do exame psicológico da parte (boa-fé subjetiva), pois apenas avulta o nível objetivo de atuação conforme o meio social ou profissional em determinado contexto histórico.”
  5. O autor (1994, p. 132) ainda ressalta: “A boa-fé subjetiva ou boa-fé crença, é um estado – um estado de ignorância sobre as características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem”.

## 2.2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

A primeira aparição da boa-fé objetiva remonta ao Direito Romano, ainda que exista dissidência<sup>6</sup> a respeito da natureza jurídica de princípio deste instituto à época. A presença da *fides*<sup>7</sup> no Direito Romano é responsável pelo nascedouro da boa-fé objetiva em sua acepção jurídica, representando, neste momento, a fé e a confiança das partes contratantes no campo do direito obrigacional. Judith Martins-Costa (2009) enuncia que a própria etimologia do vocábulo confiança provém da expressão romana *fides*, que significava a fé reinante nas condutas comunicativas na ordem social. E esta conduta comunicativa tinha por objeto o entendimento entre os sujeitos.

Segue esta linha Baptista Machado (*apud* MARTINS-COSTA, 2009, p.235), destacando que “toda e qualquer conduta comunicativa

6. Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002) esclarece a divergência doutrinária afirmando que existe uma corrente que nega a existência da formulação do princípio da boa-fé no Direito Romano, e que se funda na questão da contrariedade dos juristas romanos à formação de princípios e expressões extrajurídicas. Do lado oposto a esta opinião, tem-se que o dever de lealdade entre as partes, decorrente do princípio da boa-fé, remontaria ao “princípio romano da *fides*”, o qual determinava a abstenção de todo comportamento daquele que se comprometeu, e que pudesse onerar ou dificultar a execução do contrato.
7. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2011a, p.54-56) diferencia a “*fides-primitiva*” em três prismas semânticos: “A *fides-sacra* está documentada em latitudes diversas: na Lei das 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 da entrega e da lealdade; na análise dos poderes extensos atribuídos ao *pater* e nas fórmulas iniciais da 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. É de aproximar da *fides-facto* a leitura de Beseler, segundo a qual a *fides* figuraria uma ligação, encontrando, conjuntamente com a (ilegível), grega, a sua raiz indo-europeia na designação duma planta utilizada para atar. A *fides-ética*, a cuja concepção ficou ligado HEINZE, parte, na leitura deste autor, da tese de FRAENKEL. Simplesmente, desde o momento em que a ‘garantia’ expressa pela *fides* passou a residir na qualidade de uma pessoa, teria ganho uma coloração moral. Mais do que uma mero *facto*, sintoma de um desenvolvimento conceptual incipiente, a *fides* implicaria o sentido de dever, ainda quando não recebida pelo Direito.” Concluiu o Autor esta distinção dizendo (2011, p.58-59): “Nessa linha, merece referência a hipótese de WIEACKER, segundo o qual haveria, na base da *fides*, uma adstrição de comportamento, inicialmente não jurídica, que se tornou primeiro mágica, então religiosa, finalmente moral. Não custa admitir que *fides* fosse, em simultâneo, uma ligação-garantia fática, com níveis de representação mágico-sacrais e, mais tarde, morais.” Por fim, o Autor elenca, ainda, como subdivisão da *fides*, a *fides-poder* e a *fides-promessa*, identificando-as da seguinte forma (2011, p.60-61): “Como instituição social apta a tratamento jurídico, a clientela vive dominada pela *fides*. Mas ainda aí devem ser separados dois aspectos: o da *fides* como poder, traduzindo, nessa medida, a posição jurídica do patrão, caracterizada, entre outros, por poderes de direcção e o da *fides* como promessa, como acto pelo qual uma pessoa era recebida na *fides* doutra.”

só pode cumprir o seu papel se observadas regras éticas elementares, como a da veracidade e lealdade, às quais correspondem os conceitos complementares de credibilidade e responsabilidade.”

Ao longo do tempo incorporou-se à ideia da *fides* a *bona fides*, expressão que marca e representa, segundo a ótica de Juliana Evangelista de Almeida (2009, p.361), “o cumprimento do que foi assumido, devendo ser cumprido não somente o que está expresso, mas também aquilo que representa o assumido pelas partes contratantes.”

O sentido e a atuação da *bona fides*, nas palavras de Paolo Frezza (*apud* MARTINS-COSTA, 2000, p.116):

Atuava como ‘elemento catalisador’ do conteúdo econômico dos contratos, porque, funcionalmente, constringe as partes a ter claro e presente qual o conteúdo concreto dos interesses que se encontram no ajuste, clarificação essa necessária para vincular os contraentes ao leal adimplemento das obrigações assumidas.

A partir deste momento, o negócio entabulado entre as partes produzia caráter vinculante em relação à palavra dada, ao compromisso firmado uma com a outra, sendo uma espécie dos contratos, os chamados contratos de boa-fé, nos quais não se fazia a exigência de seguir o ritual formalístico de todos os demais contratos romanos. Salienta, neste sentido, Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2007, p.44) que o “Direito Romano, como se sabe, não se baseava na ordenação sistemática dos direitos subjetivos abstratos, mas sim, na previsão de ações para os diversos casos concretos.”<sup>8</sup> Fazendo um breve paralelo com a realidade atual, não existem mais os contratos específicos de boa-fé, pois em toda e qualquer negociação, seja solene ou informal, se encontra implícita a ideia de conduta em conformidade com a boa-fé durante todas as fases que antecedem e sucedem a celebração do contrato. A implicação lógica, por conseguinte, é que atualmente todos os contratos são orientados pela boa-fé.

---

8. Fazendo um breve paralelo com a realidade atual, não existem mais os contratos específicos de boa-fé, pois em toda e qualquer negociação, seja solene ou informal, se encontra implícita a ideia de conduta em conformidade com a boa-fé durante todas as fases que antecedem e sucedem a celebração do contrato. A implicação lógica, por conseguinte, é que atualmente todos os contratos são orientados pela boa-fé.

O direito de ação em favor da *bona fides* veio a ser tutelado no Direito Romano com a *bonae fidei iudicia*<sup>9</sup>, que possibilitava ao juiz decidir a aplicação da boa-fé exigida nas relações obrigacionais em cada caso concreto. A *bonae fidei iudicia*, também denominada de *actiones fidei iudicia*<sup>10</sup>, possibilitava ao juiz, portanto, uma margem maior de discricionariedade no julgamento da causa, não o adstringindo estritamente à lei (SLAWINSKI, 2002).

A expressão *bonae fidei iudicia* consistia, deste modo, em um feixe de procedimentos nos quais os postulantes, sem poder embasar a sua pretensão em alguma lei em sentido formal, fundamentavam-na na *fides bona*, pleiteando que o juiz decidisse de acordo com o primado da boa-fé.

Percebe-se, assim, que, no Direito Romano, a boa-fé representava uma norma aberta, de necessária complementação pelo julgador, “a quem era garantida uma ampla margem de liberdade para a determinação do conteúdo normativo, da conduta esperada” (DUARTE, 2004, p.405). As *actiones*, portanto, incluindo-se as *actiones fidei iudicia*, fundavam-se no império do pretor.

A partir da ampliação dos poderes dos pretores na decisão dos casos expressos nas *actiones fidei iudicia*, surge a criação de soluções concretas e específicas para cada situação, uma vez que a norma positivada não contemplava as hipóteses trazidas nos conflitos tratados pelas *actiones*.

Esta atuação do juiz nas *actiones fidei iudicia* é bem definida por Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2011a, p.89):

De tudo isto, retira-se o sentido geral dos *bonae fidei iudicia*: tratava-se de instâncias em que o *iudex*, em vez de se dever ater a formalismos estritos, tinha por função o procurar, através de certos expedientes, descer até à substância das questões. Não bastava, pois, uma composição puramente formal dos litígios: procurava-se uma solução material. Estas considerações, que poderiam ser exageradamente ampliadas com outras, tais como a de um reconhecimento implícito

9. De acordo com a explicação de Daniela Moura Ferreira Cunha: “O *bonae fidei iudicia* é a ação que sanciona o contrato de boa-fé em caso de quebra da lealdade recíproca devida na relação jurídica (nos *bonae fidei negotia* ou *actio bonae fidei*).” Disponível em: <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2010/danielacunha\\_bonafides.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2010/danielacunha_bonafides.pdf)>. Acesso em: 29 jun 2011.

10. No Direito Romano predominava o sistema jurídico de ações e não de direitos subjetivos, havendo grande destaque para esta espécie de *actiones*.

de equivalência de prestações, a da bona fides como norma de conduta correcta ou da funcionalidade das obrigações, não devem, porém, fazer perder a perspectiva histórica de que toda esta generalização surgiu muito depois, apenas.

Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2007, p.46) esclarece a real função da *bona fides* para o Direito Romano:

Na realidade, mais adequado se mostraria dizer que a bona fides, para os romanos, era informadora de todo o ordenamento social e jurídico, impondo que as relações interpessoais e nos comportamentos em geral fosse observada a fidelidade, embora não houvesse qualquer preocupação em apresentar um conceito único ou mesmo em identificar uma origem única para todas as situações onde a mesma encontrava aplicação, até porque, como já comentamos acima, não era próprio dos romanos o pensamento abstrato e sistematizado, mas, sim, o pensamento problemático, tópico, voltado para a solução de cada caso concreto específico.

Embora importante, este período não foi decisivo para a positivação jurídica do princípio da boa-fé, pois, com o passar do tempo, a *bona fides* foi se enfraquecendo e integrando a noção conceitual de outros princípios gerais do Direito Romano, voltados apenas para a solução de determinados e específicos casos concretos, sem o cuidado de se determinar uma definição técnica e a amplitude de aplicação do instituto.

O Direito Canônico, que se destacou pela inserção do sentido subjetivo da boa-fé, também relegou, por sua vez, o *status* de norma positivada à boa-fé objetiva. Neste contexto, a boa-fé era tida como a ausência de pecado<sup>11</sup>, como salienta Thiago Borges (2009, p.130):

[...] no direito canônico, a boa-fé obrigacional encontrava-se generalizada na legitimação das *nuda pacta*<sup>12</sup>, diluída, sem um papel

---

11. Judith Martins-Costa (1999, p.129) esclarece: “À primeira vista, pode parecer idêntica à conotação advinda do direito romano, a boa-fé como denotativa da ignorância acerca da litigiosidade. Contudo, o direito canônico introduz um poderoso pólo de significados – a boa-fé é vista como a ‘ausência de pecado’, vale dizer, como estado contraposto à má-fé.”

12. As *nuda pacta* seriam os acordos meramente consensuais, desprovidos de formalidades, que o direito canônico emprestava efeitos jurídicos. O emprego da boa-fé teve, neste caso, importante papel subversivo na desformalização dos contratos da era romana, pois trazia a ideia de que a “promessa obriga” (BORGES, 2009, p.130).

técnico-jurídico, representando uma categoria sem conteúdo substancial. A Igreja atribuía valor moral à promessa, ou ao consentimento, conferindo a boa-fé o significado de ausência de pecado. Desta forma, se considerado que quem promete deve cumprir a palavra dada, sob pena de incorrer em pecado, a regra, de preceito moral, se faz jurídica – passando-se a admitir que o simples acordo obriga. Agir em boa-fé, no âmbito obrigacional do direito canônico, é respeitar fielmente o pactuado, sob pena de agir em má-fé, isto é, em pecado – assume, assim, um conteúdo eminentemente subjetivo.

Reforçando a ligação entre a boa-fé e o não cometimento do pecado para o Direito Canônico, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2011a, p.153-154) pontua:

No Direito Canônico [...] teria ocorrido uma velha aspiração dos estudiosos da boa-fé: a sua unificação conceptual. Na linha dos valores próprios do Direito da Igreja, a boa-fé dependeria sempre da consideração do pecado: na praescriptio, a mala fide superveniens, traduzindo uma situação de scientia na constância do direito alheio, corporizaria um fator de conscientia, obstáculo ao seu funcionamento; por isso foi alterado o brocardo romano mala fides superveniens non nocet. Nos nuda pacta, a ideia de pecado teria sido, também, decisiva: o respeito pela palavra dada impõe-se, sob pena de violação dos valores transcendentais.

A boa-fé no Direito Canônico é marcada, precipuamente, pelo seu caráter axiológico, pois ao apresentar a boa-fé como conduta contrária ao pecado, passa-se a considera-la como um valor capaz de produzir efeitos jurídicos.

A relevância histórica do Direito Canônico para a boa-fé foi tê-la erigido em sua dimensão interpretativa de caráter axiológico, vinculada ao subjetivismo, com a construção dos antagônicos conceitos de boa e má-fé. Ultrapassado este período inicial no qual a boa-fé objetiva teve escasso desenvolvimento, ficando limitada às *actiones* do Direito Romano, os estudos sobre o tema foram aprofundados.

O caminho da doutrina para a positivação contou com a fundamental importância do trabalho de Pothier, conhecido como “pai do Código Civil”, que, como destaca Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2011a, p.242), “teve um relevo fundamental na sua elaboração, sobretudo no direito das obrigações” e foi no capítulo

## O *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>

O *venire* se insere nas hipóteses de exercício inadmissível de direito ou posição jurídica. Assim, o exercício de um direito subjetivo pode ser limitado, ou mesmo obstado, quando tal conduta implicar comportamento contraditório que abalou a legítima confiança de outrem. Mas essa lógica merece reflexão quando esse direito subjetivo se insere no rol dos direitos fundamentais consagrados pela CF/88.

Nesse capítulo essa delicada questão será abordada sob o prisma de uma possível “antinomia”, considerando a hipótese de uma colisão entre eventuais direitos fundamentais e o importante princípio constitucional da solidariedade social que fundamenta o *venire*.

Assim, em determinadas situações o exercício de um direito fundamental pode caracterizar comportamento contraditório que viola a legítima confiança de alguém e é preciso enfrentar esse delicado conflito de interesses.

Considere-se, por exemplo, a hipótese em que um determinado sindicato profissional regulamentado, através de um acordo coletivo, a prática da revista pessoal de trabalhadores em determinada empresa e, em seguida, esse mesmo sindicato ou o trabalhador, individualmente, propõe uma ação, cujo objeto é uma indenização por dano moral em razão da realização da revista praticada.

---

1. O capítulo pautou-se em conclusões do artigo deste autor. PESSOA, Valton Dória. O Direito Fundamental à Intimidade do Empregado ante os Mecanismos de Controle do Empregador. *In*: ALMEIDA, Renato Rua; OLMOS, Cristina Paranhos. (Orgs.). **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, v.2, p.129-155.

O ajuizamento dessa ação se enquadra, indiscutivelmente, como hipótese de *venire*, já que a celebração do acordo (*factum proprium*) criou no empregador a legítima expectativa de que esse tema estivesse superado. Ocorre que o objeto da ação que caracteriza o comportamento contraditório é o direito fundamental à intimidade do empregado, que não poderia, a princípio, sofrer limitação, mesmo diante da proteção da confiança.

Assim, nestas situações conflitantes a preponderância de um direito sobre o outro dependerá do caso concreto, a ser revelado pela técnica da ponderação de interesses, já que, como se revelou nesse trabalho, o *venire* traduz a aplicação do importante princípio constitucional da solidariedade social, contemplado no artigo 3º, I, da Carta Magna vigente.

Para apresentar a solução para esse delicado conflito, todavia, é preciso fazer uma breve abordagem sobre a política dos direitos e objetivos fundamentais da Constituição Federal pois, como ressalta Willis Santiago Guerra Filho (2009, p.29), para compreender os dispositivos do texto constitucional, é necessário considerar os direitos fundamentais, que devem ser preservados “com base nos princípios e objetivos fundamentais declarados no Título I da CR.”

#### 4.1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou e conferiu destaque aos direitos fundamentais, garantindo a todos extenso rol exemplificativo no artigo 5º, ao tempo em que fundamentou o Estado Democrático de Direito com alicerces na dignidade da pessoa humana.<sup>2</sup> Tais temas sobrelevam no ordenamento jurídico nacional de tal forma que a própria Constituição traz dispositivo que afirma que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, §1º).

Contudo, importa destacar que, antes de se chegar ao atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais, muito se discutiu acerca de sua origem, além das progressivas dimensões de reconhecimento de tais direitos e sua constante confusão com os direitos humanos.

---

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

III – a dignidade da pessoa humana.

Logo, é importante realizar uma incursão no histórico de desenvolvimento dos direitos fundamentais, sua aplicação, dimensões e limites, antes de analisar eventual conflito com o princípio fundamental da solidariedade social vinculado ao *venire contra factum proprium*.

#### 4.1.1. Delimitação e Origem

Os direitos fundamentais, na lição de Robert Alexy (*apud* SARLET, 2011, p.92), são entendidos como “aquelas posições jurídicas que, do ponto de vista do direito constitucional, são de tal sorte relevantes para a comunidade, que não podem ser deixados na esfera de disponibilidade absoluta do legislador ordinário.”

Para Arion Sayão Romita (2005, p.36), o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser definido como “os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, e justiça.”

Assim, pautando-se na essencialidade e relevância que marca os direitos fundamentais para a comunidade, calha pontuar que estes não se confundem, nem denotam o mesmo sentido que os direitos humanos. Isto porque, por direitos humanos entendem-se aqueles de caráter universal, declarados em âmbito internacional e que consistem em “posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional” (SARLET, 2011).

A internacionalização dos direitos humanos decorreu da necessidade de resgatar a valorização do homem no pós-guerra, já que seu elo com o direito, que o tinha como foco central, se perdeu com o nazismo e a 2ª Guerra Mundial, diante das inúmeras atrocidades praticadas. Neste período em que o mundo se viu sob a influência negativa da política nazista, foi nítida a desvalorização da pessoa humana, que deixou de ser o núcleo essencial do direito, sua fonte primordial.

Desta forma, com o propósito de colocar a pessoa humana novamente em lugar de supremacia no direito, iniciou-se o entendimento de que a proteção dos direitos humanos não deveria cingir-se ao âmbito interno de cada Estado, já que o interesse em tutelar os

direitos da pessoa humana ultrapassa as barreiras territoriais dos Estados, merecendo proteção internacional.

Neste contexto, “os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social” (PIOVESAN, 2010, p.4).

Anote-se que, como os direitos fundamentais, os direitos humanos são marcadamente históricos, não tendo surgido todos de uma só vez, e sua consolidação se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e, posteriormente, a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, nas quais se introduziu a concepção contemporânea dos direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade.

De acordo com Flávia Piovesan (2010, p.06) a universalidade decorre diante da amplitude ou extensão dos direitos humanos, que advém única e exclusivamente da condição da pessoa humana pois “todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano.”

No tocante à indivisibilidade dos direitos humanos assegurada pela Declaração Universal, Flavia Piovesan (2010, p.07) esclarece que essa noção decorre a partir de uma visão integral dos direitos, em que a garantia de um é condição para validade de outros e, em razão dessa condição, os direitos humanos integram “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.”

Assim, os direitos que buscam tutelar a dignidade da pessoa humana têm a pretensão de alcançar a universalidade dos sujeitos, independentemente da vinculação a determinado ordenamento jurídico constitucional, possuindo caráter indivisível.

Já os direitos fundamentais são entendidos como os direitos reconhecidos em determinada ordem constitucional de um Estado.<sup>3</sup>

---

3. Não obstante os direitos fundamentais não atingirem a universalidade das pessoas, como pretendem os direitos humanos reconhecidos em inúmeras declarações internacionais, aqui, no Brasil, deve-se entender que possuem largo alcance subjetivo. É que, apesar do *caput* do art. 5º da CF/88 aduzir que “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,

Nesta linha de argumentação, evidencia-se que a nota peculiar de diferenciação entre estes direitos seria de âmbito territorial: os direitos fundamentais são positivados na Constituição de um determinado Estado; os direitos humanos, por sua vez, vêm expressos em declarações internacionais, com aspiração de universalidade de alcance, em que pese entre ambos não existir diversidades de caráter material, dado o caráter fundamental imanente aos direitos tutelados.

A origem dos direitos fundamentais é analisada e justificada por três teorias distintas citadas pela doutrina: a jusnaturalista, a positivista e a realista.

A corrente jusnaturalista defende que direitos fundamentais eram inatos à própria condição do ser humano, originários e inalienáveis, valendo como fundamento último e irresistível, logo, de inquestionável obediência. Sob este enfoque, a previsão legislativa tinha caráter meramente declaratório, pois reconhecia que os direitos eram naturais e anteriores a qualquer positivação.

Adepto do jusnaturalismo, Kant (*apud* SARLET, 2011) defende que todos os direitos do homem estariam abrangidos no direito à liberdade – definida como a faculdade do ser humano de acatar as normas a que tinham dado seu consentimento – e que somente poderia ser restringida ante a liberdade dos demais, em convivência harmoniosa.

Todavia, como Norberto Bobbio (1992) esclarece, a natureza do homem mostrou-se insuficiente e frágil como último fundamento a direitos irrefutáveis, sendo inócua para a sua garantia e respeito.

Surge, então, a concepção positivista. Esta doutrina identifica o direito como algo que está formalmente inserto em lei. Por este motivo, qualquer menção a direitos anteriores à sua positivação soa absurda e inadmissível (TAVARES, 2006).

---

à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”, deve-se compreender pela interpretação mais extensiva, de forma a permitir que a titularidade dos direitos fundamentais alcancem todos os estrangeiros, ainda que não residentes, pautando-se no norte teleológico dos princípios da universalidade e da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, é salutar a seguinte passagem de Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p.213): “Neste contexto, há que se invocar o princípio da universalidade, que, fortemente ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, evidentemente não permite a exclusão generalizada de estrangeiros não residentes da titularidade de direitos, sendo correta a tese de que pelo menos todos os direitos diretamente fundados na dignidade da pessoa humana são extensivos aos estrangeiros. Também aqui assume relevo o que poderia ser chamado de função interpretativa do princípio da universalidade, que, na dúvida, estabelece uma presunção de que a titularidade do direito fundamental é atribuída a todas as pessoas.”

Para os positivistas, os direitos naturais não teriam qualquer força normativa, nem mesmo capacidade de obrigar o Estado ao seu cumprimento. Somente através do processo legislativo assumiriam a condição de direito propriamente dito, dada à natureza constitutiva que a norma legal conferir-lhe-ia.

Desta forma, segundo esta teoria, a positivação de direitos fundamentais no ordenamento jurídico seria suficiente para a sua consagração e respeito pelo Estado e pela sociedade, sem qualquer preocupação com as violações ou omissões que pudessem sofrer, uma vez que não havia previsão de mecanismos de proteção contra essas infrações.

Esta teoria, contudo, não logra êxito na atualidade, pois a mera positivação dos direitos fundamentais não assegura a sua eficácia e exigibilidade, demandando todo um sistema protetivo que venha a garantir a efetivação destes direitos no ordenamento jurídico.

Partindo desta premissa, Norberto Bobbio (1992, p.24) afirmava que “o problema fundamental em relação aos direitos dos homens, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”, tratando-se não mais de um embate filosófico, mas sim de desafio político.

Eis que desponta a teoria realista, a qual vê a positivação dos direitos fundamentais como uma primeira medida para o desenvolvimento técnico de garantias processuais de proteção destes interesses, possibilitando a efetividade dos mesmos e assegurando condições para a sua exigibilidade judicial.

Os defensores dessa teoria procuram desenvolver uma doutrina de correlação das garantias processuais para a efetivação dos direitos pois, como anota Peces – Barba (*apud* TAVARES, 2006, p.402):

Toda norma de direito positivo realmente existente necessita de proteção no caso de desconhecimento por um terceiro. Se um direito fundamental não pode ser alegado, pretendendo sua proteção, pode-se dizer que ele não existe.

Assim buscam os realistas a concreção dos direitos fundamentais que, em se considerando como inatos ou positivados, segundo as teorias jusnaturalista ou positivista, respectivamente, não serão capazes, somente por estes motivos, de se tornarem efetivos e respeitados.

### 4.1.2. Dimensões de Direitos Fundamentais

Traspassadas as justificativas para a própria existência dos direitos fundamentais, urge salientar que a história vem determinando a incessante ampliação do seu conteúdo, em razão das crescentes carências e necessidades humanas, pelo que se desenvolveu a ideia de dimensões ou gerações de direitos.

É importante destacar que a doutrina nacional critica a expressão ‘gerações de direitos’, sendo preferível a utilização da denominação ‘dimensões de direitos’, uma vez que tal termo abarca o “reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais”, em caráter de cumulação, complementaridade, ao contrário do nome ‘gerações de direitos’, que induz à noção de alternância, ensejando a “falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra” (SARLET, 2011, p.45).

No particular, as palavras de Willis Santiago Guerra Filho (2009, p.43) são preciosas:

Que ao invés de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos “gestados” em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos de geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, consequentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se a sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente a função ambiental.

Pontue-se, apenas que, apesar do enquadramento dos direitos em uma ou outra dimensão, não necessariamente foram os mesmos instituídos no período em que se consagra a correlata dimensão pois, como é cediço, os direitos fundamentais partem de um processo longo, progressivo e gradual para a sua consagração e efetivação.

Na lição de Jorge Neto (2008, p.36), os direitos fundamentais são uma força vital para implementação do próprio desenvolvimento em progressão da personalidade humana, motivo pelo qual se desdobram e requeintam com o passar dos anos.

A primeira dimensão é consagrada com o Estado Liberal, cuja característica marcante é a de se afirmar como proclamadora dos direitos do indivíduo em face do Estado, exigindo-se deste uma posição de espectador e não-intervenção, apesar de hoje em dia saber-se que mesmo para tais direitos existem custos por parte do Poder Público, uma vez que os remédios jurisdicionais aptos a protegerem tais interesses demandam, no mínimo, a criação e manutenção de estrutura pública para assegurar a sua efetividade (GALDINO, 2005). Como bem explicitado pela doutrina, “todo direito fundamental exige a intervenção estatal, a implementação de políticas públicas e o gasto público para que sejam minimamente observados” (SILVA NETO, 2008, p.40).

Em geral, os direitos fundamentais afetos à primeira dimensão são titularizados pelo indivíduo isoladamente considerado, que pode impor tais interesses ao Estado, cumprindo, em verdade, papel de direitos de resistência ou oposição perante intervenção do Poder Público que violasse a liberdade individual (BONAVIDES, 2008).

Nesta dimensão relevam-se os direitos à vida, à propriedade, a igualdade, à liberdade, direitos de participação política e alguma garantias processuais, tal como o *habeas corpus*, dentre outros. Vale dizer: são consagradas as chamadas liberdades públicas, os direitos de liberdade, visando sempre a omissão do Estado, a fim de não interferir na esfera individual do sujeito.

Na segunda dimensão de direitos, própria do Estado do Bem-Estar Social, demanda-se a adoção de prestações pelo Estado para suprir carências do cidadão enquanto membro de uma coletividade. Aqui se exige uma atuação positiva do Estado, de caráter prestacional, no sentido de garantir a melhoria de sua condição social e não de apenas respeitar os direitos de liberdade dos indivíduos isoladamente considerados.

Essa dimensão vai outorgar ao povo direitos prestacionais vinculados ao trabalho, à saúde e à educação, bem como consagrar direitos próprios dos trabalhadores, nominados de direitos laborais específicos, a exemplo do direito às férias.

A terceira dimensão, por seu turno, marca a proteção aos chamados direitos de solidariedade e fraternidade. Cuida-se, em verdade, de direitos que se centralizam na coletividade como titular, pelas atuais reivindicações fundamentais do ser humano.

Neste contexto, surgem os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente saudável e qualidade de vida, devidamente proclamados pela CF/88, como se verifica em seu artigo 225.<sup>4</sup>

Parte da doutrina ainda suscita a existência de uma quarta e quinta dimensão de direitos fundamentais.

Paulo Bonavides (2008, p.571), a exemplo, insere na quarta dimensão de direitos fundamentais o direito à democracia, ao pluralismo e à informação, primando pela globalização política. Para o autor, a promoção destes direitos é de fundamental importância na consecução de uma “sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

Já Celso Bastos (*apud* TAVARES, 2006) acredita que tal dimensão é composta por um direito a não intervenção genética, direito universal ao desarmamento nuclear, entre outros.

Paulo Bonavides (2008) sustenta, ainda, a existência de mais uma categoria dos direitos fundamentais, a chamada 5ª dimensão, composta pelo direito à paz, que teria galgado força e dignidade jurídica decorrente do reconhecimento universal da sua importância no processo de convivência humana.

Contudo, é importante ressaltar que não se vislumbra na atual realidade o reconhecimento na ordem jurídica dos direitos especificados na quarta e quinta dimensões. Acredita-se que tais direitos não passariam de meros desdobramentos dos proclamados pela 3ª dimensão, enquadrando-se, em verdade, como interesses difusos e coletivos, motivo pelo qual não passam de utopia e expectativa de um futuro promissor.

Comungando do mesmo raciocínio acerca das 4ª e 5ª dimensões, Norberto Bobbio (1992, p.9) esclarece que não passam de aspirações ideais, “às quais o nome de ‘direitos’ serve unicamente para atribuir título de nobreza.”

---

4. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Logo, entende-se que não se pode falar, até o momento, de quarta e quinta dimensões de direitos, uma vez que ainda estamos vivenciando a fase de consagração, compreensão, adequação e efetivação dos direitos pertencentes a toda a coletividade, enquadrados como de 3ª dimensão.

#### **4.1.3. Perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais**

A partir de sua consagração no Constitucionalismo Liberal, os direitos fundamentais eram vistos exclusivamente numa perspectiva subjetiva, uma vez que identificava quais pretensões o sujeito poderia ter contra o Estado para cumprir direitos positivados no ordenamento jurídico.

É bem verdade que nem todos os direitos fundamentais presentes nas ordens constitucionais se apresentam com uma posição subjetiva inerente, uma vez que muitos deles vêm na forma de princípios, que requerem a sua máxima realização na medida do possível fática e juridicamente, e outros confirmando o regime jurídico constitucional.

Firma-se a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais com uma função atomística e vista apenas do ponto de vista dos indivíduos<sup>5</sup>, “enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem [...]” (ANDRADE, 2010, p.109).

Contudo, hoje é assente na doutrina que os direitos fundamentais cumprem dupla função pois, além do reconhecimento de sua perspectiva subjetiva, dantes comentada, sobressai a dimensão objetiva.

Daniel Sarmento (2010, p.105) apresenta breve definição sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, afirmando que se

---

5. José Carlos Vieira de Andrade (2009, p.126), acerca da individualidade dos direitos fundamentais na sua perspectiva subjetiva, faz a seguinte observação: “Podemos, assim, concluir que os direitos subjetivos fundamentais representam posições jurídicas subjetivas individuais, embora em alguns casos e em certos aspectos eles possam ser diretamente encabeçados por pessoas coletivas privadas ou organizações sociais – neste caso estamos perante direitos subjectivos fundamentais por analogia, que devem ser considerados direitos <<atípicos>> ou <<impróprios>>. Quanto aos chamados direitos fundamentais colectivos, exclusivamente das organizações privadas e públicas, eles não devem, quanto a nós, ser considerados direitos subjectivos fundamentais, mas, sim, faculdades ou poderes no quadro de organização de sociedade política que, quando tenham como objecto principal a defesa da dignidade humana individual, serão equiparadas a garantias institucionais no campo dos direitos fundamentais”.