

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
FACULDADE DE DIREITO
NÚCLEO DE MARABÁ**

ADEJAIME MARDEGAN

A BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

**Marabá
2008**

Adejaimar Mardegan

A BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

Monografia apresentada à Universidade Federal do Pará-Campus Marabá, como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de bacharelado em direito, sob a orientação da Professora Rejane Pessoa de Lima.

Marabá

2008

Examinador.....

DEDICATÓRIA

A minha esposa, exemplo de dedicação e perseverança, responsável direta pela minha opção em cursar Direito, que com carinho, compreensão e conhecimento sempre me ajudou e orientou na busca do conhecimento; a minha filha Ana Carolina, que com seu lindo sorriso sempre me incentivou a batalhar.

AGRADECIMENTO

Agradeço aos professores pelas orientações e dedicação na transmissão do conhecimento, especialmente a orientadora, que apesar do escasso tempo contribuiu para a realização da presente pesquisa.

A Doutora Alexssandra Muniz Mardegan, digna promotora de justiça, minha mestra por excelência, comprometida com a justiça, com quem tenho orgulho de ser casado e poder aprender todos os dias, a quem não tenho palavras para agradecer pelo apoio e contribuição direta pela minha graduação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Capítulo 1. Gênese da boa-fé objetiva – Esboço histórico.....	10
1.1 A boa-fé objetiva e o direito comparado.....	12
1.2 Direito Germânico.....	12
1.3 Direito Canônico.....	13
1.4 Direito Brasileiro.....	14
Capítulo 2. Da boa-fé subjetiva.....	18
2.1 Distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva.....	18
2.2 A boa-fé subjetiva no código civil.....	19
Capítulo 3. Da boa-fé objetiva.....	21
3.1 A boa-fé objetiva no Código Civil.....	21
Capítulo 4. A tríplice função da boa-fé objetiva no Código civil.....	34
4.1 Função hermenêutica.....	36
4.2 Função restritiva dos limites do exercício de um direito subjetivo.....	38
4.3 Função de integração do negócio jurídico ou criadora de deveres anexos ou acessórios.....	41
Conclusão.....	49
Bibliografia.....	51

RESUMO

A boa-fé objetiva, como cláusula geral, inserida no Código Civil Brasileiro é elemento essencial para uma mudança de concepção, passando de uma proteção patrimonialista que impregnava o Código Civil de 1916, para atuar na prevenção da dignidade da pessoa humana, sendo assim inserida na ideologia do Novo Código Civil. Assim é que a tábua axiológica inseriu a boa-fé objetiva com o objetivo de regular as relações contratuais, primando pela transparência, honestidade, lealdade e dignidade nas relações negociais. O Código Civil ao adotar a cláusula geral da boa-fé, positiva a obrigatoriedade de se agir com mais cautela, com respeito a direitos alheios levando a uma relação mais justa e equilibrada compatível com o seu fim social, ela apresenta-se como definidora de regras de conduta, ou seja, imprime a idéia de não defraudar ou abusar da confiança alheia, em nome da estabilidade e da segurança dos negócios jurídicos. Visa ainda legitimar a expectativa daqueles que contraem direitos e obrigações e tutela àqueles que acreditam que numa relação jurídica a outra parte procederá de acordo com os padrões de condutas exigíveis, reprimir comportamentos socialmente inadequados.

Palavras-chaves: Boa-fé objetiva, Dignidade da pessoa humana, Relações contratuais, transparência.

ABSTRACT

The good-faith objective, as general clause, inserted in the Brazilian Civil Code and essential element for a change of design from a protected heritage that permeate the Civil Code of 1916, to serve in the prevention of human dignity and thus inserted the ideology of the new Civil Code. Thus axiological and that the board enter a good-faith objective with the aim of regulating the contractual relationship, very transparent, honesty, fairness and dignity in dealings. The Civil Code by adopting the general clause of good faith, a positive obligation to act with more caution, respecting the rights of others leading to a more fair and balanced relation compatible with your social order, it is as defining of rules of conduct, that is, print the idea of not cheat or abuse the trust others, on behalf of stability and security of legal transactions. It also aims to legitimize the expectation of those who contract rights and obligations and protecting those who believe that a legal relationship to other procedures in accordance with standards of conduct, punish socially inappropriate behavior.

Key words: Good-faith objective, dignity of the human person, relationships comntratuais, transparency.

INTRODUÇÃO

Ao longo do século XIX e XX, contudo, o acelerado desenvolvimento do capitalismo e o advento de uma sociedade de massas vieram evidenciar abusos praticados por agentes em face de contratantes mais vulneráveis, sobretudo em países como o Brasil, em que o acesso ao Poder Judiciário e a outros meios efetivos de coibição destes abusos é, ainda hoje, tortuoso para a maior parte da população.

A vida em nossa sociedade como em todas as outras, passa por uma massificação, fazendo com que as relações sociais fiquem cada vez mais complexas e imprevisíveis, aumentando consideravelmente os conflitos, não podendo o ordenamento jurídico abarcar todas as situações. O legislador após reclames sociais e apelos da doutrina e jurisprudência, criou dispositivos que reforça os valores da sociabilidade, de modo que o homem possa ser impelido a assumir uma nova visão perante o direito.

Percebeu-se a passagem de uma visão patrimonialista que impregnava o Código Civil de 1916, para a preservação da dignidade da pessoa humana, consubstanciada pela tábua axiológica trazida pela Constituição Federal de 1988 e inserida na ideologia do Código Civil de 2002.

Diante das transformações valorativas da sociedade, as relações negociais atingiram um ponto que necessitava de uma revisão em seus conceitos e institutos, a fim de não relegar as novas figuras do direito privado à ineficácia.

Há, portanto, uma releitura dos institutos do Direito Civil em sua própria dogmática.

A cláusula geral da boa-fé veio em hora apropriada e com ela a obrigatoriedade de se agir com mais cautela, a fim de que não haja violação de

direitos e também para que as pessoas passem a ser mais justas, e as relações entre elas mais equilibradas.

O Código Civil de 1916, não continha expressamente qualquer dispositivo acerca da boa-fé objetiva, já o atual Código Civil de forma inovadora e em consonância com a realidade fática em que vivemos traz expressamente no art. 422 a cláusula da Boa-fé objetiva, por isso a escolha do presente trabalho.

CAPÍTULO PRIMEIRO

GÊNESE DA BOA-FÉ OBJETIVA – ESBOÇO HISTÓRICO

Historicamente o conceito da boa-fé objetiva nasceu no direito romano e era dirigido a três setores, quais sejam, relações de clientela, negócios contratuais (direito obrigacional) e proteção possessória (direito real). Naquela época, a fides (boa-fé) já criava deveres secundários nas relações de clientela. Eram os deveres de lealdade, de obediência e de proteção entre os clientes e os cidadãos comuns, além de haver, também, a obrigação de se cumprir à palavra empenhada¹.

Um dos primeiros tratados internacionais entre Roma e Cartago mostra a existência da fides como um núcleo normativo que obrigava cada um dos contratantes a prometer sobre sua própria fé assistência ao cidadão da outra cidade para que os interesses oriundos dos negócios privados fossem protegidos, ou seja, a fides estava presente tanto nas relações entre as cidades – relação internacional – quanto entre os cidadãos – relações internas².

É possível, portanto, constatar que a existência da fides nestes dois setores do direito romano criou vertentes; a de relações intersubjetivas, que eram relações pertencentes a coletividades distintas, que tinha a função de

¹ Judith Martins Costa in A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópico no direito obrigacional, pag. 112, 1ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos tribunais, 2000.

“Fides significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, significa, mais além do compromisso expresso, a ‘fidelidade’ e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído; representando sobre esse aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o cumprimento expresso ou implícito de ‘fidelidade’ e ‘cooperação’ nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança).”

²Idem, pág. 113.

garantir o respeito à palavra dada, e a relações intra-subjetivas, ligava às relações de clientela, em que ela tinha as funções de autolimitação e de proteção.

Surge assim o conceito de bona fides (boa-fé), devido à difusão dos negócios internacionais no ordenamento romano e a existência de uma formalidade que permitisse a interferência do Estado (actio) nas relações negociais, pois ela apresentava, na maioria das vezes, característica consensual³.

A fides, portanto, era um elemento catalisador do conteúdo econômico dos contratos, pois obrigava as partes a ter claro e presente o conteúdo concreto de seus interesses, a fim de vinculá-las ao leal adimplemento das obrigações assumidas, fazendo com que elas fossem fiéis ao pactuado.

Paulo Frezza descreveu com muita clareza o que a bona fides representava: “é uma fides que constringe quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; não tendo em si o texto da fórmula promissória, mas ao próprio organismo contratual posto em si mesmo; não seguindo um valor normativo externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto verbal da promessa), mas fazendo do próprio concreto intento negocial na medida da responsabilidade daqueles que a fazem nascer”⁴.

³ Judith Martins-Costa ...cit. , pág. 112.

⁴ Paulo Frezza apud

A BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO COMPARADO

DIREITO GERMÂNICO

A cultura germânica inseriu no conceito da bona fides romana os ideais de lealdade e confiança, passando a boa-fé a ser considerada uma regra de comportamento social necessária a coesão social.

Quando da elaboração do BGB (Código Civil Alemão) já havia uma discussão muito profunda sobre as teorias fundamentadoras da autonomia privada e o legislador alemão decidiu adotar, então, a teoria da Declaração (Erklärungstheorie), a fim de garantir a segurança do tráfego jurídico, uma vez que a fundamentação dessa teoria é dar importância a tudo aquilo que está expresso, tudo aquilo que foi declarado pelas partes⁵.

Existia, ainda, a Teoria da Confiança que considerava inválido o negócio jurídico celebrado se houvesse divergência entre a vontade real e o sentido objetivo da declaração feita pelas partes. Dentro dessa teoria encontra-se a doutrina da aparência eficaz, que confirma os resultados da Erklärungstheorie (teoria da declaração), mas a limita introduzindo a possibilidade de invalidar o sentido objetivo quando a contraparte não tenha confiado nele⁶. Sempre que a confiança estivesse fundada na boa-fé objetiva do destinatário, a teoria da confiança concedia um valor relativo à declaração.

Esta divergência entre a vontade interna e a declaração, fez com que Jhering formulasse a Teoria da Culpa in Contrahendo que determinava a anulação do negócio sempre que houvesse desconformidade entre a vontade e

⁵ Maria Cristina Cereser Pezzella in A Boa-Fé No Direito E O Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito Privado Alemão e Brasileiro, pág. 1.

⁶ Idem

a declaração, cabendo indenização a fim de repor o lesado, com a invalidade, na situação em que estaria se não tivesse chegado a concluir o negócio. Com Isto, Jhering visava ao interesse contratual negativo, que nada mais é do que o interesse da confiança.

Surgiu então outra teoria, a Teoria da Responsabilidade, que considerava válido todo negócio em que houvesse divergência entre a vontade e a declaração da parte, por causa de dolo ou da culpa, desde que a contraparte estivesse de boa-fé. Segundo Maria Cristina Cereser Pellezza, “esta teoria dá maior importância a proteção da confiança por compreender insuficiente a tutela da teoria da culpa in contrahendo, sob a argumentação de ser legítimo que um declarante fique responsável pela aparência exterior de sua vontade, presumindo-se que tivesse querido esse sentido aparente (...)”.⁷

Nota-se, portanto, a presença da boa-fé objetiva no Direito Alemão, que, adotando a última das teorias supra mencionadas, elaborou um artigo de lei que contivesse a cláusula geral da boa-fé. Estamos nos referindo ao § 242 do BGB, que tem o seguinte texto “O devedor esta obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes”.

A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CANÔNICO

No direito canônico a boa-fé era vista como “ausência de pecado” (absentia peccati) ou estado contraposto a má-fé. Aquele pregava a sacralidade dos contratos, de modo que a palavra dada, a vontade manifestada à outra pessoa, era tida como sagrada e o seu descumprimento configurava o pecado.

No campo obrigacional que é o que nos interessa, agir de boa-fé, por via obliqua significava respeitar fielmente o pactuado e cumprir a palavra

⁷ idem

dada, sob pena de agir em pecado. Não foi dado ao conceito de boa-fé um sentido técnico, mas sim, ético e axiológico compatível somente com o direito canônico. Sendo o oposto à boa-fé subjetiva é a má-fé (intenção de lesar alguém), pode-se concluir que, diferente dos direitos romano e germânico, o conceito de boa-fé utilizado pelo direito canônico era de caráter puramente subjetivo.

Para Judith Martins Costa, 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 alheio⁸”.

A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A boa-fé objetiva no direito brasileiro, embora com contornos e interpretações diversos, encontramos sua manifestação desde 1850, no Código Comercial que consagra expressamente a boa-fé objetiva, in verbis:

“Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas de contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases”.

I. A inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

Não obstante a previsão acima descrita, o fato é que, na opinião do eminente ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, caiu em desuso, “permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais”. Em face disso é que a maioria dos doutrinadores considera a previsão expressa da boa-fé objetiva a partir da instituição da Lei 8.078/90.

⁸ Judith Martins Costa in A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópico no direito obrigacional, pag. 412, 1ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos tribunais, 2000.

Sem dúvida alguma, a Lei 8.078/90, promulgada em 11 de setembro de 1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor, no intuito de atender às “necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º), valeu-se o código consumerista de uma série de instrumentos como a responsabilidade objetiva do fornecedor, o elenco não taxativo de cláusulas abusivas, a disciplina de ações coletivas, a previsão expressa de direitos indisponíveis do consumidor como o direito à adequada informação sobre o produto e à inversão do ônus da prova, e assim por diante. Todos esses mecanismos têm declaradamente a finalidade de proteger o consumidor, cuja vulnerabilidade, reconhecida no artigo 4º, inciso I, condiciona a aplicação de todas as normas constantes daquele diploma.

Foi justamente nesse artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor que surgiu a primeira previsão moderna da boa-fé objetiva no direito brasileiro, como princípio da política nacional de relação de consumo, senão vejamos:

“Art. 4º. A Política Nacional de relação de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendido os seguintes princípios”:

(...)

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

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor valia-se mais uma vez da boa-fé objetiva, declarando nulas as obrigações que fossem com ela incompatíveis.

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que”:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Como se pode depreender, a referência dessas normas não é uma boa-fé subjetiva, como estado de consciência do consumidor, mas a uma nova concepção de boa-fé, que, desvinculadas das intenções íntimas do sujeito, vem exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional. Em 1990, tal concepção já era adotada por diversos ordenamentos jurídicos, a partir do § 242 do Código Civil Alemão e do artigo 1.375 do Código Civil Italiano, e mesmo no Brasil, embora não tivesse ainda previsão legislativa, já era defendido no âmbito doutrinário, como se vê na obra de Clóvis do Couto e Silva:

“(…) a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam⁹”.

Foi essa a concepção adotada pelo Código de defesa do consumidor, como resta claro do comentário dos autores do anteprojeto:

“O Código adotou, implicitamente, a cláusula geral da boa-fé, que deve reputar-se inserida e existente em todas as relações jurídicas de consumo, ainda que não escrita expressamente no instrumento contratual”.¹⁰

Em desprezo a uma interpretação meramente gramatical, o princípio da boa-fé até a vigência do atual Código Civil era aplicado às relações obrigacionais, por uma necessidade ética essencial e que se impunha quando faltava disposição legal expressa.

⁹ Antonio Junqueira de Azevedo in O Princípio da Boa-Fé nos Contratos, Revista CEJ, Brasília, n. 9, p. 40-44

No atual Código Civil Brasileiro, o conceito de boa-fé objetiva foi inserido como cláusula geral no artigo 422. Este artigo dispõe que:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

O Código Civil Brasileiro trouxe para os contratos em geral a boa-fé objetiva, inclusive para os contratos administrativos. Regra de fundo ético e exigibilidade jurídica.

Não obstante ter origem no direito romano, o conceito de boa-fé objetiva utilizado no Brasil não adveio de Roma e sim do direito alemão, que definiu e mencionou a boa-fé objetiva nas relações negociais e foi o diploma que mais nos influenciou, “*treu und Glauber*” (lealdade e crença).

¹⁰ Nelson Nery Júnior et alli, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos

CAPÍTULO SEGUNDO

DA BOA-FÉ SUBJETIVA

DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E SUBJETIVA

Existem duas acepções da boa-fé, ou mesmo duas boas-fés, uma subjetiva e a outra objetiva, só se podendo falar em princípio da boa-fé a propósito da objetiva.

Impõe-se, para tornar compreensível a idéia de boa-fé como fonte de obrigações, que se faça uma clara distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Aquela tem dimensão psicológica, traduz estado de inocência (possuidor de boa-fé, credor de má-fé), ou seja, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui sobre um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado, ao passo que a boa-fé objetiva, por sua vez é uma regra objetiva e ética de conduta e com função normativa e compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

A BOA-FÉ SUBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

Também denominada boa-fé crença, baseia-se em um estado de erro ou ignorância da verdadeira situação jurídica, sendo que essa compreende a possibilidade de conduzir lesão a direito alheio. Nela há uma convicção da legalidade ou validade do ato que se pratica, levando a pessoa a crer que é titular de um direito que somente existe na aparência.

Como é conhecido, nosso Código Civil tutela a aparência em diversos momentos, para lhe dar validade e produzir efeitos jurídicos. Mesmo presente o erro do que crê na aparência do ordenamento, atendendo a conveniência de imprimir segurança e celeridade ao comércio jurídico e a necessidade de dispensar proteção aos interesses legítimos, reconhece como válido os atos desse modo praticado e efeitos jurídicos lhes atribui. O erro, destarte, é eliminado por força de lei e a vontade de quem assim errou é preservada, não mediante a anulação do ato como sucede com os casos comuns do erro-vício, mas mediante o reconhecimento da eficácia das declarações que do mesmo ato formam o conteúdo.

Entretanto, a proteção da boa-fé não deve ser confundida com a tutela da aparência, pois, embora para essa última seja invocada a boa-fé, ela exige, além dela, outros requisitos, vejamos:

- a) uma situação de fato induzidora do erro;
- b) que o erro seja escusável;
- c) que o direito do que se apresenta como seu titular pareça verdadeiro;
- d) que a situação de fato corresponda a uma normalidade aparente ou ao trato habitual dos negócios;
- e) que o verdadeiro titular do direito, por culpa ou dolo, tenha descuidado da conservação de seu direito, bem como, não tenha alertado suficientemente a terceiros sobre a verdadeira situação possibilitando assim o erro de quem acreditou na aparência.

f) que seja uma demonstração da real necessidade de se proteger a segurança dos atos jurídicos, da equidade e da fé pública.

Quanto à boa-fé subjetiva debate-se se ela é um estado psicológico ou um estado ético, predominando o entendimento de que se trata do segundo. No estado psicológico de boa-fé, alguém ignora a real situação que tem diante de si. Basta que a ignorância, para tanto, seja desculpável, melhor dizendo, ou a pessoa ignora os fatos reais, desde que incorra em erro crasso, e esta de boa-fé, ou não ignora, e esta de má-fé. Mesmo quando ela ignore com culpa, continuará de boa-fé, a menos que se trate de ignorância grosseira, caracterizando culpa grave.

No estado ético de boa-fé por sua vez, alguém tem a convicção de que pratica um ato legítimo e acredita sinceramente que ele não acarreta prejuízo a outrem. Mas erra a respeito disso, devendo seu erro ser, no mínimo, desculpável. Impõe-se uma valoração moral da conduta do indivíduo no qual se presume a boa-fé. Para ela beneficiar-se, deve ter agido com diligência e cautela. A verificação da boa-fé, nesse caso, tem por parâmetro o cuidado que o comum das pessoas tem no trato dos negócios, salvo quando se tratar de um especialista, que nesse caso terá por parâmetro o comportamento comum de outro especialista. Dessa forma, ainda que o erro ou a ignorância seja meramente culposa, ter-se-á pela má-fé.

A boa-fé subjetiva no direito das obrigações revela-se no código civil quando trata: do pagamento ao credor putativo, da alienação de imóvel recebido indevidamente, da validade do negócio realizado com o mandatário quando desconhecida a revogação ou a extinção do mandato e do portador de boa-fé de título ao portador.

De outra banda, ao estabelecer certos padrões de comportamento, a boa-fé objetiva também cria deveres acessórios ao contrato que devem ser seguidos pelas partes, a fim de que a relação comercial seja mais equilibrada e justa, cumprindo assim o seu fim social.

CÁPITULO TERCEIRO

A BOA-FÉ OBJETIVA

A BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

Segundo o dicionário eletrônico Michaelis, fé significa: “1 Crença, crédito, Convicção da existência de algum fato ou veracidade de alguma asserção; 2 Crença nas doutrinas da religião cristã; 3 A primeira das três virtudes da teologia; 4 Fidelidade a compromissos e promessas; Confiança; 5 Confirmação, prova.” E boa fé é, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, p. 470, é:

“1 s.f 1- Retidão ou pureza de intenções; sinceridade. 2 convicção de agir ou portar-se com justiça e lealdade com relação a alguém, a determinados princípios etc. 3 Respeito ou fidelidade às exigências da honestidade ou do que é considerado direito; lisura. 4 Estado de consciência de quem crê, por erro ou equívoco, que age com correção e em conformidade com o direito, podendo ser levado a ter seus interesses prejudicados [Configura uma circunstância que a lei leva em conta para proteger o faltoso das conseqüências da irregularidade cometida.] CF. abofé, bofé b.contratual jur: sinceridade ao contratar (significando que as partes devem agir com idoneidade, correção e honestidade; com base de confiança recíproca). a b. 1 Com sinceridade ou honestidade; francamente. 2 Por certo, em verdade, com clareza. de b. com pureza de intenções, sem dolo; conforme com a sua consciência ou a sua noção do que é correto; francamente, bona fide GRAN PL.: boas fes (...).”

Ao se estudar o princípio da boa-fé, interessante notar o registro feito por Dilvanir José da Mota, doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, e especialista na matéria, ao asseverar que:

“A boa-fé constitui uma das mais destacadas cláusulas gerais ou aberturas com que o direito moderno supera o sistema hermético dos códigos tradicionais, com previsões casuísticas. Obriga as partes a agir com lealdade na contratação e na execução das obrigações recíprocas. Não podendo cooperar, não devem dificultar a realização

das mesmas. Além disso, orienta o intérprete diante das omissões das leis e das convenções, integrando-as. Proibição e boa-fé na conclusão e execução do contrato são as novas regras dos contratos, positivadas no artigo 422 do novo código. O agir com surpresa, abuso de confiança, mudança de comportamento usual são exemplos de condutas maliciosas”.¹¹

A fundamentação do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana constante principalmente do artigo 1º e de vários incisos do artigo 5º do texto Maior. Aliás, o próprio artigo 5º, inciso XIV, da Constituição federal assegura a todos o direito à informação, que deve ser concebida em sentido amplo, atingindo também o plano do contrato. Neste dispositivo reside, especificamente, fundamento constitucional de boa-fé objetiva. Mas não é só. Pela relação direta que mantém com a sociabilidade, a boa-fé objetiva também encontra fundamento na função social da propriedade, prevista no artigo 5º, XXIII e artigo 170, III, da Constituição federal de 1988. A confiança contratual, aliás, é conceito incito à própria manutenção da ordem econômica.

Até janeiro de 2003, o ordenamento positivo brasileiro mantinha a boa-fé objetiva no âmbito das relações de consumo. A jurisprudência, contudo, já estendia a sua aplicação a relações contratuais em que se verificasse a presença de uma parte vulnerável a ser protegida. Continuava raros os casos de aplicação do instituto às relações contratuais paritárias. De fato, os tribunais brasileiros haviam se acostumado a compreender e a aplicar a boa-fé objetiva como um princípio reequilibrador e de forte caráter protetivo, e, por esta razão, relutavam em estender sua incidência às relações contratuais em que não se vislumbrasse a vulnerabilidade de uma das partes.

O novo Código Civil brasileiro veio corrigir esta tendência, prevendo expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais comuns, independentemente de qualquer vulnerabilidade presumida ou demonstrada:

¹¹ Segundo Dilvanir José da Costa RT nº 796/40 -65, In Inovações Principais do Novo Código Civil.

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais -, mas difere profundamente daquela versão da boa-fé que os tribunais brasileiro aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente este caráter protetivo. Em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir.

Mais: aquela invocação indiscriminadora da boa-fé objetiva como referência ética genérica, se era inofensiva nas relações de consumo, onde uns sem-número de outros mecanismos a ela se somavam na indicação de uma solução favorável ao consumidor, torna-se altamente perigosa nas relações paritárias. Isto porque não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar a solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta.¹² Ao contrário do que ocorre nas relações de consumo, nas relações paritárias a insistência nesta concepção excessivamente vaga e puramente moral da boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade na solução dos conflitos de interesse.

¹² Sobre o tema, a crítica do autor português ANTÔNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO: “O recurso puro e simples a uma boa-fé despida de quaisquer precisão torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas e não permite, por si, solucionar casos concretos novos. No fundo, a boa-fé funciona, aí, como apoio lingüístico para soluções encontradas com base noutros raciocínios legal – ou na pura afetividade – ou como esquema privilegiado de conseguir amparo numa disposição legal – a que consagra a boa-fé – para a solução defendida.” (DA BOA FÉ no DIREITO CIVIL, COIMBRA: ALMEIDA, 1997, P. 753).

Daí a importância de se buscar, com o advento do Código Civil, definir com maior precisão os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva, em especial as suas funções e os seus limites.

Ao estabelecer o princípio da boa-fé nas relações contratuais, a nova lei esta implementando outra concepção sobre o instituto, à qual a doutrina passou a denominar de objetiva, porque a sua finalidade é impor aos contratantes uma conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, independentemente do subjetivismo do agente; em outras palavras, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante. A antítese dessa espécie, não é a intenção de prejudicar, como na boa-fé subjetiva, mas a exteriorização de um comportamento ímprobo, egoísta, ou reprovável, verificando sobre a ótica da vida em harmonia dentro da comunidade. Consiste em ato violador de um dever anexo ao contrato, conforme veremos adiante.

A boa-fé objetiva é, em sua visão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe as partes de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. E foi neste sentido que o Código de Defesa do Consumidor a incorporou. Ocorre, contudo, que, por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais.

A boa-fé objetiva ganhou na jurisprudência brasileira um papel, por assim dizer, reequilibrador de relações não paritárias, que nada tem com o conceito de boa-fé em si, mas que era fundamento do Código de Defesa do Consumidor em que a cláusula geral de boa-fé vinha inserida. Era natural, portanto, que os tribunais brasileiros, desconhecedores dos contornos dogmáticos da noção de boa-fé objetiva, atribuíssem ao instituto finalidade e

função que tecnicamente não eram seus, mas do código consumerista. Contribui para este fenômeno certa inexperiência do Poder Judiciário brasileiro em lidar com princípios e cláusulas gerais, o que resulta de uma “superinovação” da boa-fé objetiva como fundamento ético de legitimidade de qualquer decisão, por mais que se estivesse em campos onde a sua aplicação era desnecessária ou até equivocada.¹³

A confusão conceitual era de certa forma inofensiva, porque os conflitos originados em relações de consumo exigiam mesmo uma solução protetiva; e se a boa-fé era invocada muitas vezes de forma incorreta à luz da ciência do direito, para exercer funções que eram, a rigor, próprias de outros mecanismos, isto, na prática, pouco importava desde que a solução alcançada fosse aquela mais favorável ao consumidor.

No âmbito específico da boa-fé objetiva, pondera-se que a sua aplicação radica numa dinâmica de concreção desenvolvida, pela sua condição de princípio e cláusula geral. Vale ressaltar que tecnicamente estes dois conceitos não se equivalem¹⁴, não obstante as cláusulas gerais possam fazer referência – e normalmente o fazem – a princípios jurídicos que lhe caracterizam o substrato material.

Este é o caso da boa-fé objetiva, que, embora cláusula geral por excelência, deve ser aplicada mediante concreção, à semelhança dos demais princípios jurídicos.

¹³ Confira-se decisão proferida, em 6.12.2001, no âmbito do Recurso Especial 330.261/SC, em que o Superior Tribunal de Justiça invocou o princípio da boa-fé objetiva para reprimir situação que reconheceu como sendo de inadimplemento contratual e de clara violação a decisão judicial e a dispositivo legal exposto.

¹⁴ Explica JUDITH MARTINS-COSTA que dois pontos principais distinguem os princípios das cláusulas gerais, a saber: (i) enquanto eles podem ser inexpressos, elas devem necessariamente estar privadas; (ii) é qualidade das cláusulas gerais a vagueza semântica, a qual pode não existir em alguns princípios (A Boa-fé no Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 323.). Enfatizamos que, conquanto os princípios e as cláusulas gerais não possam, de fato, ser equiparados, trataremos da boa-fé objetiva indistintamente, haja vista a sua natureza de princípio, contido, porém, numa cláusula geral. Creemos que um tal tratamento não importara em qualquer prejuízo.

A diferença entre princípio e cláusula geral é que esta engloba aquela, ou seja, a cláusula geral contém em seu enunciado, conceitos (que advêm dos princípios) que possibilitam a formulação das normas gerais. Segundo Judith Martins Costa, o conceito de princípio jurídico está ligado a sete focos de significação, quais sejam, o seu núcleo básico, a sua orientação, a sua origem, o seu propósito, o seu axioma, a sua verdade ética inquestionável e a sua “peça de sabedoria prática que nos vem passando e que traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição”¹⁵. Com a combinação destes focos de significação, é possível a elaboração das cláusulas gerais que irão reger o modo de comportamento da sociedade, que é o propósito da boa-fé objetiva.

Também denominada boa-fé lealdade, a boa-fé objetiva apresenta-se como definidora de regras e conduta. É a idéia de não defraudar a confiança ou abusar da confiança alheia. Em nome da estabilidade e da segurança dos negócios jurídicos, bem como, para a tutela das legítimas expectativas daqueles que contraem direitos e obrigações, a boa-fé objetiva impõe comportamentos socialmente recomendados: fidelidade, honestidade, lealdade, cuidado, cooperação, etc. Tutela-se portanto, aqueles que numa relação jurídica acreditam que a outra parte procederá conforme os padrões de conduta exigíveis.

Nesse diapasão, é possível catalogar o entendimento do Prof. Régis Fichtner Pereira, assim esgrimado:

“A experiência demonstra, como já referido, que não há como exigir do homem médio um padrão de conduta absolutamente escorreito. O homem é um ser que por sua própria natureza possui defeitos. O direito existe justamente para impedir que o homem extrapole de certos limites, pois, se assim não fosse, se instalaria o caos absoluto e a lei mais forte ou do mais malicioso. A exigência de comportamento de boa-fé, de que se esta aqui tratando é a exigência jurídica e não ética”.¹⁶

¹⁵ Judith Martins-Costa, ...cit, pág. 316

¹⁶ Régis Fichtner Pereira. A responsabilidade civil Pré-contratual. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

Deve-se observar se a situação criada produziu na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado, quando então deve-se tutelar essa expectativa. Desde que a contraparte tenha legitimamente confiado na estabilidade e segurança do negócio jurídico que celebrava impõe-se a tutela dessa confiança pelo princípio da boa-fé objetiva.

Afirma o festejado mestre Álvaro Villaça de Azevedo que o princípio da boa-fé “assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito”. Ensina ainda que a boa-fé objetiva constitui, “um estado de espírito, que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança. Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as suas situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um ou dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contrato; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa”.¹⁷

A aplicação da boa-fé objetiva possui diversas peculiaridades. Não se quer aqui esmiuçá-las, mas sim estabelecer os elementos básicos para que a sua concreção garanta ao princípio plena força justificativa quando utilizado como fundamento decisório. Assim, o primeiro elemento que não se pode perder de vista é a carga ética de que se reveste a boa-fé objetiva, carga esta que atua como verdadeiro cânone a guiar a conduta dos partícipes da relação obrigacional, principal âmbito de sua incidência.

Tal carga ética se consubstancia nos standards de honestidade, lealdade, confiança, proibidade, um parâmetro objetivo, genérico, que não esta a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral

¹⁷ Azevedo, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

de atuação do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada, e, principalmente, na necessidade de consideração e salvaguarda dos interesses da contraparte.¹⁸

A tutela da confiança que fundamenta a boa-fé esta ligada àquele espectro da realidade que não comporta axaurimento na verba legis, que não pode a tudo prever e regular, ferindo de morte, uma vez por todas, a falácia do pensamento positivista, com sua prepotente intenção de esgotar a realidade social. Referida adequação esta em fina sintonia com a realidade e a norma legislada e realizada pelos princípios gerais de Direito e, particularmente, pela boa-fé.

Estando expressa a boa-fé no artigo 422 do Código Civil, pode-se dizer que ela deixou de ser um princípio para ser uma cláusula geral. Assim, é possível dizer que ela deixou de ter um significado subjetivo e passou a ter um significado objetivo. É uma cláusula implícita e passou a criar deveres entre as partes em todas as fases do contrato, seja na de execução e conclusão do contrato (deveres principais).

Por outro viés, dentro desse mesmo contexto, tem-se que o art. 422 do Código Civil foi objeto de reparos pela doutrina, em especial pelo disposto no Enunciado 25 das Jornadas de Direito Civil promovida pelo centro de estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, que estende a aplicação do princípio da boa-fé também para as fases pré e pós-contratual, não se delimitando apenas à fase contratual, seja nas fases pré e pós-contratuais (deveres secundários). Senão vejamos: Enunciado 25 – art. 422: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”¹⁹, razão pela qual o projeto de lei 6.960/02, que visa promover alterações no Código Civil, tenta contornar a omissão

¹⁸ MARTINS COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema em Construção. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 15. Porto Alegre: Síntese, 1998. P. 148

¹⁹ Enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado Aguiar Júnior, do Superior Tribunal de Justiça.

estendendo o princípio da boa-fé as fases acima descritas. Antônio Junqueira de Azevedo traz dois excelentes exemplos de infração ao dever de boa-fé pré e pós-contratual.

No primeiro caso, uma montadora de automóveis teria negociado durante dois anos com o Estado do Rio Grande do Sul a instalação de uma filial, vindo ao final, frustrada sua expectativa. Conforme o autor, em caso de ter sido gerada uma falsa expectativa de conclusão do contrato, haveria infringência do dever de boa-fé antes de celebrado o pacto.

No segundo caso, a dona de uma boutique encomenda vários casacos de pele a uma confecção e, depois de pago o preço e recebi da mercadoria (extinção das obrigações), vem, a saber, que a mesma confecção vendeu casacos idênticos a uma loja vizinha. Nessa hipótese, a infringência do dever de boa-fé (lealdade), foi posterior ao pacto.²⁰

Esse é também o entendimento de muitos juristas, dentre eles, o eminente Ministro Rui Rosado de Aguiar Junior, do Superior Tribunal de Justiça, que num seminário acerca da boa-fé objetiva proferiu:

“(...) a boa-fé objetiva é um a cláusula geral que dispõe sobre boa-fé no contrato, em todos os contratos. A boa-fé objetiva é o princípio de lealdade que deve orientar as relações humanas, de sorte que todos devem permitir sejam realizadas as expectativas que os outros têm nas relações mantidas na vida social, princípio ético que preside ordenamento, está presente e serve de guia para todas as relações no campo do Direito Privado, e também no âmbito do Direito Público. Diz o Art. 422 que esse princípio, em se tratando de relação obrigacional, deve ser observado desde a celebração até a execução. Acrescento eu que o enunciado ainda admite maior extensão, pois a boa-fé deve estar presente mesmo antes da realização do contrato, isto é, já nas tentativas, porque é a boa-fé que sustenta a idéia da responsabilidade pré-contratual. Antes de celebrar o contrato, as partes estão obrigadas umas com as outras, a serem honestas, probas, a não causar danos injustificados, a não criar expectativas inatingíveis, não frustrar o que legitimamente dela era esperado. Por isso, aquele que inicia uma negociação e sem nenhuma justificativa dela sai, deixando para o outro, que nele acreditou, o prejuízo de ter confiado, responde pelo dano causado; não é com base no contrato, uma vez que o contrato inexistente, nem na lei, que lei também não

²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. Revista CEJ, Brasília, n. 9, p. 40-44, set./dez. 1999. p. 42.

dispõe sobre isso; responde com base no princípio da boa-fé objetiva, que cria o dever de indenizar, antes do contrato.

Há de se entender, também, que essa boa-fé preside as relações mesmo depois de extinto ou integralmente executado o contrato. Aquele que, depois de cumprida todas as prestações contratadas, frustra as expectativas do outro, pode ser obrigado a indenizar por ter violado o princípio da boa-fé. Quem aliena o seu estabelecimento, entrega o bem e recebe o preço, não pode depois disso ter conduta contrária ao que dele se poderia esperar, de acordo com a boa-fé. Assim, o vendedor de uma mercearia não há de, no dia seguinte, estabelecer a mesma mercearia ao lado daquela que ele vendeu, porque isso significaria uma concorrência desleal para o comprador. O ilícito acontece depois de extinto o contrato, independentemente de cláusula contratual prevendo essa situação. Quero dizer que, a boa-fé criando obrigações ou limitando direitos, atua antes, na celebração, na execução, e até depois de extinto o contrato. O art. 422 do CC permite essa interpretação.”²¹

Fundamentalmente, a boa-fé objetiva como regra de conduta aponta para esses dois elementos, lealdade e consideração, que atuarão como referência teleológica. Entretanto, antes da concreção, trata-se de uma referência apenas ética, de natureza autônoma e eficácia unilateral, incapaz, portanto, de exercer a força vinculante própria de uma norma jurídica, dotada de heteronomia e bilateralidade. Outrossim, a própria indeterminação daqueles cânones evidenciam a necessidade de um processo que lhes garanta sentido e eficácia concretos.

A cláusula da boa-fé objetiva traz consigo reconhecimento de determinados deveres jurídicos anexos ou de proteção, que são deveres implícitos em qualquer contrato, tais como, assistência, sigilo, de comportarem-se com a mais estrita lealdade, de agirem com probidade, de informar o outro contratante sobre todo o conteúdo do negócio, dever de colaboração, de respeito aos direitos da personalidade, todos decorrentes da boa-fé objetiva,

²¹ Transcrição realizada por Alessandra e texto revisado pelo autor no Seminário da Escola da magistratura do Rio de Janeiro, sob a denominação “EMERJ debate Novo Código Civil”, realizado na data de 11/04/03, das 10h às 17h, no Auditório Antônio Carlos Amorim Av. Erasmo Braga, 115/4º andar – Forum Central do TJ/RJ, cujo tema foi “O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de Convergência”. Texto gentilmente enviado por e-mail pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

cuja função para Menezes Cordeiro “é, sobretudo a de regular ou normatizar a relação negocial”.²²

A função primordial da cláusula geral da boa-fé é promover a completa realização do contrato, além de permitir a abertura do nosso sistema jurídico para que seja possível a inserção de valores, usos e padrões de conduta, que faz com que haja mais equilíbrio e clareza nas relações contratuais, uma vez que não estão previstos nos instrumentos negociais todos os deveres gerados pela boa-fé.

Ao Magistrado, nesse sentido, cabe declarar a existência da boa-fé, mesmo que as partes dela não tenham mencionados, quando este entender que a conduta ética é fundamental para a sua realização completa. Com isto, torna público o contrato e rompe definitivamente com a liberdade de contratar, forçando a que as partes colaborem para que o contrato chegue ao seu fim correto, de forma equilibrada e justa para as partes.

De modo semelhante, o contrato, por exemplo, atualmente não pode ser analisado de forma alguma, em juízo, sem atender a boa-fé. Esta cláusula genérica dos negócios deve ser dissecada pelo Magistrado sempre que a lide posta a deslinde versar sobre algum tipo de pacto.

De forma exemplificativa, citamos algumas decisões do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.²³, em que tratou da boa-fé objetiva, ressaltando a influência do juiz na vida do contrato, alterando até mesmo o que foi determinado pelas partes, com olhos na razoabilidade:

“O contrato de singela redação não contém cláusula sobre o tema, conforme bem acentuado pelo nobre patrono do apelante, na sua sustentação oral agora produzida, isso, contudo, não impede, antes propicia o exame da matéria à luz do princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé com alcance geral vigora no Brasil, apesar de não constar no nosso Código Civil dispositivo semelhante ao parágrafo 242 do

²² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa-fé no direito civil. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

²³ As decisões foram publicadas no livro: **Problemas de Direito Civil – Constitucional**. Coordenador Gustavo Tepedino. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 80 a 82.

BGB (Clovis de Couto e Silva, 'Obrigação como processo', p. 30 e segs.). 'No âmbito do Direito das Obrigações, é fonte de criação de especiais deveres de conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica, e com a finalidade perseguida pelas partes.' (Diez-picasso, Prólogo a obra de Wieacker, 'El Principio General de La Buena Fé, editorial Civitas, p. 19). Na espécie dos autos, esses deveres especiais, acessórios ou anexos, consistiriam em impor a vendedora da pequena loja o dever de abster-se de assumir comportamento inviabilizador da normal continuidade do negócio adquirido pelo ora autor, dependente, como é sabido, do recebimento de mercadoria adequada para cada estação, previamente encomendada, pois a época da comercialização pelas indústrias é bem anterior à da venda no varejo. [...]

Nesta mesma perspectiva, ainda há um outro argumento. Além de caber ao juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, determinar a existência dos deveres acessórios, não expressamente previstos, mas inerentes ao negócio e a finalidade buscada pelas partes como se viu acima, ainda se extrai dele uma máxima de conduta ético-jurídica, sobre a inadmissibilidade de comportamento contrário a boa-fé. Nesta parte, acolhe-se o princípio de venire contra factum proprium (Wieacker, Ob. Cit., p. 60-61), como exigência da FIDES.

Por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão coligadas, não se permite que o comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra. No caso, a ré foi auxiliar o comprador, nos primeiros dias depois da celebração do contrato, e ali efetuou pedidos de novas mercadorias, alguns deles em seu próprio nome e fornecendo o seu CGC, apesar de já transferido o negócio (doc. De fls. 57 e 58, assinado pela ré). Quem assume esta conduta, evidencia estar autorizando os pedidos assim formalizados; não pode, logo depois, sem outra razão aparente, ordenar o seu cancelamento.

Em outra passagem, descreve o Mestre:

"A ação de rescisão de contrato improcede, porque a compradora comprou substancialmente a sua obrigação, não podendo ser o atraso na última prestação causa justificadora para a resolução do negócio, assim como pretendido na inicial. O desfazimento caracterizaria gravíssima injustiça, desatendendo uma exigência do moderno Direito da Obrigações, onde pontifica o princípio do adimplemento substancial, segundo o qual o cumprimento próximo do resultado final exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e o de perdas e danos, 'mas não se permitiria o direito de resolução, se essa pretensão viesse a ferir a boa-fé.' (Prof. Clóvis do Couto e Silva, 'Estudos de Direito Civil Brasileiro e português', p. 56-57)".

Portanto, ainda que a compradora efetivamente tivesse voluntariamente deixado de pagar a última prestação, assim como alegado na petição inicial, e estivesse em mora ainda nesse caso a ação improcederia, cabendo apenas a vendedora haver a reparação dos danos por ventura sofridos. É preciso ficar bem claro que a parêmia dura Lex, send Lex cedeu lugar a necessidade de decidir-se com razoabilidade as situações em concreto, pois o compromisso maior do Estado Democrático de Direito é com a Justiça".

A boa-fé passou a ser requisito de validade de todo e quaisquer contratos sejam quais forem as partes. Não estando presente a boa-fé, o contrato pode ser revisto, e, inclusive, rescindido, dando ensejo a ato ilícito da parte que agiu de má-fé, e exigindo reparação civil.

Destarte, caso haja o descumprimento dos deveres secundários do contrato, será possível, graças à existência da cláusula geral da boa-fé no nosso ordenamento jurídico, que a parte lesada busque soluções para a violação ocorrida das seguintes formas:

- a) conduzir à indenização por perdas e danos da parte prejudicada;
- b) configurar a permissão para o exercício do direito (poder) formativo-extintivo de resolução do contrato;
- c) permitir o adimplemento antecipado do contrato nos casos de quebra positiva;
- d) constituir a parte na obrigação de oferecer prestação alternativa;
- e) flexibilizar regras de prova.

Logo, com a presença da boa-fé no campo obrigacional, as partes terão uma maior mobilidade para adotarem determinadas atitudes que apontam ao balanceamento da relação ou remanejamento dos prejuízos causados pela inobservância dos deveres contratuais, sejam esses principais ou secundários.

CAPÍTULO QUARTO

A TRÍPLICE FUNÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

Antes de tudo, convém lembrar a tríplice função comumente atribuída à boa-fé, qual seja: a de atuar como fonte de dever jurídico, cânone hermenêutico integrativo e limite ao exercício de direitos subjetivos.²⁴

Para manter a conduta das partes da relação obrigacional dentro dos padrões de lealdade e consideração, bem como, polarizadas ao alcance conjunto da finalidade do contrato, a boa-fé ilumina todo o plano contratual, podendo-se manifestar ora pela criação de deveres anexos – oriundos não da vontade das partes, nem da lei, mas da própria boa-fé²⁵ -, ora servindo de critério para interpretação das cláusulas contratuais, de modo a direcioná-las à finalidade sócio-econômica do contrato, ora vedando o exercício de direitos subjetivos que venham de encontro à globalidade dos interesses contratuais, provocando um sacrifício injustificado na contraparte.²⁶

²⁴ Para um exame completo das três funções ver, por todos, MARTINS -COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 427 -472.

²⁵ Estes deveres são ditos anexos, acessórios ou instrumentais, porque, a par das obrigações principais voluntariamente estabelecidas, se operacionalizam ao cumprimento da relação obrigacional, encontrando sua gênese nas circunstâncias objetivas da mesma (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das Obrigações. Coimbra: Almeida, 1999. P. 63). Como esclarece JUDITH MARTINS-COSTA, “da boa-fé nascem, mesmo na ausência da regra legal ou previsão contratual específica, os deveres, anexos, laterais ou instrumentais de consideração com o alter, de proteção, cuidado, previsão e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais, enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato, situam-se, todavia, também nas fases pré e pós contratual (...)” (O Direito Privado como ..., p. 149).

²⁶ Em apertada síntese, explica RUY ROSADO DE AGUIAR que, “na sua função limitadora da conduta, a boa-fé se manifesta através da teoria dos atos próprios, proibindo o venire contra factum proprium; vedando o uso abusivo do *expectatio non adimpleti contractus*, quando o inadimplemento da outra parte, no contexto do contrato, não o autorizava; impedindo o exercício do direito potestativo de resolução quando houve adimplemento substancial, na linguagem do direito anglo-americano, ou quando o inadimplemento foi de escassa importância, na nomenclatura do Código civil Italiano; afastando a exigência de um direito cujo titular permaneceu inerte por tempo considerado incompatível (*supressio*); desprezando a

As diferentes funções desempenhadas pela boa-fé objetiva indicam as suas formas potenciais de manifestação quando for concretizada, que podem aparecer isoladamente ou em conjunto, dependendo das circunstâncias do caso concreto. Com efeito, a pormenorizada apreciação deste é prioridade no processo de concreção: o aplicador deve direcionar a sua análise, num primeiro momento, ao caso concreto procurando identificar na dinâmica dos interesses envolvidos os deveres de conduta a serem observados. Não é desmedido afirmar que a boa-fé objetiva caracteriza-se como um “modelo necessitado de concreção”, o que significa dizer tal expressão redundante na necessidade de empregá-la em atenção ao caso individual, plenamente considerado em suas particularidades, com os ideais jurídicos gerais aos quais o princípio se refere.

O Código Civil não estabeleceu parâmetros de conduta que servissem de auxílio na determinação do conteúdo da cláusula geral da boa-fé. Tal tarefa foi deixada à discricionariedade do julgador, a quem caberá analisar a situação concreta, o comportamento usual dos agentes naquele campo específico, a honestidade e a lealdade que se espera das partes em relações semelhantes, e outros tantos fatores.

O que resta claro, todavia, é que a boa-fé não pode servir de qualquer fim. A doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos, atribui a boa-fé uma tríplice função, assim composta: função interpretativa; função restritiva do exercício abusivo de direitos e função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade.

exigência de cumprimento do preceito, feita por aquele que já o descumprira (tu quoque).” (AGUIAR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na Relação de Consumo. Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, 1994, p. 27).

A FUNÇÃO HERMENÊUTICA

A questão da interpretação da lei ganha força com a promulgação do atual Código Civil.

A idéia de um sistema fechado (que inspirou os Códigos dos séculos XIX e XX), calcado em modelo estático positivo não pode ser admitida nos dias de hoje.

Assim, o Código civil opta por afastar-se da idéia de uma estrutura fechada, e por adotar modelos jurídicos abertos, cujos significados não são expressamente limitados pelo texto da lei, mas sim conceitos jurídicos indeterminados. Não se trata de imprecisão legislativa, mas de técnica intencionalmente adotada pelo legislador conferindo aos operadores do direito maiores poderes decisórios no caso concreto, por meio de preenchimento dos tipos que se encontram indeterminados.

Nesse sentido, boa-fé no Código Civil, assume esta exata característica: trata-se de cláusula geral cujos contornos vêm traçados pelo legislador que propositadamente deixa ao intérprete o poder de preenchê-lo. Então, interpretar a lei e o contrato de acordo com a boa-fé será sempre a busca da ética nas relações jurídicas, aplicando-se a norma ao caso concreto, da maneira que melhor atende a justiça naquela determinada hipótese. A boa-fé permitiria que, excepcionalmente, o intérprete afastasse o texto frio da lei, construindo “o direito do caso”. Exemplo dessa função verificou-se quando o Poder Judiciário, afastando-se do princípio do normalismo adotado pelo Código civil de 1916, admitiu a aplicação da correção monetária para ilidir os efeitos nefastos da inflação (fenômeno ignorado quando da promulgação do antigo Código Civil).

O atual Código consagrou, em seu artigo 113, o papel hermenêutico da boa-fé objetiva, ao determinar:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”

A primeira das aplicações da boa-fé objetiva na interpretação de um contrato citado acima ocorre quando o aplicador do direito não encontra nem no contrato, nem na lei previsão da situação que esteja ocorrendo ou que irá ocorrer. A qualificação dos comportamentos não previstos em lei ou em qualquer outro documento é essencial para que seja atendidos os legítimos interesses da contraparte, para que o contrato cumpra a sua função social, qualquer que seja esta. Devido a esse cânone hermenêutico, não pode o juiz criar obrigações para as partes. O julgador deve limitar-se a buscar o sentido do conjunto contratual, ou seja, ele deve ajustar o negócio às exatas dimensões que a operação econômica do mesmo se destina.

Adriana Manchem Theodoro de Mello tem razão ao dizer que “(...) apenas e tão somente, haverá o intérprete de especificar o exato alcance das obrigações que surgem do contrato, em face dos princípios da autovinculação, da obrigatoriedade do contrato, do sinalagma, da sua função social e da boa-fé”.²⁷

Vê-se que a boa-fé como critério hermenêutico, exige que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o senti do conforme a lealdade e a honestidade entre as partes. Nesse sentido colacionamos os seguintes julgados:

“Abertura de crédito. Manutenção de sentença. Interpretação de cláusula contratual. Incompatibilidade com o princípio da boa-fé e da função social do contrato. Revisão contratual e limitação dos juros. Os juros encontram-se limitados a 12% a.a., não em função da aplicação do art. 192, § 3º da CF, uma vez que o STF já decidiu que esta norma possui eficácia contida, nem da chamada lei da usura (decreto nº 22.626), e sim, em razão toda a legislação pratica que historicamente adotou como parâmetro razoável de juros remuneratórios o patamar de 12% ao ano. Incidência do código de defesa do consumidor filio-me a corrente que entende ser contrato de abertura de crédito um contrato de adesão, eis que suas cláusulas

²⁷ Adriana M. T. de Mello in A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa -Fé no Novo Código civil Brasileiro, Revista Sítese, pág. 154

foram preestabelecidas unilateralmente pela instituição financeira que é economicamente mais forte, sem que o autor pudesse discutir ou modificar substancialmente o conteúdo destas. Capitalização. Aplicação da súmula 121 do STF. Mora e juros moratórios". a". mora e in re e só pode ser afastada se o devedor consignar em juízo os valores que entende devidos. O percentual de juros moratórios a ser observado é aquele de 6% ao ano, na foram dos artigos 1.062 e 1.262 do CC, quando não, emprego do princípio da boa-fé como cânone de interpretação das finalidades de contrato de seguro médico, que, no caso, tinha por objeto reembolso das despesas médico-hospitalares e não sub-rogação no débito (APC 597093707);

"Emprego do princípio da boa-fé objetiva como cânone de interpretação das finalidades de cláusula contratual, que, no caso, previa modo supletivo de pagamento, para o cumprimento do processo obrigacional (AGI 197150196 TJRS)";

Para ser conforme a boa-fé objetiva, deve ser incluída cláusula obscura de contrato de seguro que prevê ressarcimento de danos corporais, a indenização de danos morais e estéticos. A interpretação das finalidades do contrato, com base na boa-fé objetiva, indica que a função social do contrato de seguro é a divisão dos prejuízos, sejam quais forem (EMI 196032114 TJRS)";

"Emprego do princípio da boa-fé objetiva como cânone de interpretação das cláusulas de exclusão de contrato de seguro de saúde, insuficientes no caso concreto para excluir a cobertura das despesas hospitalares, quando a doença supostamente excluída não foi originária, mas manifestou-se durante a internação (APC 5499016367 TJRS)".

Proíbe-se, assim, a interpretação que dê uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar as partes, em benefício da outra, permanecendo dúvida, deve ser adotado o significado que a boa-fé indica como mais razoável.

FUNÇÃO RESTRITA DOS LIMITES DO EXERCÍCIO DE UM DIREITO SUBJETIVO

No que tange a segunda função indicada, a boa-fé vem servir de limite para o exercício de direitos no âmbito de uma relação contratual. Afigura-se assim como critério para diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo e, portanto, vedado de direitos frente a outra parte na relação contratual. Tal função da boa-fé foi incorporada no artigo 187 do Código Civil que definiu de forma eclética a figura do abuso de direito:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Um das situações já consagradas na doutrina e jurisprudência, que explica essa última função do princípio da boa-fé objetiva, é a teoria dos atos próprios, conhecida também, como “venire contra factum proprium”.

A teoria dos atos próprios parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral de boa-fé.

O que se quer evitar com a proibição do venire contra factum proprium é que a parte da relação jurídica contratual adote mais de um padrão de conduta, segundo as vantagens que cada situação possa lhe oferecer. Não se pode admitir que, em um momento, a parte aja de determinada forma e, no seguinte, de forma diversa, apenas porque, nesse segundo momento, não lhe é conveniente adotar a mesma postura adotada anteriormente.

A despeito da função em comento pondera o professor Sylvio Capanema de Souza que: “O princípio da boa-fé objetiva exige que os contratos tenham equações econômicas razoavelmente equilibradas. Não que seja pecado ou crime lucrar no contrato, pois ninguém contrata por diletantismo ou altruísmo, todos nós contratamos para tirar do contrato um proveito econômico principalmente numa sociedade capitalista como a nossa. Só que esse proveito econômico agora tem um limite da construção da dignidade do homem, da eliminação da miséria, das injustiças sociais, fazer com que os contratos não estejam apenas a serviço dos contratantes, mas também da

sociedade, construindo o que se convencionou chamar de estado de bem-estar”.

Ilustramos o inserto acima com as ementas dos julgados a seguir transcritos; todos do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, primeiro estado do Brasil a aplicar a boa-fé objetiva, vejamos:

“Afronta ao princípio da boa-fé objetiva revisar contrato que já foi alvo de transação, em outra oportunidade (APC 598474237, com este mesmo dever, há outros acórdãos)”.

“Afronta ao princípio da boa-fé objetiva querer revisar débitos já renegociados e consolidados pelo transcurso de longo período de tempo (AGI 5990702008)”.

“É abusiva cláusula que estabelece o valor da indenização como sendo o preço de mercado do bem, devendo ela corresponder ao valo indicado na apólice (APC 599443694)”.

“É abusiva cláusula que estabelece prazo exíguo de vigência determinada, possibilitando rescisão espontânea do contrato por parte da seguradora (APC 596230888)”.

“Rompimento do princípio da boa-fé objetiva por cláusula em contrato bancário estipulando taxas de juros superior a 12% ao ano, por abusivas, permitindo a revisão do contrato (APC 700013500743)”.

“Rompimento da boa-fé objetiva por cláusula que estabelece indexador em moeda estrangeira, sujeita a variação (verificada no caso – APC 70000078686)”.

“afronta o principio da boa-fé objetiva o corte de fornecimento de energia elétrica em plena época de lav oura, inviabilizando totalmente a atividade econômica do consumidor (APC 599018991)”.

“fere o principio da boa-fé objetiva a conduta de instituição financeira que se limita a receber as parcelas do financiamento ao longo de quinze anos sem qualquer questionamento, apenas no momento final da quitação alegando violação de cláusula contratual no memento da conclusão do contrato (APC 599015690)”.

“(adimplemento substancial) atentatório ao princípio da boa-fé objetiva almejar-se a reintegração de posse de bem alienado fiduciariamente quando o devedor adimpliu a quase totalidade do débito (vinte e uma de vinte e quatro prestações), faltando apenas três parcelas a serem solvidas (AGI 70000027623, entre outros, variando apenas o número de prestações adimplidas)”.

“(supressio) descaracterização no caso concreto por não gerar desvantagem proporcional ao devedor em relação ao benefício do credor (APC 70001376607)”.

“(proibição de veniere) contraria a boa-fé objetiva que a Adm. Pública, tendo concedido equivocadamente licença remunerada a servidor público, exija a devolução dos vencimentos pagos (APC 597200237)”.

“Dever de construir, em tempo hábil, obra industrial em terreno alienado a preço subsidiado (APC 596251181)”.

FUNÇÃO DE INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO OU CRIADORA DE DEVERES ANEXOS

Por fim, a boa-fé além de impor a realização da prestação principal exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos àquela. Assim, impõe -se as partes obrigações outras que não aquelas previstas no contrato: deveres de lealdade, de proteção e de esclarecimento ou informação.²⁸ Tal função da boa-fé objetiva, embora menos aparente no Código Civil, pode ser em conformidade com a melhor doutrina e à semelhança da interpretação atribuída ao parágrafo 242 do BGB, deduzida do já trans crito artigo 422 do diploma brasileiro. Traduzindo-se portanto, como fonte de deveres jurídicos, que são os deveres secundários, que irão garantir a consecução total do contrato, observando-se o seu fim econômico e sua função social. Estes deveres secundários não interessam diretamente ao cumprimento da obrigação principal, mas sim à satisfação dos interesses globais envolvidos no negócio jurídico.

Para Gustavo Tepedino, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: a função interp retativa dos contratos e a função criadora de deveres anexos. Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo da cláusula geral da boa -fé, se impõe ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato.²⁹

²⁸ Tal tripartição é adotada, para fins didáticos, por MENEZES CORDEIRO, ob. Cit., P P. 605 e seguintes. Ressalte-se entretanto, que tais deveres não tem conteúdo fechado. De fato, qualquer tipificação dos deveres anexos é inviável, porque derivam da relação obrigacional concreta, e inconveniente, porque limitaria uma cláusula que se prete nde geral.

²⁹ As conseqüências são diferenciadas em um e outro caso. Quando um contratante exerce uma conduta não autorizada por qualquer norma jurídica, desta conduta resultando violação a

Sobreleva ressaltar que estes deveres anexos, todavia, não incidem de forma ilimitada. Seria absurdo supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, um dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos de sua atividade econômica ou de sua vida privada. Assim, se é certo que o vendedor de um automóvel tem o dever – imposto pela boa-fé objetiva – de informar o comprador acerca dos defeitos do veículo, não tem, por certo, o dever de prestar ao comprador esclarecimentos sobre sua preferência partidária, sua vida familiar ou seus hábitos cotidianos. Um dever de informação assim concebido mostrar -se-ia não apenas exagerado, mas também irreal, porque seu cumprimento seria, na prática, impossível tendo em vista a amplitude do campo de informações. Faz -se, necessário, portanto, identificar o critério que determina os limites do dever de informação e dos demais deveres anexos, sob pena de inviabilizar a própria aplicação da cláusula geral de boa-fé.

Efetivamente, os deveres de conduta acessórios, derivados da boa-fé objetiva só podem ser identificados considerando -se concretamente a espécie da relação jurídica de que se trata, em cuja dinâmica normativa ela será inserida, mantendo a sua própria autonomia, mas vencendo o seu isolamento original, de modo a adquirir efetividade jurídica. De fato, a objetivação da boa-fé na execução do contrato consiste na individualização de uma estreita relação entre a própria boa-fé e a estrutura contratual na qual é posta, de modo que as obrigações que dela derivem, e nas quais ela se concretiza, assumam a qualidade de verdadeiras obrigações contratuais, específicas e precisas, e, portanto a ponto de contribuírem à determinação do conteúdo do contrato e do seu funcionamento.

Não se trata de mera consideração das características especiais do caso, mas, sobretudo da apreciação e valoração de todas elas, que não de

um dever anexo imposto pela boa-fé, ocorre tecnicamente ato ilícito. Quando um contratante exerce uma conduta autorizada pela lei ou pelo contrato mas, com este exercício, viola deveres anexos impostos pela boa-fé, ocorre ato abusivo. As figuras, apesar da redação do artigo 187, não se confundem.

repercutir necessariamente na conseqüência jurídica a ser determinada pelo julgador. Por certo, deve-se abandonar a concepção de uma relação obrigacional simples, somente vendo no vínculo entre credor e devedor a correspectividade das obrigações principais, mas considerá-la em sua complexidade e totalidade, envolvendo direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades, digam ou não respeito a prestações exigíveis de uma e outra parte.

A análise do caso concreto não recai, portanto, apenas nas cláusulas contratuais e nas obrigações ali exigidas, mas sim nas circunstâncias objetivas dentro das quais passa o contrato a se desenvolver, sabido que o acordo de vontades original ganha vida, razão pela qual, a extensão do conteúdo da relação obrigacional vem a se medir “pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até ao controle das partes”.³⁰ Desta forma, equivocado estaria invocar a boa-fé objetiva apenas para corroborar a obrigatoriedade de obrigações já estipuladas, visto que a sua concreção esta num momento patológico do contrato, e não fisiológico,³¹ caso em que seu efeito não seria normativo, mas sim meramente retórico.

A apreciação das concretas circunstâncias do caso é elemento deveras importante (mas não único) na aplicação da boa-fé como cânone hermenêutico integrativo. Isto porque a interpretação que vai condicionar a eficácia das cláusulas contratuais ambíguas ou a integração das lacunas e antinomias que o contrato possa porventura comportar serão determinadas “no limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com

³⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro e Portugues. In: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Portugues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. P. 54.

³¹ UDA, Buena Fede Oggetva..., p. 374. O autor explica que a violação da boa-fé ocorre quando o dever não esta previsto, estando o contrato desguarnecido, por isso mesmo num momento patológico. Não obstante, vale ressaltar que os deveres oriundos da boa-fé podem já estar previstos no contrato, vindo ela apenas a reforçá-los, como há de reforçar, afinal, a obrigação de honrar a palavra dada, que é o primeiro dever dela decorrente. De todo o modo, qualquer concreção que venha a prender a boa-fé às cláusulas contratualmente expressas será deficiente, pois estará limitando o seu âmbito.

a aplicação dos princípios admitidos pelo ordenamento”³², observadas também as expectativas legitimamente causadas pelo comportamento prévio das partes contratantes.

Fator decisivo, portanto, a consideração das circunstâncias objetivas do caso concreto, mas não único. A concreção da boa-fé objetiva se processa pelo menos em três planos interdependentes, entre os quais, além daquele, se acrescentam a dogmática específica dos institutos contratuais e a normatividade dos princípios gerais do ordenamento, sobre tudo os de índole constitucional.

Com efeito, se, por um lado, deve o aplicador efetivar a boa-fé no caso concreto, deve, por outro, articulá-la com as demais regras previstas no regulamento regulamentadoras dos diversos institutos de Direito das Obrigações. É de se compreender tal necessidade, já que o conteúdo do mandamento ético de agir segundo a boa-fé só pode ser densificado quando em coordenação com outros argumentos, sejam práticos (caso concreto) sejam dogmáticos, entre os quais, por exemplo, as regras de responsabilidade civil, do adimplemento, da extinção das obrigações. Enfatize-se este aspecto, pois dele depende-se a natureza estrutural³³ do princípio da boa-fé objetiva, cuja concreção se dá na interação entre as demais normas do ordenamento e, mais do que isso, entre caso e sistema, fato e norma, o que evidencia, aliás, uma conjugação entre o pensamento sistemático e o pensamento tópico.³⁴

³² AGUIAR, A Boa-fé na Relação, p. 25.

³³ Entenda-se aqui o termo “estrutura” no sentido proposto por REALE, para quem ela designa “um conjunto de elementos que entre si correlacionam e se implicam de modo a representar dado campo unitário de significações” (Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994. P. 5). Segundo o autor, “a noção de estrutura explica que a concreção deve ser “entendida em tempos de correlação dos elementos na unidade funcional da estrutura” (Para uma teoria dos modelos jurídicos, in Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978. P. 21). Encarada a boa-fé objetiva sob tal dimensão estrutural, é possível se compreender que o seu conteúdo só pode se determinar mediante a articulação entre as demais regras do sistema a cuja dogmática ela será aderida.

³⁴ MARTINS-COSTA, A Boa-fé no Direito Privado, p. 377.

Essa mesma condição demanda a articulação da boa-fé objetiva com os demais princípios do ordenamento jurídico. Isto porque, conforme as lições de Dworkin e Alexy, que se completam em diversos pontos, os princípios jurídicos possuem uma dimensão de peso (consequência do conteúdo axiológico), de modo que o aplicador deve ponderar e harmonizar os que forem relevantes para o julgamento do caso concreto. Assim também a boa-fé objetiva é um verdadeiro modelo de concreção, “aplicável em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas.”³⁵ Normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como norma de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.”³⁶

Convém ressaltar que não só os princípios devem ser ponderados, mas também as *policies*, expressão utilizada por DWORKIN³⁷ para designar as normas que estabelecem objetivos coletivos – políticos, econômicos ou sociais – a serem alçados em todo ordenamento jurídico, como os incisos do art. 170 e inc. I do art. 3º da Constituição Federal, que consubstanciam verdadeiras diretrizes de solidariedade e justiça social.³⁸ Assim, quando os princípios e *policies* relevantes para o caso concreto entram em tensão, a boa-fé objetiva é chamada a presidir à harmonização entre eles, devendo a sua concreção apontar para a alternativa que melhor se compatibilize com a função sócio-econômica do contrato e com a exigência de salvaguarda do interesse das partes contratantes contra sacrifícios injustificados.³⁹

³⁵ ALEXY, Sistema Jurídico..., p. 12.

³⁶ ÁVILA, A distinção entre princípios..., p. 158.

³⁷ Explica DWORKIN que os “argumentos de *policy* justificam uma decisão política ao mostrarem que a decisão realiza ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, ao passo que os “argumentos de princípios justificam uma decisão política ao mostrarem que a decisão respeita ou assegura algum direito individual ou coletivo” (*Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1991. P. 82, traduzido por JUDITH MARTINS COSTA, in *A Reconstrução do Direito Privado*).

³⁸ Sobre a concreção da diretriz da solidariedade social no plano obrigacional, intermediada pela boa-fé objetiva, ver o ensaio de JUDITHI MARTINS-COSTA: Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e garantias constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611 e ss.

³⁹ UDA, Buena Fede Oggetiva..., p. 370

É o que se verifica no domínio específico das relações de consumo, no qual a boa-fé objetiva serve de base interpretativa para a harmonização da proteção do consumidor no inc. V do art. 170 da Constituição Federal com o princípio da liberdade contratual e com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico. Há uma nítida tensão entre os princípios, que deverão ser harmonizados mediante um processo de ponderação. Nessa ambiência, a concreção da boa-fé objetiva se perfaz necessariamente pelo detalhamento de todas as circunstâncias normativas e fáticas, determinando-se ao final seja os comportamentos exigidos ou vedados, seja os efeitos contratuais condicionados.

Na condição da boa-fé como cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico, merece destaque uma peculiar função a ela atribuída, segundo a qual “os deveres de cooperação derivados da conduta segundo a boa-fé densificam e especificam a diretriz constitucional da solidariedade social, seja na relação contratual, seja na relação obrigacional lato sensu considerada, inclusive a resultante de atos ilícitos.”⁴⁰ Nesse sentido, atua a boa-fé como ponte entre a diretriz da solidariedade social e a disciplina obrigacional, concretizando-se em deveres de conduta conformes aos fins nela previstos. Veja-se que aqui ela está transformando em categoria jurídica uma categoria não mais puramente ética, mas mesclada de injunções de cunho econômico social.

Daí a importância fundamental da correção, como processo específico de aplicação dos princípios jurídicos, em especial a boa-fé objetiva, dotada que é de particular efeito juridicizante. Isto porque, agindo no âmbito de uma relação da qual o contrato é o título jurídico, não foge a estrutura contratual correspondente, permanecendo ligada a todos os fatores que contribuem a determinação e ao funcionamento da espécie contratual, de modo que os comportamentos necessários a salvaguardar o desenvolvimento

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretriz e garantias constitucionais no Direito Privado, p. 633.

econômico da relação contratual se qualifiquem como obrigações contratuais. Para que esta normatização ocorra, a concreção deve ser perfeita, não deixando dúvidas acerca dos efeitos concretos a serem implementados no caso in exame, sob pena de a invocação do princípio da boa-fé objetiva revestir-se de força meramente retórica e pleonástica, mas não justificativa.

Não basta, portanto, a sua mera referência, enquanto postulado ético, para justificar uma decisão; para que ela tenha eficácia verdadeiramente jurídica, é fundamental a sua concreção, segundo as possibilidades normativas e fáticas relevantes para o caso concreto. O julgador deve aplicá-la de acordo com as circunstâncias e necessidades do caso examinado, articuladamente com as demais normas (regras, princípios e políticas) do ordenamento jurídico. Trata-se de um processo multidirecional, em que contextualização e concretude se intercalam e atuam como contraponto uma a outra, num verdadeiro esforço de construção do conteúdo concreto da boa-fé. Pela abundância e variedade dos argumentos que transitam ao seu redor, é de exigência máxima o detalhamento de todas as circunstâncias normativas e fáticas relevantes: quanto maior a cadeia de fundamentação, maior a racionalidade e a estabilidade da argumentação, e maior a força justificativa da boa-fé objetiva.

Ao final, restará ao julgador identificar as circunstâncias do caso examinado tanto os deveres e limites impostos pela boa-fé quanto às interpretações por ela condicionadas, com o máximo de determinação. Estas regras serão suficientemente determinadas para surtirem efeitos jurídicos, e suficientemente fundamentadas para adquirirem força justificativa. Afinal, “demonstrar que uma interpretação se situa no âmbito de um fim cuja realização é determinada por um princípio, é também revelar que é regra valiosa.”⁴¹ Concretude, contextualização, ponderação, determinação, detalhamento, eis os elementos em destaque na concreção da boa-fé objetiva, e não só dela, mas também, via de regra na de todos os outros princípios, guardadas, é claro, as peculiaridades de cada qual.

⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 177

A seguir algumas ementas de situações concretas em que a boa-fé objetiva foi empregada de forma coerente:

“Boa-fé. Contrato. O princípio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles encontra-se a obrigação de vendedora de pequena loja de vestuário, que auxilia o comprador nos primeiros dias de nova administração e assina pedidos de novas mercadorias, não poder depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isso tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.” TJRGS, 5ª Câmara Cível, APC 589073956, j. em 19.12.89. Unânime.

“Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. O comprador que pagou todas as prestações do contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução. Ação de rescisão julgada improcedente e procedente a consignatória. Apelo provido em parte, apenas relativamente aos honorários.” TJRGS, 5ª Câmara Cível, APC 5888012666, j. em 12.04.88. Unânime.

“Emprego do princípio do como cânone de interpretação das cláusulas de contrato de adesão, impondo, no caso, às partes a repartição do prejuízo decorrentes de modificação substancial das condições de mercado (STJ – RESP 256456/SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)”.

“Emprego do princípio do como cânone de interpretação das cláusulas de contrato de estágio em programa multidisciplinar de saúde pública que vincula a remuneração dos estagiários a dos residentes médicos, devendo mantê-la mesmo com o advento da lei federal, que alterava o cálculo do pagamento devido a estes (STF-RMS 1964-8/RS – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros)”.

“Emprego do princípio do como cânone de interpretação de contratos de seguros distintos, financiados e segurados por agentes financeiros diferentes, devendo ser tratados individualmente no que toca ao ressarcimento pela morte do mutuário (STJ – RESP 3714/RS e 5932/RS – Rel. Min. Waldemar Zweiter)”

CONCLUSÃO

Em nenhum momento referido o código explica o conceito de boa-fé, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário, quando invocado, a sua aplicação. Em outras palavras, o juiz, após a análise do caso concreto pode ou não aplicar a sanção à parte que causou o dano se perceber que a mesma não agiu de acordo com a boa-fé objetiva, demonstrando que o sistema jurídico deve ser aberto para que referida norma geral possa ser aplicada de maneira eficiente.

Espera-se, portanto, que com a presença da boa-fé objetiva em nosso ordenamento jurídico as pessoas envolvidas em uma relação obrigacional passem a observar, também, o nascimento de vários deveres laterais e que os cumpram, tendo, dessa forma, mais cuidado ao tratar com a sua contraparte, trazendo de volta uma sociedade mais justa e equilibrada.

Como se viu, a boa-fé objetiva desenvolveu-se na prática jurisprudencial brasileira como um instituto vinculado aos fins protetivos que não são os interesses ao seu conceito dogmático, mas que antes lhes eram transmitidos pelo Código de Defesa do Consumidor, diploma responsável pelo seu ingresso em nosso ordenamento positivo. A boa-fé objetiva aparece assim em inúmeras decisões como uma referência genética e abstrata a valores éticos, exercendo cumulativa ou substitutivamente funções de outros institutos já consagrados na legislação consumerista.

O advento do Código Civil de 2002 impõe, todavia, o fim da confusão conceitual. Ao consagrar o princípio da boa-fé objetiva e consolidar sua aplicabilidade a relações paritárias, exigindo que os tribunais brasileiros o utilizem na busca de soluções concretas, que não se justificam mais pela proteção final ao consumidor ou à parte mais vulnerável, simplesmente porque estas relações não são, a princípio, caracterizadas por qualquer vulnerabilidade. Faz-se necessário, portanto, trabalhar efetivamente sobre o conteúdo da cláusula geral boa-fé objetiva, precisando suas funções e seus

limites, e separando do núcleo do instituto o caráter protetivo que foi emprestado pelo Código de Defesa do Consumidor. Entender o contrário é insistir em uma invocação abstrata e ineficaz da boa-fé objetiva, ou, pior, aplicar as relações paritárias, e até mesmo a relações mercantis e societárias que o atual Código Civil veio contemplar, um conceito de boa-fé objetiva transfigurado por uma proteção que não se justifica fora das relações de consumo e das demais relações mais marcadas pela vulnerabilidade.

Realmente, o Código Civil Brasileiro pode ser definido como o “Código dos Juízes”, considerando a extrema importância da missão que deverá ser desenvolvida pela magistratura nacional, no transpasse da anacrônica e inerte postura de aplicadora do direito, para a dinâmica e desafiadora atitude de construtora da norma para reger uma determinada relação vivencial.

Por fim, a cláusula geral da boa-fé objetiva requererá trabalho conjunto da doutrina e da jurisprudência. A esta, caberá pronta resolução dos casos concretos levados ao judiciário. Paralelamente, então, caberá àquela sistematizar o pensamento em torno da matéria, elaborando critérios objetivos a serem respeitados. Satisfaz-se, assim, a um só tempo dois anseios do direito brasileiro. De um lado, a segurança do jurisdicionado. De outro, a abertura do sistema, o qual, através de normas de textura aberta, induz os operadores a preencher seus alvéolos, delimitando o alcance delas em razão do momento histórico e das modificações da sociedade, sem perder de vista as peculiaridades de cada caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

PEZZELA, Maria Cristina Cereser in A Boa -fé no Direito E o princípio da Boa -fé Objetiva no Direito Privado Alemão e Brasileiro, pag. 1.

NELSON NERY JÚNIOR, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 500.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, p. 470.

Dicionário eletrônico Michaelis.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. Revista CEJ, Brasília, n. 9, p. 40-44, set./dez. 1999. pó. 42.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa -fé no direito civil. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

AGUIAR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na relação de consumo. Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, 1994, p. 27.

AADRIANA M T. de Mello in A Função social do Contrato e o Princípio da Boa -fé no Novo Código Civil Brasileiro, Revista Síntese, pág. 154.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O Princípio da Boa-fé no Direito Civil Brasileiro e Português. In: Estudos de Direito Civil Brasileiro e português. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980. p. 54.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A boa-fé no contrato de emprego. São Paulo: LTR, 1996

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na relação de consumo. In Revista de Direito do Consumidor, vol. 14:20-27, São Paulo: RT, abr/jun-1995.

AMARAL JUNIOR, Adalberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. In Revista de Direito do Consumidor, 6:27-22, São Paulo: RT.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. In Revista de Direito do Consumidor, 3:78-87, São Paulo: RT, dez/92.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito dos contratos e dos atos unilaterais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DIAS, Lourenço. A boa-fé no seguro de vida em grupo. In Revista de Direito Civil, 5:61-64, São Paulo: RT.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa-fé nas negociações preliminares. In Revista de Direito Civil, 16:48-52, São Paulo: RT.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991.

MACEDO, Silvio de. Curso de Axiologia Jurídica: Os valores jurídicos em novas perspectivas. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 2ª ed., ver., atual. E ampl., São Paulo: RT, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. In Revista de Direito do Consumidor, 4:140-191, São Paulo: RT.

_____. In Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil. Escrito em autoria com Gerson Branco. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. O Direito Privado como um Sistema de construção. Revista da faculdade de direito da UFRGS, vol. 15. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 148.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do consumidor. In Revista de Direito do Consumidor, 3:44-77, São Paulo: RT, dez/92.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREWIRA, Caio Mário Silva. Lesão nos contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Idéia de Boa Fé. In Forense, Vol. LXXII, 412:25-33. Rio de Janeiro: Forense, out/37.

SENADO FEDERAL. Subsecretaria de Edições Técnicas. Código Civil: anteprojetos. Vol. 1: Anteprojeto do Código das Obrigações (1941). Comossão:

SENADO FEDERAL. Subsecretaria de Edições Técnicas. Código Civil: anteprojetos. Vol. 3: Anteprojeto do Código das Obrigações: Caio Mário da

Silva Pereira, Sylvio Marcondes, Theophilo de Azevedo, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas, 1989.

SENADO FEDERAL. Subsecretaria de Edições Técnicas. Código Civil: anteprojetos. Vol. 4: Projetos do Governo Castelo Branco: Projetos do Código Civil (PL nº3.263/65); Projeto de Código de Obrigações (PL nº 3.264/65), Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas, 1989.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula da boa-fé nos contratos de consumo. In Revista de Direito do Consumidor, 17: 146-161, São Paulo: RT, jan/mar-1996.

SILVA, Clovis do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In estudos de direito civil brasileiro e português. Primeira jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, Porto Alegre, 1980, São Paulo: RT, 1980.

SILVEIRA, Alípio. A boa-fé no Código Civil. Doutrina e Jurisprudência. 1º volume, São Paulo: s. ed., 1972.

_____. A boa-fé no Código Civil. Doutrina e Jurisprudência. 2º volume, São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1973.

VARELA, Antunes. Das obrigações em geral. Vol. I, 7ª ed., ver. E actualizada, Coimbra: Almeida, 1991.

DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Curso de direito civil brasileiro. 3º volume. Teoria das obrigações e contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. V. 5. Direito da obrigações – 2ª parte. São Paulo, 2000.

TEPEDINO, Gustavo (coord.) Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar: 1999.

_____ Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar: 2000.

SANTOS, Antonio Jeová. Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos. São Paulo: Método, 2002.

NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé, Ed. Renovar, Biblioteca de Teses.

PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade Civil Pré-contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.