DOI: 10.33242/rbdc.2025.02.005

CONTRIBUIÇÃO AO PENSAMENTO DA CONFIANÇA NO DIREITO PRIVADO

CONTRIBUTION TO THE THOUGHT OF TRUST IN PRIVATE LAW

Thomas Ribeiro Bergmann
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
E-mail: thomasbergmann824@gmail.com

Resumo: O presente trabalho busca contribuir para a análise e a sistematização das eficácias da proteção da confiança no direito privado, diminuindo o problema da sua má operacionalidade dogmática. Assim, examina-se e discute-se alguns de seus principais e mais gerais âmbitos de aplicação. Em seguida, delineia-se e analisa-se um modelo geral de aplicação da proteção da confiança no direito privado. Após, verificam-se as relações entre os conceitos de proteção da confiança, boa-fé, bons costumes, bem como os limites à autonomia privada advindos do pensamento da confiança.

Palavras-chave: Proteção da confiança. Teoria dos atos próprios. Responsabilidade pela confiança. Teoria da aparência. Autonomia privada.

Abstract: This paper aims at contributing to the analysis and systematization of the efficacies of the trust protection on private law, lessening the problem of it's bad dogmatic operability. Thus, some of it's most important and most general spheres of application are examined and discussed. In the sequence, a general model of application is outlined and discussed. Then, the relation between the concepts of trust protection, good faith, good customs and the limits of the private autonomy coming from the trust protection are analyzed.

Keywords: Trust protection. Own acts theory. Liability for trust. Appearance theory. Private autonomy.

Sumário: Introdução – **I** Eficácia da proteção da confiança no direito privado – **II** Proteção da confiança, boa-fé e bons costumes como limites à autonomia privada – **III** Considerações finais – Referências

Introdução

O pensamento da confiança ou a proteção da confiança vem ganhando maior espaço na teoria e na prática do direito privado e público nas últimas décadas. Não que algo daí advindo não fosse já teorizado e incorporado ao direito, como mostram a proibição de retroatividade no direito público e a teoria dos atos próprios

no privado. Mas a explicitação do pensamento da confiança como fundamento para estes e outros institutos jurídicos, e sua sistematização é acontecimento mais recente.

O presente trabalho foca-se na confiança no direito privado. Primeiramente, analisa-se criticamente as mais elucidativas aplicações do pensamento da confiança no direito privado. Com as considerações preliminares pode-se passar ao delineamento de um modelo geral de aplicação da proteção da confiança, suas condições.

Há certa relação entre a proteção da confiança, a boa-fé e os bons costumes, conforme compreendido pela doutrina. A elucidação desses conceitos, logo, tem importância para a teorização do pensamento da confiança e de suas possibilidades de desenvolvimento. A isso se procede na segunda parte do artigo.

Após, faz-se necessária breve discussão acerca dos limites impostos à autonomia privada pelo pensamento da confiança. Na medida em que cria deveres de conduta, a proteção da confiança restringe a livre ação no âmbito privado, uma vez que torna proibidas as condutas violadoras do dever.

A sistematização completa dos conceitos envolvidos necessitaria de uma elucidação dos conceitos e/ou proposições fundamentais do direito privado, a partir dos quais seria possível a fundamentação completa ou, ao menos, a mais abrangente visão das possibilidades de desenvolvimento dos conceitos envolvidos. No entanto, aqui, isso não é possível. Logo, pretende-se realizar apenas algumas observações e esclarecimentos conceituais sobre a matéria.

I Eficácia da proteção da confiança no direito privado

A) Âmbitos de aplicação

Pretende-se aplicar o pensamento da confiança a alguns institutos de direito privado. Contudo, não há consistência no uso do conceito de proteção da confiança. Às vezes, usa-se o conceito com a conotação aparente de dever de proteção (ou proibição de frustração) de expectativas legítimas, mas se denota com o mesmo a expectativa na aplicação de normas que regulam a relação jurídica, expectativa não gerada diretamente por ato de parte da relação. Outras vezes, usa-se o conceito com a conotação aparente de dever de proteção (ou proibição de frustração) de expectativas legítimas, mas denota-se com o mesmo a expectativa gerada diretamente por ato de parte da relação jurídica, ainda que haja, também aqui, expectativa na aplicação de normas que regulam a relação jurídica. Trata-se de um mesmo nome aplicado a duas coisas diferentes.

Nesse ponto, deve-se notar que se a noção de proteção da confiança não for objeto de um esforço de redução da abrangência do sentido de seu conceito,

ela corre o risco de gradual perda de utilidade como noção teórica. Isso porque, dada a heterogeneidade[1] do fenômeno da criação e possibilidade de proteção de expectativas e, logo, de uma perspectiva metateórica, da largueza potencial de seu significado jurídico, a noção corre o risco de, no limite, ao abranger tudo, justificar tudo; e ao justificar tudo, não justificar nada. Isso se dá, pois se uma tese normativa pode servir de razão favorável, de mesma intensidade, para todo e qualquer ponto de vista, ela torna-se um peso morto quando do conflito de perspectivas. E isso é gradualmente mais assim quanto mais abrangente é a noção em relação à totalidade de objetos potencialmente aplicáveis. Se a noção de proteção da confiança, de modo gradual, começar a justificar muitos pontos de vista díspares, será cada vez mais necessário buscar a solução de seus impasses em outro lugar, pois se terá, cada vez com mais frequência, na noção um peso morto. Ainda assim, a ordenação sistemática de uma série de soluções sob um conceito determinado de proteção da confiança dá às soluções mais força do que a adoção isolada de soluções para cada problema. Logo, para que se supere satisfatoriamente eventual objeção quanto à falta de clareza na operacionalidade dogmática do pensamento da confiança, deve-se buscar uma definição e avaliar as suas consequências teóricas. Se se incluir no pensamento da confiança todos os casos em que a confiança tem algum papel na ocorrência de efeitos jurídicos,[2] mas não os institutos em que ela tem certo papel na fundamentação, porém não se faz presente quando da aplicação em concreto do instituto,[3] o conteúdo do pensamento da confiança dependerá de como se defina o conceito de (proteção da) confiança.

Primeiramente, importa analisar algumas possíveis relações entre os conceitos de proteção da confiança e proibição de beneficiar-se da própria torpeza, que se assemelham. Ainda que essa possa não aparecer explícita nas fontes do direito positivo, ninguém negaria a possibilidade de sua concepção como norma de sentido genérico e abrangente, obtenível por indução de uma série de normas positivas, entre as quais, talvez, a da proteção de confiança. Isso, no entanto, é o que está em jogo agora. Parece intuitivo que frustrar expectativas geradas e em detrimento de interesses de terceiros seja uma forma de beneficiar-se da própria torpeza. Poder-se-ia objetar que a proteção da confiança possui ênfase no prejuízo a terceiros e a proibição de beneficiar-se da própria torpeza no benefício do agente, mas o conceito de conduta torpe parece resistir à objeção. Uma conduta não só é torpe se prejudica interesses relevantes de terceiros? Isso é, se a ação não

1 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung Im Deutchen Privatrecht*. München: Beck, 1981, p. 194-196; CARNEIRO DA FRADA, Manoel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 345-51.

2 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung Im Deutchen Privatrecht*. München: Beck, 1981, p. 1.

3 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung Im Deutchen Privatrecht*. München: Beck, 1981, p. 2.

prejudica nada nem ninguém, haveria aí alguma torpeza? Ao que parece, não. O prejuízo a terceiros é condição necessária para a aplicação da norma da proibição de beneficiar-se da própria torpeza. E o mesmo se dá com a proteção da confiança, pois, caso contrário, não haveria a quem proteger. Já o outro elemento não é condição necessária, e também parece aplicar-se de maneira análoga às duas noções. Se houve prejuízo a terceiro, mas nenhum benefício ao agente, pode-se negar *por isso* a proteção oferecida por alguma das normas? Isso poderia ser assim caso se entendesse prejuízo como qualquer diminuição de perda (prejuízo menor), uma vez que, geralmente, age-se no interesse próprio. Mas, assim pensada a questão deixa-se sem proteção o terceiro prejudicado quando o agente age contra seu próprio interesse, como são exemplos o pródigo e o doente mental ainda não interditado. Logo, o benefício, em ambos os casos, não parece ser imprescindível. O foco, nas duas noções, é no prejuízo do terceiro e no modo de atuação do agente, que infunde expectativa com uma ação, e trai aquela com outra.

Logo, os conceitos podem ser interpretados como sinônimos. No entanto, dado o mencionado problema da heterogeneidade da proteção de expectativas, parece mais sensato restringir o conceito de proteção da confiança através da maior especificação dos conceitos de prejuízo a terceiros e de expectativa. Terceiros pode significar qualquer um além de si mesmo; ou qualquer um (é claro, além de si mesmo) com quem se trave relação negocial jurídico-privada. Expectativa pode ser a confiança em qualquer fato futuro; ou confiança em fato futuro que consiste em mera continuidade ou evolução normal de atos anteriores. Restringir assim o conceito de proteção da confiança permite discerni-lo do de proibição de beneficiar-se da própria torpeza e dá-lhe maior operacionalidade teórica, visto que o diferencia do conceito de expectativa na aplicação de normas. Note-se, contudo, que a inclusão da teoria da aparência no conceito de proteção da confiança depende de um alargamento conceitual, pois aquela se centra na justificada crença em fato inexistente (posição jurídica aparente). Confia-se não em fato futuro, mas presente. E esse fato consiste na posse atual de poderes pela outra parte, o que não é verdade. Trata-se de uma crença na mente do que confia. Confia em sua crença, mas essa lhe é induzida por falsas aparências. A expectativa posterior gerada pela crença pode vir a ser relevante, quando, por exemplo, a crença em um negócio induz uma série de outros acessórios. Mas, ainda assim, a ampliação do conceito de proteção da confiança faz-se necessária.

Parece premente perceber-se que *a expectativa que foge de certa naturalidade, que se afasta da direta indução por conduta alheia, e requer premissa ou premissas adicionais para se justificar, premissas essas reputadas normas jurídicas, tendem gradualmente a confundir-se com a expectativa na aplicação de normas em geral*. Aqui, talvez, o ponto central para uma redução de sentido que outorgue clareza e funcionalidade ao conceito.

A redução do conceito de proteção da confiança aos casos de direta indução por conduta alheia torna seu manejo mais claro e operacional, mas evita que alguns institutos a que o pensamento da confiança normalmente pretende ser aplicado sejam reunidos sob seu escopo. Surgem dificuldades quanto ao enquadramento do *tu quoque*, da culpa *in contrahendo* e, por razões análogas, dos deveres anexos advindos da boa-fé objetiva.[4]

Dividir-se-á a análise em três itens: (i) teoria dos atos próprios; (ii) teoria da aparência; e (iii) culpa *in contrahendo* ou responsabilidade pré-contratual. Assim se faz porque a aplicação do pensamento da confiança a esses institutos parece expressar as características centrais da aplicação do pensamento da confiança ao direito privado em geral. Primeiramente, contudo, far-se-á breve comentário sobre a responsabilidade pela confiança como gênero autônomo de responsabilização civil, ao lado da delitual e contratual.

(i) Teoria da responsabilidade civil

Busca-se, por vezes, fundamentar a responsabilidade pela confiança como gênero autônomo de responsabilização civil, ao lado das responsabilidades delitual e contratual. Não há como definir grande coisa acerca da questão sem uma tentativa de elucidação dos conceitos de responsabilidade delitual e contratual.

Se se busca a diferença entre os conceitos no fundamento diretamente legal ou contratual do dever[5] (pois sempre indiretamente legal), há o problema de ter que se considerar, por exemplo, a violação a deveres anexos da boa-fé, em sua função integradora do contrato,[6] como fundamentando responsabilidade aquiliana, e não contratual, vez que a lei impõe tal norma e o contrato pode não a conter, o que não impede a sua aplicação.

Caso se pretenda contornar tal situação, pode-se definir as responsabilidades delitual e contratual como o dever de indenizar (ou de qualquer forma repor o *status quo*) por dano ou risco ilícito causado por outrem fora e dentro de relação contratual, respectivamente. Desse modo, contudo, e pressupondo a proteção da confiança como norma de direito positivo, não fica claro em que a antijuridicidade ou ilicitude por violação da norma da confiança difere da ilicitude da responsabilidade aquiliana ou negocial. Pressupondo as definições dadas acima, se há ato ilícito, a responsabilidade pela confiança seria espécie da aquiliana quando não há relação contratual, e da contratual quando há. De outra mão, se ilícito for

4 SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 91-98.

5 FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 197-199.

6 MARTINS-COSTA. Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 437-454.

entendido como em violação à lei em sentido formal, há a possibilidade de fundamentar a proteção da confiança como norma constitucional e diferenciar uma responsabilidade específica por violação de norma constitucional, e não legal. Contudo, se se supõe que as normas legais de responsabilidade aquiliana possuem justificativa constitucional – o que é necessário para sua validade –, não fica clara a diferença entre violação de norma legal que concretiza a constituição e da norma constitucional da confiança. Não são ambas as responsabilidades fundadas em última análise na Constituição? Não é possível a concretização legal da norma constitucional da confiança e a aplicação de normas constitucionais que fundamentam a responsabilidade aquiliana quando o legislador as infringe ou é insuficiente em sua concretização por lei? Caso se responda não para a última pergunta, não se estaria deixando a configuração da responsabilidade aquiliana totalmente ao arbítrio do legislador, vez que não há limites constitucionais?

Também se busca justificar uma responsabilidade autônoma na confiança com base em outro critério, o fundamento material da responsabilidade.[7] É certo que as responsabilidades contratual e extracontratual possuem fundamentos materiais. Mas agora, será que dividir os tipos de responsabilidade civil pelo critério do fundamento material no sentido de princípio fundante, admitindo que as responsabilidades contratual e extracontratual se baseiam em certos princípios, não leva, inevitavelmente, a conceber o princípio fundante da responsabilidade pela confiança como abrangido pela proposição que expressa o fundamento de um dos outros tipos de responsabilidade civil, senão pela "proposição básica" dos dois tipos? Isto é: não estaria o fundamento da responsabilidade pela confiança necessariamente contido como parte do sentido do fundamento da responsabilidade contratual e/ou extracontratual? A separação contratual/extracontratual é ampla, faz cada categoria abranger muita coisa em si, coisas qualitativamente diferentes. Pense-se na variedade de casos aptos a qualificarem-se como de responsabilidade contratual. Há, possivelmente, ainda mais casos abrangidos na extracontratual. Naturalmente, o fundamento valorativo das decisões das várias classes de casos qualitativamente diferentes diverge. Isso torna necessário que a proposição que expressa o fundamento de um desses tipos de responsabilidade civil seja suficientemente abrangente para abarcar os vários diferentes fundamentos normativos utilizados ou concebidos como corretos para as classes de casos que visa envolver. Isso significa que a definição completa do fundamento de um daqueles tipos de responsabilidade civil conterá expressa (pode-se conceber a listagem explícita das "normas fundantes dos casos"), ou implicitamente (pode-se conceber

[7] CARNEIRO DA FRADA, Manoel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 352, nota 348.

enunciado mais geral que abranja em seu sentido os enunciados que expressam as "normas fundantes dos casos") as normas que fundam as decisões concebidas como corretas para as várias classes de casos que a definição visa abarcar. Seria difícil conceber fundamento material menos genérico para os outros dois tipos de responsabilidade, que não abrangesse o da responsabilidade pela confiança.

Enfim, a responsabilidade pela confiança também é compatível com a retirada da culpa como condição necessária à responsabilização civil (responsabilidade objetiva),[8] o que ocorre em ambos os gêneros. Pode-se falar de responsabilidade pela confiança objetiva, o que é relevante, por exemplo, para o direito do consumidor, mas depende da forma como se concebe a relação do conceito frustração de expectativas com a noção de culpa (vez que, se tal frustração for concebida de forma a jamais poder não ser culposa – os requisitos para sua ocorrência sendo os mesmos ou abrangendo os da noção de culpa conforme concebida –, não há nenhuma relevância na distinção de responsabilidade subjetiva ou objetiva dentro de tal concepção teórica). Também é concebível a conexão entre responsabilidade pela expectativa gerada e risco.[9]

De qualquer forma, trata-se apenas de algumas observações sobre o ponto. Uma teoria da responsabilidade civil seria necessária para que uma resposta adequada fosse dada.

(ii) Teoria dos atos próprios

Por teoria dos atos próprios pode-se entender a concretização teórica da proibição de comportamento contraditório nas noções do *nemo potest venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*. Todas expressam alguma forma de proibição de comportamento contraditório, cada uma à sua maneira. Pode-se também incluir dentro da teoria dos atos próprios a proibição de se autocontradizer, em dois sentidos que expressam duas noções diversas.[10]

Primeiro, no sentido de, na realização ou execução de um negócio jurídico, opor conduta e palavra (por exemplo, ao realizar uma compra e venda, pagar o preço afirmando não ter vontade de fechar o negócio). Cabe observar que podem conduta e palavra ocorrerem ao mesmo tempo ou sucessivamente. Se sucessivos e a palavra se der primeiro, tem-se manifestação de vontade de não contratar e, após, a realização de negócio jurídico. Não há maior interesse. Se sucessivos e a conduta se der primeiro, tem-se realização de negócio jurídico e a manifestação

[8] CARNEIRO DA FRADA, Manoel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 421-422.

[9] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung Im Deutchen Privatrecht*. München: Beck, 1981, p. 479-490.

[10] JUNG, Peter. La protection de la confiance en droit allemand des contrats. *In*: *La Confiance*: 11ª Journées bilatérales franco-allemandes. Paris: Société de législation comparée, 2013, p. 40.

posterior não tem o condão de desfazer o negócio unilateralmente. Eventualmente, pode-se ver aí um caso de *venire contra factum proprium*, uma vez que se tem ato que gera expectativa e outro que pretende frustrá-la sem nenhuma razão para tanto, mas as normas de direito contratual já protegem o contratante que possui expectativa de manutenção do negócio, e fazem-no não meramente pela injustiça da frustração de tal expectativa em si, mas em larga medida para possibilitar uma economia baseada em trocas voluntárias. Isto é, pode-se dizer que ainda que não se proteja o contratante em absoluto pela expectativa gerada, ele deve ser protegido para a manutenção da segurança nos negócios. Sua não proteção e a universalização da proposição que expressa tal tese normativa é totalmente incompatível com uma economia de trocas voluntárias, e não há nada de especial na hipótese que justifique tratamento desigual em relação à normalidade dos casos, em que se mantém o negócio. A noção do *venire* não é essencial aqui. Possui pouca importância.

Se simultâneos, há de dar-se preponderância à conduta ou à palavra. Tendo em conta os valores caros ao direito privado como a segurança e o eficiente fluxo dos negócios, parece natural atribuir a preponderância à ação (efetiva realização dos atos de execução do negócio) do que a uma manifestação de vontade inadequadamente expressa, que gera uma contradição entre seu sentido e o significado dos atos praticados e cuja universalização criaria uma estranha forma de retirar a eficácia de atos no momento e inobstante a realização desses. A regra geral deve ser a preponderância da conduta, pois a solução oposta é extremamente inadequada da perspectiva da segurança e do bom fluxo dos negócios.

A proibição de se autocontradizer pode ser entendida no sentido de realizar-se atos jurídicos conducentes a efeitos jurídicos incompatíveis, que não podem se dar conjuntamente segundo o direito positivo, como ocorreria acaso se requeresse a execução do contrato e, após, a sua anulação. Estas hipóteses não se fundamentam primariamente na frustração de expectativas, que lhes é contingente. Mas na incompatibilidade das pretensões em seus fundamentos (uma pressupõe a validade, a outra a invalidade do negócio) junto da necessidade do direito de chegar não só a uma decisão, mas só a *uma* decisão.

Pode-se entender a teoria dos atos próprios como possuindo a proibição de comportamento contraditório, sem mais, como noção central. Nesse caso, deve-se incluir a proibição de se autocontradizer no escopo da teoria, tanto no sentido de, na realização ou execução de um negócio jurídico opor conduta e palavra, como no sentido de realizar atos jurídicos conducentes a efeitos jurídicos incompatíveis, que não podem acontecer conjuntamente segundo o direito positivo. Isso seria assim ainda que se entendesse como elemento central da teoria dos atos próprios o comportamento contraditório frustrador de expectativas, aí abrangidas as expectativas do próprio agente.

De outra mão, pode-se pensar a teoria dos atos próprios como possuindo a proibição de comportamento contraditório frustrador de expectativas em detrimento de terceiros como noção central. Nesse caso, pode-se discutir a inclusão das noções a que se refere a proibição de se autocontradizer na teoria dos atos próprios, ao menos em termos gerais (isso é, ainda que a um ou outro caso de autocontradição, como exceção, preencha as condições suficientes para incluir-se). Isso porque não é clara a relação entre a oposição de conduta e palavra na realização de um negócio jurídico e a prática de atos jurídicos conducentes a efeitos incompatíveis com a frustração de expectativas, ainda que ocorram comportamentos contraditórios. Ao que parece, a frustração de expectativas não é noção essencial na justificação daquelas noções, que se baseiam essencialmente na proteção e eficiência do tráfego negocial ou em uma imposição de racionalidade do sistema jurídico, ou ainda em uma proibição geral de aproveitar-se da própria torpeza, como nos casos de oposição de conduta e palavra, ou nos de atos jurídicos de efeitos incompatíveis. A noção de frustração de expectativas possui pouca importância aqui.

Se se entende que a teoria dos atos próprios deve abranger as noções de *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*, deve-se dar-lhe uma conceituação correspondente. Essa, ao seu turno, depende do conceito daqueles. Todos expressam formas de frustração de expectativas por duas condutas da mesma parte. Mas não o fazem no mesmo sentido.

(a) *venire contra factum proprium, surrectio* e *supressio*

O *venire contra factum proprium* refere-se à frustração de expectativa, prejudicial a terceiro, gerada por uma ou uma série de condutas que podem ser dessemelhantes, mas que formam uma unidade, essa gerando a expectativa. A *surrectio* conota a proibição de frustração de expectativa criada por uma sequência de ações comissivas semelhantes, referentes à mesma prerrogativa da parte na relação, cada uma criando a mesma expectativa na contraparte. Deve haver uma série de atos que importem na convicção de que dada prerrogativa jurídica será exercida, no futuro, da forma como até então o foi. Pode importar alteração de prerrogativa pré-existente, ou criação de nova prerrogativa. A *supressio* conota a proibição de frustração de expectativa criada por uma sequência de omissões semelhantes, referentes à mesma prerrogativa da parte na relação, cada uma criando a mesma expectativa na contraparte. Deve haver uma série de omissões que importem na convicção de que dada prerrogativa jurídica não será exercida, no futuro, da forma como até então o foi.

Pode haver *surrectio* com *supressio* quando da alteração da prática habitual de prerrogativa existente. Cria-se nova e suprime-se a antiga prerrogativa. Pode se dar *surrectio* sem *supressio* quando da criação de nova prerrogativa por nova prática, posta onde nenhuma existia. Cria-se nova onde nenhuma existia. Pode

ocorrer *supressio* sem *surrectio* quando à supressão de prerrogativa não corresponde a criação de nova.

A *surrectio* e a *supressio* pressupõem, o que não se dá necessariamente com o *venire*, uma duração no tempo mais ou menos longa da atuação da parte.[11] Contudo, é possível que um ato de uma cadeia de atos vistos, ao seu termo, como hipótese de *surrectio* ou *supressio*, já fosse ser visto como um caso de *venire*, por gerar expectativas intensas e cuja frustração é desde então injustificável. Nesses casos, a decisão de que se trata pode depender da perspectiva (da parte ou do todo), mas esse é um problema de pouca relevância, já que o caso está sob o abrigo da proteção de uma ou ambas as categorias. Adquire relevância se o direito positivo pode regulá-las de maneira diferente, ou uma teoria completa de direito privado justificar distinção dentro de seu esquema conceitual.

Sob a perspectiva das condições gerais de aplicação do pensamento da confiança, a disposição patrimonial entendida como prejuízo emergente e cessante parece ser adequada ao *venire*, pois em situação de autonomia da vontade a regra geral deve ser a livre direção da conduta, e conceber limite a esta sem que o comportamento contraditório envolva prejuízo ao patrimônio de outrem não parece justificado. Mas se pela expectativa criada a parte deixa de contratar ou investe seu patrimônio, pode-se começar a falar em justa expectativa.

O mesmo parece aplicável às duas outras noções, a *surrectio* e a *supressio*. Se não há nenhum prejuízo à outra parte o exercício de prerrogativa não exercida há muito tempo, ou a continuidade do exercício de prerrogativa nova ou forma alternativa de exercício de prerrogativa, não parece que haja interesse violado pela conduta.

(b) *tu quoque*

O *tu quoque* é noção peculiar. Pode ser entendido como vedação a certa forma de comportamento incoerente. A parte em relação jurídica não poderia exercer certa pretensão por ter agido de modo a descumprir dever correspondente. A exigibilidade daquele torna-se objetável pelo não cumprimento de dever correspectivo. Também pode ser visto como protetor de expectativas, mas não no mesmo sentido que as demais figuras. Isso porque *precisa admitir premissa adicional em seu raciocínio*.

A noção possui expressão nos artigos 476 e 150 do CC/02. Em ambos proíbe-se o exercício de pretensão pelo não cumprimento de condição que se põe como necessária para tanto. No art. 476, a obrigação própria que corresponde à da contraparte; no art. 150, o dever de não proceder com dolo, ou de proceder com

[11] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung Im Deutchen Privatrecht*. München: Beck, 1981, p. 373.

honestidade. Ademais, há uma ambiguidade na noção de descumprimento digna de nota. Como as prestações podem ser positivas (fazer e dar) ou negativas (não fazer, suportar), pode-se descumprir dever correspectivo com uma ação comissiva (por exemplo, não observância do dever de cuidado normal com a coisa pelo locatário, e posterior exercício de pretensão à reparação contra o locador) ou omissiva (por exemplo, não adimplemento da prestação principal e posterior exercício de pretensão à percepção da prestação da contraparte).

Note-se, contudo, que não se trata de expectativa gerada diretamente por ato(s) de uma parte, como nos casos de *supressio*, *surrectio* e *venire*, em que a conduta comissiva ou omissiva de uma parte gera expectativa na continuidade da mesma prática ou na evolução da atuação da parte na direção apontada pelas ações passadas. Não interessa ao *tu quoque* que o descumprimento do dever correspectivo infunda na contraparte expectativa na continuidade do descumprimento ou em alguma evolução direcionada pela conduta descumpridora. Interessa a expectativa de que *a parte descumpridora, ao descumprir, não exercerá pretensão correspectiva*. No entanto, para se chegar a tal expectativa é preciso assumir a premissa de que do descumprimento de dever pode-se esperar o não exercício da pretensão correspectiva. E, no direito positivo, essa premissa é pré-dada pelos artigos mencionados.

Nessa perspectiva, o que ocorre nesses casos é que, com a instauração da relação negocial, as partes possuem *expectativa na aplicação das mencionadas regras*, caso as condições de sua aplicação sejam preenchidas. Contudo, essa é a mesma expectativa que se tem na aplicação de qualquer norma jurídica, quando da presença das condições suficientes de sua aplicação. Isso é: dizer que uma parte possui expectativa de que a parte descumpridora de dever, ao descumprir, não exercerá pretensão correspectiva *e* que essa específica expectativa é prescrita por uma regra, é dizer que se possui expectativa na aplicação da regra que assim prescreve. Aqui, manifesta-se o problema da abrangência da noção de proteção da confiança.

A expectativa que foge de certa naturalidade, que se afasta da direta indução por conduta alheia, e requer premissa ou premissas adicionais para se justificar, premissas essas reputadas normas jurídicas, tende gradualmente a confundir-se com a expectativa na aplicação de normas em geral. Aqui, talvez, o ponto central para uma redução de sentido que outorgue clareza e funcionalidade ao conceito.

Assim, a redução do conceito de proteção da confiança aos casos de direta indução por conduta alheia torna seu manejo mais claro e útil, mas afasta de si, por exemplo, os casos como os de *tu quoque*. A extensão do conceito, buscando abranger casos como os de *tu quoque*, incluiria como elementos centrais deste a expectativa de não exercício de pretensão quando do descumprimento de dever

correspectivo e, como essa expectativa não é intuitiva, teria seu fundamento parcial em considerações de justiça comutativa, ou abrangeria a expectativa na aplicação de normas em geral.

Parece mais adequado, no entanto, separar os pontos de vista que não são essencialmente semelhantes, e levar em conta o conceito mais restrito de proteção da confiança, deixando para considerações de justiça comutativa a fundamentação do instituto do *tu quoque*. Pode-se, por exemplo, fundamentar o instituto em uma teoria do exercício inadmissível de posição jurídica, que abranja o *venire*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, e se baseie tanto em considerações de proteção de expectativas como em considerações de justiça comutativa, cada uma com seu papel na fundamentação da tese.

Isso porque, novamente, dada a heterogeneidade da noção de proteção de expectativas, esta corre sempre o risco de tornar-se demasiadamente abrangente e, logo, cada vez menos capaz de discernir e preferir pontos de vista em casos concretos, tornando-se cada vez mais inútil.

(iii) Teoria da aparência

Outra forma de concretização do pensamento da confiança no direito privado está na teoria da aparência. Esta busca proteger as expectativas geradas pela criação de certa aparência por uma parte na outra. Aparência de fato material, de posição e de situação jurídica. Uma das condições necessárias, na generalidade dos casos, para a aplicação da teoria da aparência é o investimento causalmente conectado com a crença na realidade (material ou jurídica) do fato aparente. Assim, pode-se dizer que, no jogo de linguagem da teoria da aparência, dependendo de como se dê nome aos bois, pode ocorrer certa ambiguidade com o uso do nome "expectativa". Logo, é preciso discernir.

A uma, tem-se a crença na realidade (material ou jurídica) do fato aparente, que pode ser vista como uma expectativa: *expectativa na realidade da aparência*. Em segundo lugar, tem-se a confiança na realização, existência, validade e específica utilidade do negócio, que não é sempre aparente, no sentido de sem alguma condição necessária de validade, mas pode frustrar a expectativa gerada pela específica utilidade atribuída ao objeto da avença.

Ainda que se adote o conceito restrito de proteção da confiança como se referindo à expectativa que se deduz somente da atuação direta de outrem, como normal continuidade ou evolução daquela, não parece haver razão para retirar do escopo do conceito o segundo possível sentido de expectativas, mesmo como confiança na específica utilidade do negócio. Contrata-se com informações e para fins específicos, e o negócio é só um meio. A adequação do meio ao fim, aqui, é fundamental.

Há exemplos análogos. Quanto à adequação do negócio, a declaração ao público com especificação das qualidades do produto oferecido, que pode ser vista como criando expectativa à específica utilidade oferecida e advém de ato direto de oferta com especificação das qualidades. Não parece haver dificuldade de seu enquadramento no conceito restrito de proteção da confiança antes definido.

Há casos em que sobre a expectativa na realização ou existência válida do contrato é posta a ênfase não por si, mas também, e principalmente, em razão de disposição posterior, causalmente conectada à contratação (que também pode ser vista como disposição). Assim, algumas vezes olha-se o negócio diretamente gerado pela aparência criada, e vê-se ali uma disposição causalmente conectada à crença (expectativa) na aparência, como, por exemplo, no caso de sócio com poder aparente que efetua negócio em nome da sociedade, e tal contratação torna-se central no plano de negócios da outra parte, que realiza uma série de avenças com terceiros em razão do contrato inicial.

No que concerne especificamente à expectativa da realização, pode-se mencionar a forte expectativa de contratação gerada nas pré-negociações. Ainda que esta expectativa possa advir da crença na realidade de fatos que efetivamente existem, não está excluída a hipótese de aplicação da teoria da aparência, em que fatos aparentes, que não possuem realidade se não na mente do que crê, dão azo à expectativa. Ambos os casos parecem reconduzíveis a um conceito de proteção da confiança centrado na expectativa gerada de modo direto por ato ou fato imputável à contraparte.

Aqui se encontra um ponto importante. Definida a proteção da confiança como dever de não frustrar expectativas por ato direto, ela abrange a teoria dos atos próprios e a da aparência. Se se deseja diferenciar as duas, como espécies daquele gênero, pode-se atribuir a expectativa gerada por atos reais (que correspondam às aparências) como noção central à teoria dos atos próprios, ao passo que a expectativa gerada por atos aparentes (que não correspondam às aparências), ou que pareçam sem ser,[12] como noção central à teoria da aparência.

Contudo, a utilidade do critério não é total. Em muitos casos de *venire* não é possível dizer definitivamente se o ato que gerou expectativa era, nos sentidos indicados, real ou aparente. Isso porque, muitas vezes, os atos materiais que dão azo à expectativa expressam conteúdo mental do declarante, não sendo possível aferir a correspondência com o real que caracteriza o critério diferenciador indicado. Pode-se pensar nos casos de declarações de vontade em geral. Logo, ainda que em muitos casos a correspondência, ou não, das aparências com a realidade do

[12] GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 94.

ato seja clara, em outros será necessário decidir a teoria aplicável, baseando-se em outro tipo de considerações – se é que se atribui regime jurídico diverso às figuras.

Casos típicos de posições ou situações jurídicas aparentes são as de representante, consumidor, empresário ou comerciante, existência de sociedade e condição de sócio. A aparência se funda sobre comportamento, afirmações a pessoas determinadas e a pessoas indeterminadas.[13]

Pode advir de terceiro que não seja parte da relação jurídica considerada, como no caso de perito que cria, fraudulentamente, aparência de regularidade técnica de empreendimento. Ou de terceiro que deva atuar em nome do responsável, mas extrapola seus poderes criando aparência de deter poderes, quando não os detém.

No caso de expectativas nascidas da conduta de terceiros, surge a problema da imputação do liame de confiança à pessoa em nome de quem o terceiro deveria agir. É razoável admitir que este será responsável se agir de forma negligente diante do seu dever de conhecer e impedir a conduta do terceiro,[14] sendo isso possível.

É natural também, sob pena de banalização do instituto, a exigência de razoável diligência e discernimento por parte daquele que crê. Não admitir tal padrão, seja lá o que venha a significar nos detalhes, leva à aceitação de uma gama enorme de alegações de aparência, mesmo nos casos em que a parte que crê contribui com sua falta de discernimento ou de diligência.

Isso toca na boa-fé como condição necessária da teoria. E aqui os conceitos de boa-fé objetiva e subjetiva parecem atuar de maneira conjunta.[15] É não só necessário o conhecimento da base de confiança (atos que geraram a aparência), uma vez que sem isso não se pode afirmar o nexo causal entre aparência e disposição patrimonial, mas é preciso que se pense tal conhecimento da base como uma forma de expressão de um interesse próprio inteligente. Logo, *boa-fé aqui conota não só não desconhecimento da base, mas conhecimento discernido e diligente, sem o que se o pode considerar insuficiente.*

Ademais, é razoável exigir, na generalidade dos casos, sua objetivação mediante disposição patrimonial, pois a boa-fé assim pensada muitas vezes envolve o reconhecimento de um estado mental. Ainda que não seja condição inarredável, trata-se, normalmente, da prova mais clara da presença da boa-fé. Não é condição

[13] JUNG, Peter. La protection de la confiance en droit allemand des contrats. *In*: *La Confiance*: 11ª Journées bilatérales franco-allemandes, Paris: Société de législation comparée, 2013, p. 41.

[14] JUNG, Peter. La protection de la confiance en droit allemand des contrats. *In*: *La Confiance*: 11ª Journées bilatérales franco-allemandes, Paris: Société de législation comparée, 2013, p. 42.

[15] MARTINS-COSTA. Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 435.

inarredável, no entanto, pois é possível que uma parte contrate com representante de outra, sem poderes para tanto, mas em conluio com esse, ou seja, de má-fé e, em seguida, realize por causa do contrato, uma série de outros investimentos. Nesse caso, não parece correto afirmar a satisfação do requisito da boa-fé, ainda que haja disposição realizada.

(iv) Culpa *in contrahendo*

A noção de c*ulpa in contrahendo* expressa o dever de responsabilização por danos causados na fase anterior ao fechamento do contrato. Aqui, versar-se-á acerca dos aspectos do instituto que concernem mais de perto ao pensamento da confiança. Por vezes, fundamenta-se a culpa *in contrahendo* na boa-fé objetiva,[16] outras vezes na boa-fé e na confiança[17] e, por vezes, especificamente na confiança.[18] Assim, é útil ver a que coisas o nome é aplicado.

A uma, fala-se em culpa *in contrahendo* em referência a casos em que um contratante induz o outro a contratar negócio com erro essencial.[19] A invalidação do contrato frustraria a expectativa da contraparte, que, ao menos, deveria ser indenizada pelos prejuízos.

Pode-se ver aí ato(s) da parte que leva(m) a outra diretamente a crer na validade e execução do contrato. Postular judicialmente a sua invalidade ou não a executar materialmente frustra a expectativa gerada na outra.

Como essa hipótese de culpa *in contrahendo* envolve um ato de criação de expectativa na fase pré-contratual e outro que frustra aquela na fase contratual. Pode haver dúvidas quanto a se a responsabilidade é contratual ou extracontratual, e é preciso definir os critérios. Será relevante o ato de geração ou o de frustração da expectativa? Se o de frustração, será contratual se o critério que separa as responsabilidades for o da existência ou não de contrato; e extracontratual se for o da fonte da obrigação (desde que se conceda que a boa-fé ou a proteção da confiança a fundamentem e que consistam em normas legais ou constitucionais). Caso o relevo seja posto no ato de geração, a responsabilidade será, pelos dois critérios, extracontratual. Pode-se conceber, no entanto, outros critérios, como o

[16] MARTINS-COSTA. Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 506-509; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 198.

[17] Cf., por exemplo, CARNEIRO DA FRADA, Manoel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 80-81 e 102.

[18] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha, *Da boa-fé no Direito Civil*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1984, p. 555; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung Im Deutchen Privatrecht*. München: Beck, 1981, p. 532.

[19] JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*. In: Jahrbucher für die Gomatik des heutigen römischen und deutschen Rechts, t. IV, 1861.

fundamento material,[20] quando seria possível pensar na hipótese como caso de responsabilidade pela confiança. Contudo, seria difícil não conceber fundamento material mais genérico para os outros dois tipos de responsabilidade.

Fala-se também em culpa *in contrahendo* quando da inserção maliciosa de cláusulas abusivas ou prejudiciais aos interesses da contraparte no contrato avençado.[21] Nessa hipótese, parece ser necessário que a base da confiança se dê na forma de certa aparência criada por uma parte e induzida à outra, ainda que por omissão de informação essencial.

Aqui, novamente, *é possível conceber* indução direta, por conduta (ainda que omissiva), de expectativa em específico negócio e sua utilidade. No desenrolar da relação negocial, a expressão material da abusividade das cláusulas frustra a expectativa gerada em relação ao próprio desenrolar do *iter* contratual. Além disso, há o mesmo problema de ato de criação de expectativa na fase pré-contratual e ato que frustra aquela na fase contratual.

Em terceiro lugar, diz-se que há culpa *in contrahendo* quando, em fase de pré-negociações, uma parte retira-se abruptamente das negociações após infundir na outra expectativa de que pretende contratar, mediante ato ou omissão ou conjunto de ações que geram tal expectativa.[22] Pode-se ver, aqui, direta indução de certa expectativa por ato(s) de uma parte sobre a outra. A crença pode nascer de fato real, não meramente aparente.

Nesse caso, parte atua como se pretendesse a contratação, sem que haja aparência de situação ou posição jurídica diversa da que se encontra. Ao que tudo indica, há realidade na aparência. Também pode ser que a crença de que a outra parte pretende contratar advenha de aparência de posição ou situação jurídica.

Pense-se, por exemplo, em avançadas negociações entre sócio de sociedade de pessoas com empresa de arquitetura, em que esta já realizou dispêndio em projetos e material, sempre em razão da crença de que o único sócio com quem sempre negocia e se apresenta como representante da empresa é, de fato, representante da empresa também para fins do fechamento do negócio. E ele não é, pois não tem poderes para fechar o negócio, que depende da aprovação pelo procedimento do estatuto (seja qual for).

É possível, também, que a expectativa gerada na contratação faça a outra parte desistir de negociações com terceiros, caso em que se pode falar de uma conexão entre a proteção da confiança e perda de uma chance.

---

[20] CARNEIRO DA FRADA, Manoel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 352, nota 348.

[21] JUNG, Peter. La protection de la confiance en droit allemand des contrats. *In*: *La Confiance*: 11ª Journées bilatérales franco-allemandes, Paris: Société de législation comparée, 2013, p. 36.

[22] MARTINS-COSTA. Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 503-504.

As considerações feitas mostram que caso se coloque a proibição de comportamento contraditório frustrador de expectativas em detrimento de terceiros como elemento central da proteção da confiança, e queira-se atribuir a expectativa gerada por atos reais (que correspondam às aparências) como noção central à teoria dos atos próprios, ao passo que a expectativa gerada por atos aparentes (que não correspondam às aparências) como noção central à teoria da aparência, pode-se dizer que as hipóteses até aqui arroladas de culpa *in contrahendo* ocorrem sempre ou como casos subsumíveis à teoria dos atos próprios ou à da aparência.

Deveras, induzir outrem a contratar negócio com erro essencial só se dá por ato próprio ou de representante que age em nome do responsável, e que gera a aparência de higidez da avença. O mesmo se diga da contratação com inserção maliciosa de cláusulas abusivas ou prejudiciais aos interesses da contraparte bem como do caso de ruptura abrupta das negociações após geração de expectativa de contratar. Essa expectativa pode ser vista como tendo origem na atuação da contraparte e seus representantes, ainda que através de um contexto meramente aparente.

Aqui, já se vê que a teoria da culpa *in contrahendo* opera muitas vezes com as noções inerentes à teoria dos atos próprios ou à da aparência, utilizando-as para tratar das três hipóteses mencionadas. E, na medida em que isso se dá, elas podem ser consideradas espécies dos gêneros teoria dos atos próprios e da aparência, conforme definidas. Dar-se-ão por um tipo de *venire*, *surrectio* ou *supressio,* ou de aparência induzida. Assim, podem ser especificadas, mas por critério diverso da que separa as outras teorias: pela fase do *iter* negocial, caso se veja alguma utilidade na classificação.

Um quarto tipo de culpa *in contrahendo* é dado pela violação de deveres secundários em relação à prestação principal. Esse é o caso em que se costuma com mais frequência conectar a proteção da confiança com a boa-fé objetiva. A ideia é a de que a boa-fé fundamenta deveres outros, para além da prestação principal, cuja expectativa de cumprimento pela contraparte acaba sugerindo a ligação com a proteção da confiança. Fala-se, então, que a confiança fundamenta a teoria da culpa *in contrahendo*.[23] E alude-se aos deveres advindos da boa-fé objetiva como "de cooperação", "de proteção", "de assistência", "de esclarecimento", "de informação", "de cuidado", "de lealdade", como visando à proteção dos interesses ou do patrimônio da outra parte na relação.[24]

[23] LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 80.

[24] MARTINS-COSTA. Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 437-454; SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 93-96.

Ocorre que, ao mesmo tempo, afirma-se que tais deveres secundários são fundados em lei formal, isto é, a fonte de tais deveres é a legislação civil que prescreve o respeito à boa-fé objetiva, sendo esta uma cláusula geral (CC/02, art. 422). O problema, aqui, é a indistinção entre confiança como fundamento de norma e confiança (geração de expectativas) como suporte fático de norma.[25]

Basicamente, fundar deveres secundários com base em dever primário que é norma legal é criar novos deveres legais. São explicitamente tratados como especificações daquele. E, assim, ao tratar a violação dos deveres secundários como frustração de expectativa e, *por isso*, justificar o instituto no dever de proteção da confiança é alargar o conceito de proteção da confiança para abranger casos de mera expectativa na aplicação de normas, ainda que só jurídicas, ainda que só as da boa-fé. Entender diferentemente demandaria separar os conceitos de dever e de norma, como se a concretização da norma em um dever individual, ou a especificação do seu conteúdo semântico em normas específicas retira-se o caráter normativo do dever. E a questão que fica é: por que, então, não se fala de proteção da expectativa na aplicação de outros tipos de normas jurídicas? Qual a diferença?

B) Modelo geral

A proteção da confiança como tese dogmática vem ganhando espaço e sendo paulatinamente incorporada nas elaborações da doutrina e do direito positivo, não só, mas também, nacionais. Dentre suas possibilidades de desenvolvimento, o pensamento da confiança pode receber diversas conformações jurídico-positivas. Inobstante, e mesmo por isso, é de grande importância a elaboração de um modelo geral, que busque especificar as condições necessárias e suficientes das formas de atuação da proteção da confiança. Tal modelo servirá também como padrão a partir do qual modos diferentes de atuação, bem como a prescindência, exasperação ou temperamento de alguma condição, ou adição de outras, poderão ser justificados.

Uma formulação é dada por Canaris,[26] que, ao sustentar uma responsabilidade geral pela confiança, especifica como condições: (i) a base objetiva da confiança; (ii) a boa-fé; (iii) a disposição ou investimento, (iv) a imputabilidade, a aptidão à responsabilização pela confiança gerada; e (v) a causalidade entre base e investimento ou objetivação da confiança.

[25] CARNEIRO DA FRADA, Manoel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 351-579.

[26] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung Im Deutchen Privatrecht*. München: Beck, 1981, p. 491 e ss.

(i) Base da confiança

A base da confiança pode ser entendida como qualquer atuação apta a gerar expectativas nas partes envolvidas. Há uma gama enorme de expectativas que podem ser criadas pelos indivíduos no trato social. Logo, a restrição da base de confiança para fins do pensamento da confiança pode ganhar em operacionalidade se se reduzir o seu sentido a atos que induzem diretamente a expectativa na sua continuidade ou na evolução da conduta no sentido que o ato indica. Como se viu, pode-se dividir as bases de confiança em dois grandes tipos: os de "aparência real" e os de "aparência aparente".

Dada a ampla gama de ações possíveis de gerar alguma confiança, e aceitando a distinção das normas em regras e princípios, fica claro ser inadequado pensar a proteção da confiança como norma, em termos gerais, com a pretensão de decidibilidade normalmente atribuída às regras. Ainda que nada impeça a positivação de uma regra para alguma situação determinada, a falta da especificação de elementos outros além da mera geração da confiança, sob pena de petrificar a autonomia privada em geral, aponta para a necessidade de consideração ampla da situação e das normas eventualmente contrapostas ao interesse na proteção de expectativas.

Torna-se, então, pertinente a formulação de critérios avaliativos que permitam aferir a força da base de confiança, dados pelo contexto concreto, mas imagináveis com base nesses, como a seriedade da manifestação, a maior ou menor posição do agente gerador da confiança dentro da estrutura societária ou do processo de condução das tratativas, a maior ou menor aparência de legitimidade, a variada coerência com ações pretéritas, a conclusão ou não de determinado comportamento, a duração da conduta etc.

Isto é, a proteção de expectativas é, em uma medida mínima, necessária para a vida em comunidade e, para além disso, em grande medida, justa, fora ou dentro do tráfico negocial. Nesse sentido, é preciso que se lhe outorgue conformação dogmática que possibilite a justificação de composição entre os interesses conflitantes na medida adequada. Para tanto são necessários critérios que expressem o valor da base sob o ponto de vista do pensamento da confiança e seus valores subjacentes. É claro que, em boa medida, o Legislativo e o Judiciário decidirão, em última análise, quais os âmbitos de aplicação e com qual intensidade o pensamento da confiança irá influenciar na conformação das relações de direito privado. Ainda assim, o esquema exposto, ao não postular necessariamente nenhuma decisão substancial, mas explicitar as condições e algumas das perspectivas mais importantes a serem consideradas no juízo sobre a legitimidade, ou não, da proteção da expectativa gerada, deixa aberta a possibilidade de sua

colisão com outros princípios, principalmente o que garante a autonomia privada, impondo-se uma ponderação.[27]

(ii) Boa-fé

No que concerne à boa-fé, esta é pensada como mera confiança tácita na coerência do proceder da outra parte, ou como razoável ignorância do vício, ou da falta de realidade da aparência. Naturalmente, exige-se o conhecimento da base de confiança, sem o que não há que se falar em expectativas geradas por aquela. Contudo, o mero estado psicológico de confiança acaba se mostrando, em larga medida, inadequado à proteção dos valores constantemente opostos à proteção da confiança, entre os quais está a autonomia privada. Isso porque estados psicológicos são eventos mentais e, logo, não podem ser constatados da mesma forma que eventos exteriores ao mental. Isso significa que, aceitar o simples estado psicológico como condição à proteção de expectativas outorga ao confiante posição de enorme vantagem em relação à(s) contraparte(s), que, na ausência de formas de objetivação daquele estado mental, devem se submeter àquele que o experimentou, o qual – e esta é mais uma insuficiência – não tem meios de transmitir aquele estado para outras mentes. Portanto, sob pena de tornar unilateral e intersubjetivamente incontrolável a aplicação do pensamento da confiança, é necessária, em princípio, a objetivação do estado psicológico mediante condutas coerentes com a crença na expectativa gerada.

(iii) Disposição ou investimento (objetivação da confiança)

A disposição ou o investimento objetivam a confiança e a tornam mais controlável, além de outorgaram expressão patrimonial ao pensamento da confiança, conformando, em certo sentido, a própria razão de ser do instituto, vez que aquilo que se visa proteger, em primeira mão, não é a mera frustração de expectativas, mas a frustração com consequências patrimoniais.

Dadas as diferentes formas de atuação da proteção da confiança, a disposição patrimonial pertinente também pode adotar formas variadas. Logo, nas pré-negociações é possível crer em declaração e realizar os mais variados atos preparatórios ao próprio negócio expectado, ou sendo o negócio expectado mero meio para a realização de fim ulterior, realizar atos e negócios com outros sujeitos que viabilizem este fim maior. Diante da aparência de legitimidade na representação é possível firmar negócio crendo em sua higidez jurídica, praticar negócios ulteriores em razão do primeiro e até mesmo deixar de realizar outros negócios que, na ausência do primeiro, seriam vantajosos. Nos casos de perda de uma chance,

[27] JUNG, Peter. La protection de la confiance en droit allemand des contrats. *In*: *La Confiance*: 11ª Journées bilatérales franco-allemandes. Paris: Société de législation comparée, 2013, p. 45.

note-se que a disposição, se há, é uma não contratação. Pode-se inclusive discutir se, em ambos os casos mencionados, a disposição estaria configurada com a mera atuação "positiva" – realização de atos e negócios –, ou exigiria a prova da perda de uma chance. Além do mais, é possível considerar a mera perda de uma chance induzida pela expectativa criada como disposição patrimonial suficiente para a configuração da responsabilidade pela confiança.

(iv) Imputabilidade

Quanto à imputabilidade, a aptidão a ser responsabilizada, trata-se de condição necessária, sem a qual não há como determinar o sujeito do dever de respeitar a expectativa criada. Deve ser atribuída a responsabilidade ao sujeito de direito que gerou a confiança no outro, seja diretamente uma pessoa física atuando em seu nome e conta, seja representante ou órgão de pessoa jurídica atuando ambos em nome de outrem. Naturalmente, a imputabilidade deve ser definida em conjunção com as normas que regulam a capacidade negocial, na medida em que, ainda que não se limite a responsabilidade pela confiança ao tráfico negocial, sem dúvida este forma a grande fatia das possibilidades de aplicação daquele. Se há frustração de confiança gerada na realização de ato nulo por falta de capacidade negocial, ainda há a possibilidade da tutela indenizatória.

As normas sobre representação em geral também influenciam na imputabilidade. Alguém que atua com a "aparência de representar" pode atuar como o real órgão representante de pessoa jurídica, mas não ter poderes para específico ato, que jaz na competência de outro órgão; ou tentar realizar ato sem nenhuma relação com a atividade da pessoa jurídica e para o qual não possui poderes; ou ser, na realidade, órgão da pessoa jurídica sem nenhum poder de representação; ou ser ex-diretor ainda não completamente desligado por uma pendência qualquer; ou ter uma procuração ambígua etc.

É possível também a relação da imputabilidade com as normas que tratam dos vícios de vontade, principalmente os que geram nulidade. Nesses casos, o negócio é nulo e, salvo uma conversão salvadora, pode se estender no tempo até tornar de difícil reversão certas disposições patrimoniais realizadas. A parte eventualmente prejudicada pode fundar sua pretensão indenizatória, por exemplo, na negligência com que a outra parte tratou o próprio vício de consentimento e na não comunicação do mesmo etc., gerando expectativa que uma maior diligência no momento da contratação evitaria.

(v) Causalidade entre base e objetivação da confiança

Existe a possibilidade de que condutas coerentes sejam adotadas *sem o real conhecimento da base*. Em tais casos, a importância que se dê à relação causal entre confiança na base e objetivação da confiança (que se dá, ao menos

preponderantemente, na forma de disposições patrimoniais) decidirá a questão. Contudo, ignorar tal causalidade torna mais complicado fundamentar a responsabilidade daquele que gerou a base, pois, nestes casos, ao que parece, a disposição seria realizada de qualquer forma, isto é, mesmo sem o conhecimento da base e, logo, sem qualquer expectativa.

II Proteção da confiança, boa-fé e bons costumes como limites à autonomia privada

A) Relações entre os conceitos

A boa-fé é normalmente dividida em objetiva e subjetiva. Não abrange só o âmbito negocial do direito privado.[28] Esta se refere a um estado psicológico de ignorância de vício, contraposta à má-fé no sentido de conhecimento do fato; aquela, considerada muitas vezes diretriz geral do direito privado, conota uma conduta leal, que leva em conta os interesses da outra parte, patrimoniais ou não. Tem sua conotação discernida em deveres de vários tipos, tais como os "de cooperação", "de proteção", "de assistência", "de esclarecimento", "de informação", "de cuidado", "de lealdade" que concretizam a diretriz geral de proteção dos interesses da outra parte. Note-se que não se quer separar o conceito de norma do conceito de dever, este são normas que especificam, mas estão contidas no sentido da boa-fé objetiva.

Como funções da boa-fé são apontadas a integração normativa da relação jurídica (a integração do contrato ou de outra forma de relação jurídica); a criação de deveres jurídicos e a limitação ao exercício de direitos subjetivos. Note-se que se trata de perspectivas ou momentos diferentes de um mesmo fenômeno: a integração é criação de deveres e vice-versa, ainda que indiretamente como contraparte a um eventual direito deduzido da boa-fé, o que, por sua vez, limita o exercício da posição jurídica afetada, pois a totalidade das ações juridicamente legítimas dela advindas é limitada pelo novo dever criado.

A proteção da confiança é normalmente concebida de maneira difusa, já que, ao ter na expectativa um elemento central, e ser esta um fenômeno difuso, presente em muitos âmbitos da vida, diferentes institutos do direito privado se vinculam a alguma noção de confiança. Fala-se da confiança juntamente com a boa-fé, da teoria do abuso de direito, da teoria do negócio jurídico, da teoria dos atos próprios, da teoria da aparência, da teoria da responsabilidade civil e da culpa *in contrahendo*. Mas as ideias não se misturam sempre da mesma forma. Logo,

[28] LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil*. Vol. 1. München: Beck, 1987, p. 127.

pode-se falar que a boa-fé justifica parcialmente um exercício ilegítimo da posição jurídica; ou que a confiança funda a teoria da aparência e/ou se insere no conceito de boa-fé objetiva. Ou que a teoria do negócio jurídico se funda na confiança em um sentido diferente do que a teoria dos atos próprios se funda na confiança. A relação entre os conceitos depende de uma série de considerações que mal poderiam ser feitas aqui.

A confiança é, muitas vezes, entendida como conotando proteção de expectativas, mas o faz em sentidos diversos. Por vezes, refere-se à confiança contratual, como expectativa de cumprimento adequado do avençado. Outras vezes, refere-se à proteção de expectativas independentemente de contrato, mas ao próprio comportamento incoerente da parte prejudicial a terceiro.

É possível conceber a proteção da confiança como abarcada pela boa-fé inserindo aquela como dever anexo à boa-fé de não frustrar expectativas. Contudo, isso limita muito a eficácia do pensamento da confiança em relação àquela que a doutrina consente que seja a mais adequada e que de fato ocorre na prática jurídica.

A proteção da confiança também pode ser concebida amplamente de forma a abranger, sob certo ponto de vista, o conceito de boa-fé. Nesse sentido, pode-se dizer que a proteção contra frustração de expectativas é tarefa básica do direito, sem o que, no limite, não haveria possibilidade de convivência em sociedade, dado que esta pressupõe um mínimo de ordem, e aquela um mínimo de respeito à confiança gerada no outro. Abrange o conceito de boa-fé, pois aí a proteção da confiança é interpretada como denotando toda e qualquer forma de proteção de expectativas que envolvem o direito, como a proteção da expectativa no cumprimento das normas jurídicas pelos outros, assim como, por exemplo, as normas advindas da boa-fé no direito privado. Pode-se dizer que abrange o conceito de boa-fé no sentido de o que a boa-fé comanda a proteção à confiança também comanda. Ora, pensar em uma norma jurídica que comanda a proteção da expectativa no cumprimento ou na aplicação das normas jurídicas é pensar uma norma jurídica que abarca todas as demais no seu comando.

Isso mostra que é preciso conceber o conceito em um sentido diverso da simples proteção de expectativas vagamente considerada, especializando-o mediante uma adequação com os demais institutos do direito privado e a construção de uma teoria que delineia com alguma precisão quais os elementos que devem ser levados em conta na decisão acerca da justificabilidade, conformidade ao ordenamento ou legitimidade da proteção da expectativa ou da confiança gerada.

Já o conceito de usos e costumes pode ser diferenciado pelo segundo exigir não só o hábito da prática, mas a convicção de sua vinculatividade. Na relação com os demais, pode-se conceber que, como padrões normativos, abrangem o da boa-fé objetiva, no sentido de que as regras da boa-fé se incluem na dos usos do

tráfico, porque tratar lisamente é o que se espera encontrar nas relações da vida. Ou, pode-se pensar que, por mais que se sobreponham parcialmente os conceitos de usos e costumes e boa-fé objetiva, o de usos e costumes possui um âmbito autônomo e aplicação.

Deveras, enquanto a boa-fé objetiva prescreve conduta leal e cooperativa, há decisões que precisam ser feitas quando da aplicação do direito que não remetem à presença, ou não, de lealdade ou cooperação, mas sim a questões como que neutras sob aqueles aspectos, demandando algo diverso para que uma solução possa ser dada. Assim, por exemplo, a retribuição nos contratos de mandato (art. 658, parágrafo único), comissão (art. 701) ou corretagem (art. 724), não sendo convencionada, deve ser estipulada com bases nos usos do tráfego. O silêncio pode configurar anuência quando assim puder ser inferido dos usos do lugar (art. 111), que servem de diretriz interpretativa dos negócios jurídicos (art. 113).[29] Os usos também são aptos a desconfigurar a caracterização da oferta ao público como proposta (art. 429).

Estes são casos em que a um padrão de conduta leal e cooperativa pode, por vezes, dizer algo. Contudo, podem não ser decisivos. Como a boa-fé é um padrão constantemente carente de concretização e, pois, vago,[30] o que é usual em dado âmbito da vida ou do tráfico negocial pode jazer fora do escopo boa-fé (ao decidir, por exemplo, a forma usual de fornecimento de dado produto em dado mercado), ou ser o padrão que decide entre opções possíveis de ser sustentadas pelo padrão de conduta leal e cooperativa. Pode ocorrer de justamente os usos e costumes delinearem entre duas possíveis linhas demarcatórias do sentido da boa-fé, definindo aqui, e não ali, os limites semânticos da boa-fé.

É possível ainda que a reiteração de uma prática que possa ser vista como uso ou costume gere expectativa digna de proteção nos mais diversos âmbitos da vida.[31] Nessas hipóteses, pode-se estabelecer conexões entre os usos e costumes, como base da confiança, e a proteção da confiança.

B) Limites à autonomia privada advindos do pensamento da confiança

Se se aceita a definição do conceito de autonomia privada algo como o âmbito de livre ação e conformação da vida privada dentro dos limites impostos pelo direito e quiçá, no limite, pela moral, deve-se admitir que o pensamento da

[29] LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 115-147.

[30] MARTINS-COSTA. Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 306.

[31] LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 133.

confiança ao buscar, em todas as suas expressões no direito privado, gerar algum tipo de proteção a certa posição jurídica, sempre significa ou alguma restrição às possibilidades de agir ou a oneração de determinada ação dentro dos limites da autonomia privada da(s) contraparte(s) afetada(s) direta ou indiretamente pela proteção da posição jurídica da(s) outra(s). Seja afetando a autonomia de um terceiro pela proteção da confiança de uma ou todas as partes de uma relação jurídica, seja afetando a autonomia desta(s) em face da proteção de um terceiro, seja a proteção de uma ou mais partes em desfavor de outra(s) dentro da mesma relação, ocorrerá alguma limitação ou oneração da autonomia privada. Isso porque o pensamento da confiança busca proteger ou mediante a manutenção (ou legitimação jurídica, inobstante a ausência de alguma condição para tanto, como é o caso da responsabilidade pela aparência) da posição jurídica criada pela expectativa gerada (proteção positiva), ou através da indenização pelos danos que a frustração das expectativas gerou (proteção negativa).

É claro que, na medida em que se recusa uma aplicação tão larga da proteção da confiança como mera proteção de expectativas contra a sua frustração, o que, no limite, significaria uma enorme restrição à autonomia e uma estratificação indevida da vida privada em geral, e exige-se uma maior especificação e adequação do instituto com os demais dentro do direito privado, deve-se notar que o que é necessário é uma adequada conformação jurídico-positiva do instituto, o que depende de cada ordenamento. Logo, não se pode fugir da conclusão de que mesmo que o pensamento da confiança tenha por função também, de certa forma, restringir ou onerar a liberdade negocial, o panorama geral resultante dependerá das normas postas pelos órgãos estatais e demais participantes da produção de determinado direito positivo. Dependerá da extensão (maior ou menor peso reconhecido aos valores subjacentes ao pensamento da confiança na justificação dos institutos pertinentes), do modo (as condições necessárias e suficientes a cada forma de atuar da proteção da confiança) e das formas de atuação do pensamento da confiança naquele ordenamento (os institutos que se consideram justificados pelo pensamento da confiança).

III Considerações finais

No presente artigo, procedeu-se à análise conceitual da proteção da confiança como proteção de expectativas de terceiros, junto a outras noções próximas. Constatou-se que a abrangência semântica e a falta de discriminação do sentido específico em que a noção de proteção da confiança é usada é fonte de desacordos teóricos dos mais diversos. Assim, procedeu-se a uma tentativa de delimitação

do conceito, mostrando que a maior proximidade para com atos diretos de indução de expectativas pode gradualmente trazer maior operacionalidade à noção, fugindo de objeções como a da heterogeneidade, ubiquidade ou má operacionalidade teórica do pensamento da confiança no direito privado.

Tais ideias, aplicadas à teoria dos atos próprios, mostram que a noção de *tu quoque* pressupõe premissa adicional em relação às noções de *venire*, *surrectio* e *supressio*. A teoria da aparência mostrou-se, ao lado da dos atos próprios, como segundo gênero nos quais se pode abarcar a culpa *in contrahendo*.

Esta, por sua vez, mostrou-se não tão facilmente subsumível ao conceito proposto de proteção da confiança, vez que, quando concebida como responsabilidade pré-contratual por violação de deveres anexos à boa-fé, parece não poder escapar da equiparação de seu conceito de expectativa do de expectativa na aplicação das normas jurídicas em geral. Nas demais hipóteses, no entanto, parece ser possível a subsunção ao conceito de proteção da confiança como indução direta de expectativa, no sentido proposto, ainda que pareça possível que tais casos possam ser interpretados de forma diferente.

Delineou-se o modelo geral que normalmente é utilizado para pensar a questão desde a obra de Canaris. Ele divide-a em base da confiança, boa-fé, investimento de confiança, imputabilidade e causalidade entre base e investimento. Mostrou-se que as condições não podem ser consideradas rigidamente necessárias para todos os casos. Alguns, como a perda de uma chance, terão de ter as condições amenizadas ou interpretadas de forma levemente alterada, caso se queira mantê-lo como hipótese de aplicação do pensamento da confiança da forma como exposto.

Além disso, viu-se como se pode conceber os conceitos de boa-fé, proteção à confiança e usos e costumes com conformações diversas. E como, de certo modo, a autonomia privada, com seu ideal de liberdade, acaba sendo coagida pela proteção de certas expectativas.

O resultado da análise é que não há claridade na fundamentação dos institutos que, de algum modo, se vinculam ao pensamento da confiança, muito pela falta de clareza conceitual quando do uso das figuras da boa-fé e da expectativa legítima. As objeções de heterogeneidade, ubiquidade e má operacionalidade dogmática[32] só serão satisfatoriamente superadas pela teoria da confiança quando forem elaboradas certas distinções conceituais como as que aqui se tentou esboçar, e desde que o ordenamento, mediante suas fontes, dê forma de direito positivo cada vez mais intensamente ao pensamento da confiança.

[32] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung Im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*. In: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. München: Beck, 2000, p. 192-196.

Referências

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung Im Deutchen Privatrecht*. München: Beck, 1981.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung Im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*. *In*: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. München: Beck, 2000.

CARNEIRO DA FRADA, Manoel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*. *In*: Jahrbucher für die Gomatik des heutigen römischen und deutschen Rechts, t. IV, 1861.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch dês Schuldrechts: Allgemeiner Teil*. Vol. 1. München: Beck, 1987.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JUNG, Peter. *La protection de la confiance en droit allemand des contrats*. *In*: La Confiance: 11ª Journées bilatérales franco-allemandes. Paris: Société de législation comparée, 2013.

MARTINS-COSTA. Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no Direito Civil*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1984.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BERGMANN, Thomas Ribeiro. Contribuição ao pensamento da confiança no direito privado. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 34, n. 2, p. 83-109, abr./jun. 2025. DOI: 10.33242/rbdc.2025.02.005.

Recebido em: 23.08.2024
Aprovado em: 21.03.2025