

ANGELO JUNQUEIRA GUERSONI

BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

**Dissertação apresentada à banca  
examinadora da Universidade Federal do  
Paraná, como exigência parcial para a  
obtenção do título de Mestre em Direito  
em Mestrado Interinstitucional com a  
Faculdade de Direito do Sul de Minas.**

**Orientador: Professor Doutor Elimar  
Szaniawski**

**CURITIBA**

**2006**

Ao Pedro e Renata, filho e esposa, meu amor  
incondicional e minha força geradora de  
crescimento humano, intelectual e profissional.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor Elimar Szaniawski, que com tanta sensibilidade e disponibilidade, me orientou

À Direção da Faculdade de Direito do Sul de Minas – Pouso Alegre – pela oportunidade e confiança em mim depositada.

Ao meu avô Ângelo Guersoni , meu paradigma de vida.

À minha mãe Nilce de Paula Junqueira e meu pai Adelmo Ramos Guersoni por sempre acreditarem no alcance de minhas conquistas.

Aos professores da Universidade Federal do Paraná- Minter – Pouso Alegre-MG, por me transformar em um pensador mais humano, mais preocupado com a dignidade do próximo e no desenvolvimento de uma sociedade mais justa e solidária.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
ABSTRACT.....	vii
<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2 CONTRATO E MUDANÇA SOCIAL.....</b>	<b>5</b>
2.1 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO CONTRATO.....	11
<b>3 ORIGENS DA BOA-FÉ.....</b>	<b>20</b>
3.1 BOA-FÉ NO DIREITO ROMANO.....	21
3.2 BOA-FÉ NO DIREITO CANÔNICO.....	24
3.3 BOA-FÉ NO DIREITO GERMÂNICO.....	26
3.4 BOA-FÉ NO DIREITO ALEMÃO.....	27
<b>4 BOA-FÉ NO DIREITO COMPARADO.....</b>	<b>31</b>
4.1 DIREITO ALEMÃO.....	31
4.2 DIREITO ESPANHOL.....	33
4.3 DIREITO ITALIANO.....	33
4.4 DIREITO PORTUGUÊS.....	37
4.5 DIREITO SUÍÇO.....	38
4.6 DIREITO INGLÊS.....	38
4.7 DIREITO FRANCÊS.....	39
4.8 DIREITO URUGUAIO.....	40
4.9 DIREITO ARGENTINO.....	40
4.10 DIREITO CHILENO.....	41
4.11 DIREITO AMERICANO.....	42
<b>5 BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>43</b>
5.1 EVOLUÇÃO DA BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO.....	43
5.2 BOA-FÉ NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	52
5.3 BOA-FÉ NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	58
5.4 BOA-FÉ NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	61

<b>6 BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....</b>	<b>69</b>
6.1 NATUREZA JURÍDICA DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	69
6.1.1 Princípios.....	69
6.1.2 Cláusulas Abertas de Interpretação.....	72
6.1.3 Conclusão da Natureza Jurídica da Boa-Fé Objetiva.....	74
6.2 DIFERENÇA ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E BOA-FÉ SUBJETIVA.....	79
<b>7 BOA-FÉ OBJETIVA E A CRIAÇÃO DE DEVERES ACESSÓRIOS.....</b>	<b>84</b>
<b>8 BOA-FÉ OBJETIVA E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL, CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL.....</b>	<b>90</b>
8.1 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL.....	90
8.1.1 Análise do Projeto 6.960/02.....	92
8.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.....	95
8.3 RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL.....	96
<b>9 BOA-FÉ OBJETIVA E ABUSO DE DIREITO.....</b>	<b>99</b>
9.1 ORIGEM DO ABUSO DE DIREITO.....	99
9.2 CONCEITO DE ABUSO DE DIREITO.....	100
9.3 TIPOS DE ATOS QUE CONFIGURAM ABUSO DE DIREITO.....	102
9.3.1 <i>Venire Contra Factum Proprium</i> .....	102
9.3.2 <i>A Supressio e a Surretio</i> .....	105
9.3.3 <i>Regra Tu Quoque</i> .....	107
9.3.4 Desproporção entre Vantagem e Prejuízo no Exercício dos Direitos.....	107
<b>10 SEGURANÇA JURÍDICA NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DIANTE DA BOA-FÉ OBJETIVA.....</b>	<b>108</b>
10.1 SEGURANÇA JURÍDICA NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS COM FUNDAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	108
10.2 SEGURANÇA JURÍDICA NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS COM FUNDAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002, DIANTE DA CLÁUSULA ABERTA DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	111

<b>11 BOA-FÉ OBJETIVA E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>116</b>
<b>12 CONCLUSÃO.....</b>	<b>121</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>124</b>

## RESUMO

A presente obra trata do tema Boa-fé objetiva no Direito Contratual do Código Civil brasileiro, abordando os princípios informadores, sua evolução histórica e legislativa em nosso ordenamento jurídico bem como no direito comparado. Será dada ênfase a natureza jurídica do instituto da boa-fé objetiva para delimitação e determinação no campo interpretativo, principalmente no que tange à sua aplicação, imputação de responsabilidades e a repressão do abuso de direito, pelo juiz.

Procurou-se desenvolver o tema sempre levando-se em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana para demonstrar uma maior segurança jurídica na interpretação dos contratos diante da boa-fé objetiva sempre com a preocupação do desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária de forma a manter a igualdade das partes contratantes.

Palavras-chave: Boa-fé : histórico, origem, evolução, subjetiva e objetiva, natureza jurídica da boa-fé objetiva. Boa-fé objetiva: Deveres Acessórios, Responsabilidades e Abuso de Direito. Interpretação da Boa-fé objetiva, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana.

## **ABSTRACT**

The present study deals with the matter of objective good-faith in Contractual Law in the Brazilian Civil Code, approaching the informative principles, its historical and legislative evolution in our legal system, as well as in comparative law. It will be emphasized the legal nature of the institute of objective good-faith on delimitation and determination in the interpretative field, specially regarding its application, imputation of responsibilities and the repression of legal abuse by the judge.

The objective was to explore the subject always considering human dignity as a mean to demonstrate legal confidence in contract interpretation in sight of objective good-faith, always aiming for the development of a free society, a just and solidary way to maintain balance between counterparts.

Key-words: Good-faith: description, origin, evolution, subjective and objective, legal nature of the objective good-faith. objective Good-faith: Accessory duties, Responsibilities and Abuse of processs. Interpretation of the objective Good-faith, legal security and dignity of the person human being.



## 1 INTRODUÇÃO

Para MIGUEL REALE, o contrato nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. O contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato será executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida.

Os indivíduos, em grande parte de suas condutas, são regidos por relações contratuais, seja por expressa manifestação de vontade, seja por atos omissivos de adequação a acordos pré-estabelecidos em uma sociedade de massa.

O contrato é uma das maiores expressões do poder de autodeterminação do ser humano livre, consciente e capaz, como exteriorização do princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando a solidariedade, a igualdade, a honestidade e a confiança entre as partes.

Em razão disto foi feita a opção pelo presente tema que tem a finalidade de demonstrar a nova tendência de interpretação e repressão aos abusos contratuais, baseado no instituto da boa-fé objetiva, esclarecendo a influência humanista demonstrada pelo diploma civil brasileiro de 2002, com seus princípios norteadores da sociabilidade, eticidade e economicidade, em atenção ao Estado Social, sem, contudo, eliminar os princípios liberais (do Estado Liberal, predominante no Código Civil de 1916), a saber, autonomia de vontade, o princípio da *pacta sunt servanda*, e o princípio da relatividade subjetiva.

A boa-fé objetiva, aqui estudada, norteará os negócios jurídicos e representará um superamento normativo e como tal, imperativo, daquilo que no plano psicológico se põe como intenção legal e sincera, buscando sempre a solidariedade e a perfeita harmonia entre as relações privadas.

Dessa forma, será feito um “passeio” pelas origens da boa-fé no direito romano, canônico e germânico para então passarmos a análise deste instituto em diversos ordenamentos jurídicos: alemão, francês, italiano, inglês, português, dentre outros que abordam o tema em suas facetas objetivas e subjetivas de interpretação, determinando a raiz e os fundamentos sociológicos e filosóficos em nossa legislação.

Será abordada a evolução histórica da boa-fé no nosso ordenamento jurídico, passando pelos projetos do Código Civil das Obrigações, pelo Código Civil brasileiro de 1916, pelo Código de Defesa do Consumidor até chegarmos à normatização atual do Código Civil de 2002.

A pesquisa especificará a natureza jurídica da boa-fé objetiva e os reclames de sua inaplicabilidade, gerando as responsabilidades contratuais, pós-contratual e pré-contratual, além de proteger as partes contra o abuso do direito. E dentro desta perspectiva, será analisada a segurança jurídica da boa-fé objetiva na interpretação dos contratos e sua aplicação pelo juiz diante de seu conceito metajurídico na manifestação de vontade das partes.

Por isto, uma visão geral da boa-fé será desenvolvida em nosso estudo para, em uma segunda fase, examinarmos a boa-fé objetiva e seus efeitos na manifestação de vontade, na interpretação e na segurança jurídica contratual.

A escolha do tema proposto - A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO - ocorreu em razão de três pontos: primeiramente como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos da relação contratual (dever de informar, de lealdade, cooperação, cortesia, etc...). Depois, para demonstrar a nova tendência de interpretação da manifestação de vontade das partes contratantes como razão finalística. E, por fim, para demonstrar a carga valorativa deste princípio geral para a aplicação do Poder Judiciário sem que este concorra com discricionariedade ou até mesmo intolerância ou tirania.

O presente tema é de grande relevância para o direito, principalmente à nova ordem social para a qual tende o espírito do Código Civil brasileiro 2002. É pretensão deste tema conciliar o confronto entre a autonomia da vontade, em sua obrigatoriedade plena, com os princípios informadores do Estado moderno, ou seja, com o individualismo, predominante no Código Civil de 1916, com o equilíbrio da sociedade, o lugar onde o contrato será executado, seus efeitos serão exauridos, tudo em uma razão de equilíbrio e medida.

Esta nova tendência do direito contemporâneo é que induziu à escolha do tema, ainda mais em relação à descoberta da carga valorativa e do alcance deste dispositivo na aplicação do caso concreto.

O que se pretende analisar é o caminho percorrido pelo contratante, falando de forma psicológica-normativa, ou seja, sua intenção, sempre em comunhão com a lei, tanto na proposta quanto no desenvolvimento contratual até sua conclusão, respeitando os princípios contratuais da livre manifestação de vontade e *pacta sunt servanda* e o

novo paradigma do direito contemporâneo, a boa fé objetiva. Almeja-se aplicar a interpretação da boa-fé objetiva conciliando os novos princípios contratuais com os princípios liberais do contrato.

Justifica-se também o tema proposto diante das novas tendências do direito contemporâneo, levantando o interesse de intérpretes de diversas áreas de atuação da dogmática jurídica, uma vez que será argüida questão de grande importância na consecução e manutenção do direito das partes, influenciando principalmente na intenção real da manifestação de vontade e seus efeitos no mundo, ou seja, seu efetivo resultado naturalístico.

Por fim não há maior interesse no mundo jurídico do que a determinação da eficácia e o alcance valorativo da manifestação de vontade das partes, levando em consideração a situação atual dos partícipes, o fim social do contrato e principalmente o controle da atuação jurisdicional na interpretação e aplicação do instituto da boa-fé objetiva, sempre em busca de uma justiça contratual.

## 2 CONTRATO E MUDANÇA SOCIAL

A idéia de codificar o direito surgiu por obra do pensamento iluminista na segunda metade do século XVIII. Pensamento que se encarnou em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa. Segundo BOBBIO<sup>1</sup>, foi durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a idéia de codificar o direito adquire consistência política. Com efeito, a cultura racionalista da época partia da convicção de que podia existir um legislador universal, ou seja, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos lugares e da convicção da exigência de realizar um direito simples e unitário. A concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito como fruto do arbítrio da história. As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. De acordo com BOBBIO<sup>2</sup>, inspirando-se precisamente nas concepções de Rousseau e iluministas em geral, os juristas da Revolução Francesa se propuseram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas pelo desenvolvimento histórico e instaurar no seu lugar um direito fundado na natureza e adaptado às exigências universais humanas.

---

<sup>1</sup> BOBBIO, N. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. passim.

<sup>2</sup> Id.

Entrou em vigor na França, em 1804, o Código de Napoleão. Esse Código, que é considerado um marco do pensamento jurídico, teve uma influência fundamental na legislação e na cultura jurídica dos últimos dois séculos. Países como a Bélgica e a Itália seguiram formal e materialmente o modelo do Código de Napoleão na Codificação de suas legislações. O presente Código consagrava a igualdade formal, baseada na idéia abstrata de pessoa, individual, tendo como pilar a autonomia da vontade e a iniciativa privada, princípios informadores do direito contratual na época.

Por outro lado, a Revolução Industrial, iniciada na Segunda metade do século XVIII, na Inglaterra, consolidou um modo de produção que gerou uma concentração da propriedade (ou dos meios de produção) nas mãos de poucos, aprofundando as diferenças sociais que resultaram nos movimentos operários e na luta pelo socialismo.

A Revolução Russa de 1917 e o final da Primeira Guerra Mundial podem ser tomados como marcos históricos da ruptura com o modelo sócio-econômico desenvolvido nos 100 (cem) anos precedentes. O medo da Revolução Proletária, reivindicada por inúmeros movimentos operários, a doutrina social da Igreja, expressa na encíclica papal *rerum novarum*, fizeram com que os países do ocidente reformassem o modelo sócio-econômico até então vigente e sua igualdade formal. Nasce uma nova concepção de Estado, que resultaria no chamado "Estado Social" e este "Estado Social" influenciaria legislações do mundo inteiro e determinaria um novo modelo contratual ajustado às exigências sociais.

Na antiga visão do Estado Liberal, o contrato é instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade reina ampla e livremente. O contrato tem força de lei, mas esta força se manifesta apenas entre os contratantes sem

qualquer preocupação “ultra partes”, salvo as normas de ordem pública. O direito contratual que se tornou paradigma é o que se desenhou durante a hegemonia liberalista, corporificando nas codificações a concepção iluminista da autonomia da vontade.

Este quadro é retratado por ENZO ROPPO<sup>3</sup> como a ideologia novecentista da liberdade de contratar, corresponde, sem dúvida, a orientações e valores positivos de progresso afirmados na evolução das sociedades ocidentais, tornando-se, inclusive, sua promotora direta. Ainda neste sentido, ENZO ROPPO entende que o liberalismo, em se tratando dos contratos, de um lado desamarra o indivíduo das corporações, dos vínculos feudais, garantindo-lhe a abstrata possibilidade, igual para todos (sob o aspecto formal) de desenvolver sua livre iniciativa. De outro, configura, de fato, um instrumento funcionalizado para operar do modo de produção capitalista e neste sentido realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista.

Sucedem que este modelo de estrutura não tardou a revelar a desigualdade real que ele escondia. Foi diante disto que se passou a exigir do Estado um papel diverso no campo jurídico, retirando-se da sua posição de Estado-garantidor, que apenas protegia o direito, inclusive por meio de repressão, para uma posição de Estado-dirigista, com a finalidade de promover novos valores intervindo para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais.

---

<sup>3</sup> ROPPO, E. **O contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 36.

Interessante o detalhamento de CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY<sup>4</sup>, onde o Estado invade a autonomia da vontade por meio da lei para garantir uma igualdade que faça o papel de equilibrar a desigualdade inversa que a situação das partes intrinsecamente envolve.

Significa, de outra parte, dotar o juiz de meios e modos de alterar as disposições do contrato para corrigir situações de desigualdade, desde a contratação ou em momento posterior, mas sem trazer à tona uma certa insegurança jurídica nas relações contratuais.

O Estado de direito em que vivemos, como já mencionado, com as garantias constitucionais já alcançadas, não mais comportava a simples igualdade formal entre os indivíduos, requerendo intervenção do Estado para assegurar que interesses particulares não se sobreponham a interesses sociais, buscando sempre a concretização de uma igualdade dita material nas relações firmadas entre os cidadãos. Torna-se necessário, portanto, estabelecer um equilíbrio entre a liberdade individual e o bem estar coletivo.

O Código Civil de 2002 assinalou novos rumos ao direito privado como a eticidade, a socialidade e a economicidade.

Essas características predominam com muita força no campo do contrato, onde o Código destaca normas explícitas para consagrar a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico.

---

<sup>4</sup> GODOY, C. L. B. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Prof. Augusto Alvim). passim.



O contrato é fenômeno onipresente na vida de cada cidadão e nos dizeres de PAULO LUIZ NETO LOBO<sup>5</sup>, parafraseando-o: o contrato, não é uma categoria abstrata e universalizante, mostrando-se inalterável e peremptório, ainda mais diante das circunstâncias e vicissitudes históricas.

Em verdade, seus significados e conteúdo conceptual modificaram-se profundamente, sempre acompanhando as mudanças de valores da humanidade.

Com esta nova visão do contrato, muitos doutrinadores chegaram a proclamar seu fim, opinião que não foi seguida pelo insigne doutrinador CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA<sup>6</sup>, que professava a “publicização do contrato”, ou seja, havendo um maior regramento de ordem pública para assim atingir os interesses sociais e a necessidade particular.

As transformações que vêm sofrendo o direito das obrigações, mais precisamente no âmbito contratual, não importam em anulá-lo e por menos afastar a incidência dos princípios clássicos que regem essa indispensável categoria jurídica.

O Contrato, segundo a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, continua se originando da “declaração de vontade”, tendo “força obrigatória” e se formando, em princípio, “pelo só consentimento das partes”.

E, mais ainda, continua nascendo em regra “da vontade livre, segundo a autonomia da vontade”<sup>7</sup>, e também nos dizeres de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, o contrato têm três elementos fundamentais para sua estrutura: o

---

<sup>5</sup> LOBO, P. L. N. **Contrato e mudança social**. São Paulo: RT/722, dez. 1995. p. 41-45.

<sup>6</sup> PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. 10. ed. v. III. n. 186. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 13.

<sup>7</sup> Ibid., p. 9.

“princípio da autonomia da vontade”, “o princípio da ordem pública” e o “princípio da obrigatoriedade da convenção, limitado, tão somente, pela escusa do caso fortuito ou força maior.”<sup>8</sup>

Outrossim, é certo que essas autonomias e princípios fundamentais do contrato não têm hoje as mesmas proporções de outrora.

A autonomia da vontade sofre evidentes limitações, não só em face dos tipos contratuais impostos pela lei, como também pelas exigências de ordem pública, que cada vez mais são prestigiadas pelo direito contemporâneo.

Sem dizer da adequação deste instituto às exigências sociais, necessidades locais e manutenção da dignidade das partes contratantes que mantém o equilíbrio contratual entre elas e o estabelecimento de relações solidárias entre as pessoas.

Parafraseando CLÁUDIA LIMA MARQUES<sup>9</sup>, a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico para a qual não só o momento da manifestação de vontade importa, mas onde também, e principalmente, a repercussão dos efeitos do contrato na sociedade será levada em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.

Neste mesmo sentido, para SÍLVIO RODRIGUES<sup>10</sup>, o princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações órbitas do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins

---

<sup>8</sup> MONTEIRO, W. de B. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 2. parte. 28. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1995. passim.

<sup>9</sup> MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 101.

<sup>10</sup> RODRIGUES, S. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 15.

coincidam com o interesse social. Por fim, ao lado dos clássicos princípios contratuais, como determinado por Washington de Barros, Caio Mário, Orlando Gomes e outros doutrinadores, há outros decorrentes das premissas que assentam o Estado Liberal, e principalmente, como dito anteriormente, da dignidade da pessoa humana e do solidarismo na relação entre as partes, o que veremos de forma resumida, uma vez que o propósito deste trabalho importa especificamente no exame da boa-fé objetiva.

## 2.1 DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO CONTRATO

Para ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO<sup>11</sup>, seguido por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>12</sup>, estamos em época de mudança, onde os três princípios clássicos que gravitam em volta da autonomia da vontade irão se somar a três outros princípios decorrentes da ordem pública, a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> AZEVEDO, A. J. de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado**. São Paulo: RT/775, maio 2000. p. 11-17.

<sup>12</sup> TEODORO JÚNIOR, H. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. passim.

<sup>13</sup> AZEVEDO, op cit., p. 11-17.

Para o ilustre doutrinador, os princípios clássicos da autonomia da vontade<sup>14</sup>, do princípio da ordem pública e do princípio da obrigatoriedade da convenção<sup>15</sup> coexistem com os novos princípios.

---

<sup>14</sup> O poder às partes reconhecido de reger suas relações jurídicas, voltadas à satisfação de seus interesses. É bem de ver que, em rigor, essa noção de autonomia da vontade convinha ao paradigma liberal, em cujo campo ganhou relevo. Em momento de firme separação da esfera pública e da esfera privada, em que se refutava a ingerência estatal própria do absolutismo e da estrutura feudal, que então encontravam seu ocaso, fortaleceram-se as iniciativas de garantia das liberdades, dos denominados direitos de primeira geração.

<sup>15</sup> Conforme ensinamento de Orlando Gomes: "...o princípio da força obrigatória, consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes(...).Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades." "...Justifica-se, ademais, como decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar."(GOMES, O.**Contratos**.9. ed.Rio de Janeiro:Forense, 1983.p. 38-39.).Rizzard na mesma linha de pensamento, nos orienta:"O princípio da obrigatoriedade dos contratos se limita pelo princípio da relatividade, de maneira que a força de lei que a convenção adquire somente se manifesta entre os próprios interessados e seus sucessores."(RIZZARD, A.**Contratos**. v.1, n. 85.Rio de Janeiro:Aide, 1988.p. 36.). Sílvio Rodrigues, reafirmando a força dos contratos, assim assevera:"Constituindo em contrato de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual a preceito legislativo, torna-se obrigatório entre as partes, que dela não podem desligar senão por outra avença em tal sentido."(RODRIGUES, S.**Dos contratos**.v. III.São Paulo: Saraiva, 1972. p. 18.).Sílvio Venosa posiciona-se de forma categórica dizendo:"Não tivesse o contrato força obrigatória, estaria estabelecido o caos."(VENOSA, S.**Teoria geral dos contratos**.3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.p. 26.). Jefferson Daibert (DAIBERT, J.**Dos Contratos**.4. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1995.p 6.), em magistral transcrição do Giorgi (GIORGI, J.**Teoria de las obligaciones en el derecho moderno**.v.3.n. 16. Madrid: Espanha, 1901.p 28-30), que dizia que o homem deve manter-se fiel à sua postura, concluiu: "Ninguém é obrigado a tratar, mas se o fez, é obrigado a cumprir".Caio Mário (PEREIRA, p. 5-6): o contrato obriga os contratantes.Lícito não lhes é permitido arrepender, lícito não é revogá-lo senão por consentimento mútuo, lícito não é ao juiz altera-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes.O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade de escolher os termos da avença, o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes.Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que cada um dos participantes, que não tem liberdade de se forrarem às suas conseqüências, a não ser com a cooperação

Todavia, terão que ser balizados para que haja uma existência harmônica, ou seja, deverá ter uma relativização e uma mitigação para que possam atender as novas exigências sociais e também para que possam manter uma existência harmônica com os novos princípios.

Estes novos princípios, no entendimento de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, dentre outros doutrinadores, são: boa-fé objetiva, o princípio do equilíbrio econômico do contrato e o princípio da função social do contrato.

A boa-fé objetiva, também denominada de boa-fé lealdade, apresenta-se como definidora de regras de conduta. 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 e confiança. Tutela-se, portanto, aqueles que numa relação jurídica acreditam que a outra parte procederá conforme os padrões de conduta social exigíveis. Veremos posteriormente, de forma mais pormenorizada, que a boa-fé objetiva atua e obriga as partes na fase pré-contratual, antes mesmo do aperfeiçoamento do contrato; perdura no momento da definição do ajuste contratual, assim como no seu cumprimento; e subsiste, até mesmo, depois de exaurido o vínculo contratual.

O princípio do equilíbrio econômico do contrato, por este princípio, tenta manter a equidade entre as parte contratantes, ou seja, numa reformulação do pensamento de

---

anuente do outro. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos.

RUI BARBOSA, manter iguais como iguais e desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades. Ocorre que esta eqüidade expressa no contrato será, na esfera patrimonial, onde o sinalagma do contrato leva a ordem jurídica a proteger o contratante contra a lesão e a onerosidade excessiva. Diante deste princípio é que se admite a revisão do contrato ou sua anulação para adequá-lo a uma situação de equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação.

Já o princípio da função social do contrato procura a integração do contrato entre as partes e a coletividade. Na lição de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO<sup>16</sup>, é uma nova ordem social que visa impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem pessoas determinadas. Este princípio transformará a posição clássica da individualidade do contrato em benefício social, onde os efeitos e seus reflexos na sociedade deverão atender às exigências e necessidades dos indivíduos de uma forma geral.

Enfim, diante do reconhecimento da moderna função social atribuída ao contrato, com os novos princípios acima mencionados, a autonomia da vontade não desaparecerá e continua sendo a base de sustentação do instituto jurídico. Nos dizeres de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a autonomia da vontade será limitada, isto é, o poder individual que dela deflui, pela agregação das idéias de justiça e solidariedade social. Parafraseando FRANCISCO AMARAL, o exercício da autonomia da vontade, nos nossos tempos, deve se orientar não só pelo interesse individual, mas também pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade.

---

<sup>16</sup> AZEVEDO, p. 11-17.

Os princípios contratuais novos, apontados pelos doutrinadores, são interessantes porque mantêm os princípios consagrados no individualismo, ensejando segurança jurídica, de certo modo, confiante, determinante e vinculada na vontade das partes, mas relativiza-os para se adaptarem às necessidades sociais a fim de alcançar a dignidade da pessoa humana e uma maior solidariedade entre as partes.

ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de certa forma, mantém os efeitos do contrato entre as partes, mas com conseqüências *ultra partes*.

Por outro lado, FERNANDO NORONHA<sup>17</sup>, seguido por Cláudio LUIZ BUENO DE GODOY<sup>18</sup>, em posição contrária a anterior, asseveram que premido o contrato pelo contexto coletivo em que é inserido e pela função social que se lhe reconhece, passa a ter novos princípios fundamentais, tais como o da autonomia privada, o da justiça contratual e o da boa-fé objetiva, retirando por completo o individualismo contratual.

Estes doutrinadores não admitem a existência dos princípios clássicos dos contratos, mas sim na subsunção destes por novos princípios contratuais.

Entendendo os novos princípios como:

- a) Princípio da autonomia privada - para os autores, autonomia privada não se confunde com autonomia da vontade. Este é o clássico princípio da “era individualista”, aquele, um novo princípio da “era liberal”. A autonomia da vontade, oriunda dos denominados direitos de primeira geração, “o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico, que seria lei

---

<sup>17</sup> NORONHA, F. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 82-86.

<sup>18</sup> GODOY, *passim*.

para elas (*voluntas facit legem*)”<sup>19</sup>. A autonomia privada vai retirar da vontade dos sujeitos como fonte geradora dos contratos seus efeitos e suas conseqüências e atribuir ao ordenamento jurídico a força e o controle das relações contratuais, ou seja, através do dirigismo contratual em consonância com a lei e os valores da sociedade. Anota PIETRO PERLINGIERI<sup>20</sup> que a autonomia da vontade não é mais o pilar do contrato, o seu auto regulamento, mas sim que ela terá sua fonte nos usos e na eqüidade”. Por este princípio as partes terão um espaço para exercer a autonomia de vontade e gerir seus interesses individuais, mas este espaço será concedido pelo ordenamento jurídico que lhe impõe limites e gere seus efeitos. Entende CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY<sup>21</sup> que a autonomia da parte privada e a vontade individual não perderam seu significado. Na verdade, trata-se de recompreender o direito privado, à luz de um novo modelo jurídico, em que a um só tempo não só se garanta a liberdade de atuação, que é, em última análise, uma forma de expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana, aspecto positivo da dignidade, no Brasil elevada a fundamento da República (artigo 1, III, da CF), mas também se entenda o papel de um Estado do qual se reclama o efetivo cumprimento de uma tarefa distributiva, assecuratória do bem estar social.

---

<sup>19</sup> NORONHA, op. cit., p. 15.

<sup>20</sup> GODOY, p. 141

<sup>21</sup> Id.



- b) Princípio da justiça Contratual - considerada por FERNANDO NORONHA<sup>22</sup> como um desmembramento do princípio da boa-fé objetiva, por ser uma “*antecâmara*” do princípio da justiça contratual. A Constituição brasileira, em seu artigo 3, I, expressa objetivo fundamental da República, o estabelecimento de relações justas e solidárias. Demonstra a preocupação com a dignidade da pessoa humana, o que também está expresso no artigo 1, III da CF, e com o solidarismo que irá impor um novo padrão de conduta das partes para assegurar o equilíbrio das prestações. Enfim, CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY<sup>23</sup> considera que o princípio da justiça contratual se manifesta nos contratos chamados de recíprocos, mantendo a equivalência objetiva entre prestação e contraprestação e pela eqüitativa distribuição de ônus e riscos contratuais entre as partes contratantes. E como forma objetiva de atuar a justiça contratual é que há controle e a apreciação do Estado-Juiz nos casos de lesão e de cláusulas abusivas.
- c) Princípio da boa-fé objetiva - padrão de correção, de lealdade, de solidarismo, de cooperação e colaboração no comportamento dos indivíduos. Entende UBIRAJARA MACH DE OLIVEIRA, em trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação – Mestrado em Direito da UFRGS, Cadeira de Teoria Geral do Direito Privado, no 2.º semestre de 1995, e elaborado sob a orientação da professor JUDITH MARTINS COSTA<sup>24</sup>, na

---

<sup>22</sup> NORONHA, p. 15.

<sup>23</sup> GODOY, p. 141

<sup>24</sup> COSTA, J. M. **Princípios informadores do sistema de direito privado**: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. São Paulo: RT, 2002, 382.

mesma linha de raciocínio de COUTO E SILVA<sup>25</sup>, que diante da conformação social, política e econômica do século XX, e o respectivo substrato filosófico em muito alteraram o quadro anterior, onde a autonomia da vontade era o princípio quase exclusivo, sem querer dizer que hoje isto não tenha mais relevância. Ao contrário, ocupa um lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada, mas, a seu lado, a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo se manifesta o aspecto volitivo.

Os princípios demonstrados conduzem à nova realidade das relações contratuais. Vimos que todos os doutrinadores são pacíficos em considerar novos princípios informadores do contrato oriundo da nova realidade social e da nova sistemática do Código Civil de 2002.

Não obstante isto, em uma última análise, são de prestígio e fomento do valor fundante da pessoa humana, afastando do modelo individualista, muito embora não o abandonando, mas agregando aos novos princípios uma finalidade social e solidária.

Assim, os princípios clássicos do contrato, da forma como era apresentada pelo modelo liberal, são incompatíveis com uma função que ultrapassa a autonomia e o interesse dos indivíduos contratantes, mas não podemos subsumi-los por completo pelos novos princípios contratuais. Devemos relativizá-los e harmonizá-los a fim de adequar sua utilização com a carga normativa exigida pelo Estado Social de direito, mantendo a confiança no instituto contratual e sua segurança perante o ordenamento jurídico.

---

<sup>25</sup> SILVA, C. V. do C. e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 27.

Ocorre que estas mudanças sociais não podem ser interpretadas como o fim do instituto do contrato balizado na vontade das partes. Como nos ensina ARRUDA ALVIM<sup>26</sup>, um contrato, no fundo, apesar dessas exceções que foram apostas ao princípio do *pacta sunt servanda*, é uma manifestação de vontade que deve levar a determinados resultados práticos que são representativos da vontade de ambos os contratantes, tais como declaradas e que se conjugam e se expressam na parte dispositiva do contrato. Nunca se poderia interpretar o valor da função social como valor destrutivo do instituto do contrato.

Enfim, não é nos novos princípios contratuais e na ampla liberdade do juiz que irá se descaracterizá-lo como fonte das obrigações e manifestação de vontade, transformando-o em instrumento de assistência social ou de caridade à custas do patrimônio alheio. O contrato, em sua nova concepção social, deverá ser instrumento de igualdade, fortalecedor da dignidade da pessoa humana e de atitudes solidárias, gerando conseqüências no campo individual e também no campo social, ou seja, deverão ser utilizados os novos princípios sempre com bom senso, conjugando a vontade das partes com a função social do instituto.

Para melhor entendermos esta nova concepção do contrato no que tange a boa-fé, veremos uma evolução histórica que nos dará base à interpretação atual deste instituto.

---

<sup>26</sup> ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. In: PASINI, N.; LAMERA, A. V. Ú.; TALAVERA, G. M. (Coord.). **Simpósio sobre o novo código civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2003. p.100.

### 3 ORIGENS HISTÓRICAS DA BOA-FÉ

Pela evolução do conceito, a boa-fé, anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios, por exemplo.

Nesse ponto, era conceituada como boa-fé subjetiva, eis que mantinha relação direta com a pessoa que ignorava um vício relacionado com outra pessoa, bem ou negócio.

Mas, desde os primórdios do Direito Romano, já se cogitava uma outra boa-fé relacionada com a conduta das partes, principalmente nas relações negociais e contratuais.

No sistema romano, já se reconhecia a importância dos “pactos adjetos aos atos de boa-fé”. Lembram ALEXANDRE CORREIA E GAETANO SCIASCIA, antigos professores das Arcadas, que:

os pactos acrescentados aos atos de boa-fé tiveram uma função de grande importância no desenvolvimento do sistema contratual, pois contribuíram fortemente para a erosão do antigo princípio do direito civil que não reconhecia nenhuma eficácia ao pacto puro e simples (*nudum pactum*), despido de formalidades. Substancialmente, os pactos adjetos eram convenções isentas de formas, e por isso ineficazes no *ius civile*. Dado, porém, que se acrescentavam, como pactos acessórios, a contratos reconhecidos civilmente, eram consideradas partes integrantes do principal, sendo portanto protegidos pela mesma ação do contrato principal. O reconhecimento de tais pactos não foi absoluto, a não ser no respeito às convenções limitativas do conteúdo da obrigação principal, exigindo-se em qualquer outro caso fosse ela de boa fé e que o pacto acessório se acrescentasse desde o momento em que tal contrato se perfez. Assim, por exemplo, se depois da conclusão dum *stipulatio*, o credor aquiescia em não exigir do devedor a prestação (*pactum de no petendo*), este podia repelir a eventual pretensão do

credor mediante a *exceptio pacti conventi*, concedida pelo pretor para proteger as convenções acrescentadas a *obligationes civilis*; ao contrário se dava, mesmo mediante ação, qualquer que fosse o conteúdo do pacto acrescentado, se o contrato principal era de boa fé e fosse concluído desde a constituição da relação. Por isso se dizia *pacta convenia inesse bonae fidei iudicis*.<sup>27</sup>

Desse modo, com o passar dos tempos, o conceito de boa-fé sentiu diversas evoluções, passando a existir no plano objetivo, relacionado a sua presença com as condutas dos envolvidos na relação jurídica obrigacional.

A primeira sistemática da boa-fé retornou aspectos da *bona fides romana*, que tinha como finalidade regulamentar a matéria jurídico-obrigacional, principalmente no que tange a área contratual.

Por razão de haver sistematização diferenciada acerca da boa-fé, será analisada nos três institutos de direito privado, chamados de *tríplice raiz*<sup>28</sup>, ou seja, no direito romano, canônico e germânico.

### 3.1 BOA-FÉ NO DIREITO ROMANO

A doutrina é unânime em apontar as origens da boa-fé no direito romano, mais precisamente, ao período romano clássico, a *bona fides*. Entretanto, pode-se encontrar as verdadeiras raízes do instituto no período arcaico, na *fides*. O vocabulário *fides* é polissêmico e pode designar três realidades distintas:

---

<sup>27</sup> CORREIA, A.; SCIASCIA, G. **Manual de direito romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: Estado da Guanabara, 1969. (Série “Cadernos Didáticos”) p. 208.

<sup>28</sup> Conceito tríplice raiz dado por COSTA, J. M. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- a) a *fides-poder*: a *fides*, nas relações de clientela implicava a existência de pessoas adstritas a certos deveres de lealdade e obediência perante outras, em troca de proteção<sup>29</sup>;
- b) a *fides-promessa*: o aspecto relevante residia na obrigação de respeito à palavra dada, de garantia que se expressava com um gesto formal e que obrigava o envolvido;
- c) a *fides-externa*: inicialmente invocava a fé nos tratados internacionais, designadamente aquele que se seguiu à primeira guerra púnica, entre Roma e Cartago. Posteriormente, a *fides externa* nada mais significaria do que a imposição da supremacia do poderio romano, após a rendição por meio da *deditio infidem*.<sup>30</sup>

Posteriormente à palavra *fides*, é acrescentado o adjetivo *bona*, passando a *fides bona* e a *bona fides*, em razão da difusão dos negócios no ordenamento romano com a inexistência da formalidade. A agregação da palavra *bona* (FREZZA<sup>31</sup>, apud COSTA, 1999, p. 115) é uma *fides* que constringe a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; não tendo em vista 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, mas

---

<sup>29</sup> Cf ROCHA, A. M. da; CORDEIRO, M. **Da boa-fé no direito civil**. v. I-II. Coimbra: Almedina, 1984.

<sup>30</sup> Ibid., passim.

<sup>31</sup> FREZZA, P. *Fides Bona*, Studi sulla buona fede. Publicação da Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa. Milão: Giuffrè, 1975.

fazendo do próprio concreto intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que a fizeram nascer.

A *fides* atuava como o filtro do conteúdo econômico dos contratos, porque, funcionalmente, constringe as partes a ter claro e presente qual o conteúdo concreto dos interesses que se encontram no ajuste. Clarificação essa necessária para vincular os contratantes para o cumprimento do avençado. Parafraseando os dizeres de Judith Martins Costa<sup>32</sup>, em obra já citada, tanto mais intensa é a necessidade privada de constrição quanto menor a força do Estado para constringir externamente os contraentes ao cumprimento das obrigações assumidas. A boa-fé atua como forma de definição do contrato bem como forma de responsabilidade dos contratantes.

Só posteriormente o direito pretoriano tutelaria os interesses aí envolvidos através da criação dos *bonae fidei iudicia*, que consistia em um procedimento perante o juiz no qual o demandante apresentava uma fórmula especial, não podendo demonstrar uma intenção baseada na lei, fundava-a na *fides*, ordenando então o pretor que o juiz sentenciasse conforme os ditados da boa-fé. Esta fórmula especial, denominada de *aportet* (ser correto, ser preciso), *ex fides bona*, era alegada pelos *bonae fidei iudicia*.

HORVAT, citado por UBIRAJARAH MACH DE OLIVEIRA<sup>33</sup>, frisa que todo o desenvolvimento do Direito Romano está estritamente ligado à noção de *fides bona*, de tal maneira que esta chegará a se constituir em verdadeira cláusula geral no sistema

---

<sup>32</sup> COSTA, **A boa fé...**, passim.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, U. M. de. **Princípios informadores do sistema de direito privado**: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. Rio Grande do Sul, 1995. Trabalho de Pós-Graduação (Disciplina Teoria Geral do Direito Privado) – Mestrado em Direito, Setor de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

romano. É, segundo ele, “ clausola generale di diritto materiale, la quale domina tutto il sistema contrattuale”.

Pela mencionada cláusula, o juiz não ficava adstrito ao pactuado pelas partes, mas devia interpretar a lei e agir com uma maior liberdade de movimento.

Concluindo, na esteira do pensamento de MENEZES CORDEIRO<sup>34</sup>, a boa-fé tem duas vertentes. Na primeira, é considerada uma expressão qualitativa de um instituto jurídico concreto passando a designar também um instituto jurídico diferente, é o que ocorreu quando a boa-fé passou a nomear uma realidade nova. Na outra vertente, verificou-se a evolução do *bônus et aequum* e da *equitas* de expressões técnicas para princípios de grande extensão, acabando por mesclá-los com a *bona fides* que, a partir de então, indica também justiça, honestidade e lealdade. Nesta vertente, comunica-se um instituto jurídico concreto a um princípio de Direito, integrando-se de modo a ampliar o significado deste.

### 3.2 BOA-FÉ NO DIREITO CANÔNICO

A boa-fé no direito canônico é vista como “ausência de pecado”<sup>35</sup>. A sociedade é vista como uma grande família, na qual sobressai o dever de amor ao próximo, seguindo-se a conclusão de que quem ama o próximo não mente e não trai a palavra dada.

---

<sup>34</sup> ROCHA; CORDEIRO, passim.

<sup>35</sup> Ibid., p. 148, 153.



O direito canônico trata da boa-fé em dois setores: na prescrição e na legitimação dos *nuda pacta*, vale dizer, a questão da tutela da usucapião e dos contratos consensuais.

O problema da proteção possessória pode ser bem avaliado em passagem relatada por FRANCESCO CALASSO<sup>36</sup>, citado por JUDITH MARTINS COSTA ( 1999:128 ) em sua obra “A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional”, onde nos relata essa proteção com base na boa-fé, independente do título de compra e venda.

Para o direito canônico, o agir em boa-fé, no âmbito obrigacional, significa respeitar fielmente o pactuado, cumprir pontualmente a palavra dada, sob pena de agir em má-fé, em pecado.

No âmbito do direito canônico, a boa-fé estava intimamente ligada ao pecado. Por esta razão, unificou-se o conceito de boa-fé sob o signo da referência ao pecado, situando-a em uma dimensão ética e axiológica<sup>37</sup>, enquanto no direito romano, que considerava uma condição técnica da boa-fé, bipartiu-a, ou seja, boa-fé aplicada às obrigações ou à posse. Aqui no direito canônico não há uma precisão de significado da boa-fé como há no direito romano.

---

<sup>36</sup> CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*, Milão, Giufrè, 1959, pág 121. “...entre as frases áridas do formulário intercalado aos textos dos *Capitulare Italicum*, a propósito de um capítulo de Guido, (...) se imagina a hipótese de que um proprietário diga a alguém que lhe invadiu a terra: *quod tu tenes sibi malo ordini terram*, e o outro se defenda afirmando que a terra é sua, e mostre o documento feito por quem lhe vendera a terra. Entretanto, o proprietário responde em contrário, afirmando que aquele documento não pode ferir o seu interesse, porque o vendedor havia invadido terra; e então, àquele só resta defender-se com a própria boa-fé: *licet invasisset tamem perdere non debeo, quia eum invasisset ignorabam*”.

<sup>37</sup> ROCHA; CORDEIRO, p. 155.

Menezes de Cordeiro entende que, em razão desta falta de precisão no conceito da boa-fé, no direito canônico, acabou por promover “amputações e simplificações”<sup>38</sup> neste instituto, o que geraria, com as dimensões dadas pelo direito romano, um princípio geral ordenador da matéria obrigacional<sup>39</sup>. Em síntese, unindo o conceito técnico do direito romano com a subjetividade, ou seja, com a inexistência de uma determinação técnico-jurídica dada pelo direito romano, tornou a boa-fé objetiva como uma categoria vazia de qualquer “conteúdo substancial”<sup>40</sup>, como uma cláusula geral.

### 3.3 BOA-FÉ NO DIREITO GERMÂNICO

No direito germânico, a boa-fé se desenvolverá como elemento afetivo exterior. A boa-fé no direito germânico guarda correspondência com a bona fides da cláusula aportere. Conforme MENEZES CORDEIRO<sup>41</sup>, a boa-fé objetiva traduz a expressão alemã Treu und glauben e a boa-fé subjetiva é expressa por Guter Glauben, tendo como significados atuais Treu ou treue como lealdade e Glauben ou Galube como crença. Anota Menezes de Cordeiro que Treu, tanto significa “ firmeza, comportamento autêntico de alguém em consequência de um contrato concluído” como o próprio contrato em si, numa semântica que se manteria em médio-alto-alemão. Neste último período, adere-se a Treu, um sentido ético, traduzindo “ um conceito cerne no sistema

---

<sup>38</sup> ROCHA; CORDEIRO, p. 155.

<sup>39</sup> COSTA, **A boa fé....**, p. 131.

<sup>40</sup> ROCHA; CORDEIRO, op. cit., p. 160.

<sup>41</sup> Ibid., p. 162.

de valores cavaleirescos”<sup>42</sup>. Por sua vez, *Glauben* foi utilizado em velho-alto-alemão para traduzir a *fides* latina no sentido cristão de fé, crença, confiança.

A boa-fé no direito germânico assumiu o conteúdo do instituto medieval do juramento da honra, traduzido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada.

A boa-fé objetiva germânica firmou como campo de atuação jurisdicional por razão das decisões e jurisprudências firmadas.

### 3.4 BOA-FÉ NO DIREITO ALEMÃO

Com a unificação do Direito Comercial alemão, prossegue a aplicação da boa-fé objetiva como fonte de normas de conduta, como delimitação ao exercício de posições jurídicas, como elemento de reforço da ligação obrigacional e como bitola para interpretação dos negócios jurídicos.

Citando MENEZES DE CORDEIRO, transcrito da obra de Ubirajara Mach de Oliveira<sup>43</sup>, onde colaciona exemplos jurisprudenciais de cada uma das funções da boa-fé objetiva no direito alemão, em decisões do Tribunal Comercial criado em Leipzig, a saber:

---

<sup>42</sup> ROCHA; CORDEIRO, p. 167-168.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, U. M. de. **Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva**. Rio Grande do Sul, 1995. Trabalho de Pós-Graduação (Disciplina Teoria Geral do Direito Privado) – Mestrado em Direito, Setor de Pós-graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

- a) Como fonte de normas de conduta: O Tribunal Superior da Reich, em 29-10-1870, a propósito de um comissão em compra e venda, discorria sobre o valor do silêncio no tráfico negocial. Como regra, entendeu que o valor do silêncio como aceitação, fixado, em alguns casos, por lei ou por costume, não é consequência de um querer geral, mas apenas um princípio manifestado em certas direções. Admitiu que a omissão da declaração apareceria como violação da observância da boa-fé necessária no tráfico comercial, em especial quando o silêncio tenha manifestamente intenção de dolo. A simples ausência de resposta não integraria, por si só, violação da boa-fé. Ainda sobre o silêncio, numa questão de Direito marítimo, o Tribunal Superior do Império, em 26-11-1873, acentuou: “Segundo o princípio da boa-fé, imprescindível para o tráfico comercial, a autora, pelo envio de sua carta (...) ao réu, tinha a expectativa justificada de que ele, caso não estivesse de acordo com a redação expressa das condições contratuais, o exteriorizaria sem hesitação.” Assim é que, sem que haja expressa disposição contratual, extraiu-se da boa-fé uma regra do comportamento comercial.
- b) Como delimitação ao exercício de posições jurídicas: Num caso de negociação de farinha, asseverou o BOHG (Tribunal Comercial Superior da União), em 09-03-1871, que, tendo sido remetida uma mercadoria à prova, quando o comprador a guarde durante tempo suficiente para uma análise regular, sem dar conta, ao vendedor, de quaisquer falhas, se deve concluir

que ele aceitou a celebração do negócio e renunciou a indenizações por quaisquer vícios.

- c) Como reforço de ligações obrigacionais: ROHG (Tribunal Superior do Império), 11-03-1874, considerou como “dura violação contra o princípio da boa-fé que domina o comércio” a atitude do negociante que, não querendo sancionar determinada atuação, deixasse sem resposta uma comunicação feita oportunamente.
- d) Como bitola para a interpretação de contatos: ROHG, 24-09-1873, entendeu que o princípio da boa-fé, que domina o tráfego comercial, manda apenas que a vontade real prevaleça para a determinação do conteúdo da declaração, e não que uma vontade incompleta seja de complementar pelo Juiz, quando lhe falta, para mais, pelas circunstâncias do caso, qualquer parâmetro objetivo para tanto. Em outras questões, porém, como em ROHG, 30-06-1874 e 23-11-1874, a boa-fé se mantém como amparo para interpretar o silêncio em declarações negociais.

Observa MENEZES DE CORDEIRO que as decisões da época mencionada reconhecem pacificamente a boa-fé como princípio geral do tráfego mercantil, destacando-se pelo pragmatismo das soluções encontradas, sem a preocupação em buscar qualquer apoio legislativo ou conceitual.

O Código Civil alemão trouxe uma contraposição clara entre a boa-fé objetiva e a subjetiva.

O conteúdo da boa-fé no Código Civil alemão – *BGB* \_ gira em torno de dois centros: a boa-fé subjetiva constitui um expediente técnico para exprimir, em situações

complexas, elementos atinentes ao sujeito; a objetiva traduz o reforço material do contrato.

A codificação alemã acabou por adotar um sistema aberto, capaz de, por desenvolvimentos internos ou externos, responder a problemas impensáveis quando da elaboração do Código Civil alemão – BGB. E, conforme Menezes de Cordeiro<sup>44</sup>, na boa-fé foi centrada a capacidade reprodutora do sistema, pois foi dotada de um peso juscultural capaz de dar credibilidade às soluções encontradas.

Com a entrada em vigor do BGB, verificou-se o verdadeiro desenvolvimento da doutrina da boa-fé, tanto a objetiva como a subjetiva. A noção atual da boa-fé, sobretudo a objetiva, bem como a inspiração para a disciplina no Código Civil Brasileiro de 2002, devem-se em grande parte à experiência alemã. Os alemães estabeleceram inúmeros deveres a partir do desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial a serem observados pelos contratantes no transcurso da relação contratual. O contrato deixa assim de obrigar apenas o que concerne às disposições nele expressas. Deve garantir a satisfação das expectativas legitimamente criadas na contraparte, por esta ter confiado que determinados interesses seus seriam atendidos na seqüência da celebração do contrato.

Após a análise histórica dos institutos da boa-fé, veremos como outras legislações entendem sua aplicabilidade e normatização.

---

<sup>44</sup> ROCHA; CORDEIRO, p. 331.

#### 4 BOA – FÉ: DIREITO COMPARADO

Como visto anteriormente, foi na Alemanha, influenciada pelo pandectismo, que o princípio da boa-fé desenvolveu seu caráter objetivo de regra de conduta, passando a traduzir a idéia de cláusula geral.

MENEZES DE CORDEIRO<sup>45</sup> tem um entendimento peculiar a respeito da evolução da boa-fé no direito alemão, mencionando que o desenvolvimento deste instituto, mesmo com a entrada do BGB, deu-se peremptoriamente com a continuidade de práticas comerciais com a formação de jurisprudência. A difusão da boa-fé objetiva, na seqüência da entrada em vigor do BGB, é apenas práticas assentes na jurisprudência alemã.

##### 4.1 DIREITO ALEMÃO

Todavia, o direito alemão nos trouxe deste a pandectística e com a entrada em vigor do BGB um grande avanço na conceituação e normatização da boa-fé.

O parágrafo 242 do BGB, tradução de JUDITH MARTINS COSTA, ressalta da seguinte forma a importância da Boa-fé: “§ 242: Os contratos devem ser interpretados como exigem a boa-fé e a intenção das partes determinadas segundo os usos”<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> ROCHA; CORDEIRO, p. 315.

<sup>46</sup> COSTA J. M. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v.4, p. 140-191, 1992.

Igualmente, o parágrafo 157 do BGB, traduzido por PAULO LUIZ NETO LÔBO, ressalta a boa-fé: “§157: Os contratos não de se interpretar como exigem fidelidade e boa-fé em atenção aos usos do tráfico”<sup>47</sup>.

Por sua vez, o parágrafo 320 nos revela: “§ 320: Se, de um lado a prestação foi executada parcialmente, a contraprestação não pode ser recusada, em sendo recusada, contraria a boa-fé, a qual deve ser apreciada segundo as circunstâncias e, em particular, segundo a modicidade relativa da parte restante”<sup>48</sup>.

Ainda no direito Alemão há que se destacar o parágrafo 9 da AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, de 09/12/76, (Lei para o Regulamento das Condições Gerais dos Negócios): “§ 9: As cláusulas contidas em condições gerais de contratos não produzem efeitos quando prejudicam, contra os princípios da boa-fé, de uma maneira inadequada, o aderente”<sup>49</sup>.

O direito alemão demonstra a utilização da boa-fé nas interpretações de relações contratuais, diferenciando a boa-fé subjetiva, interpretando a intenção das partes contratantes, e a boa-fé objetiva, analisada sobre o prisma de circunstâncias do fato e a particularidade dos contratantes. Estas diferenciações demonstradas pelo direito alemão irão influenciar nosso ordenamento jurídico civil, mais precipuamente o nosso Código Civil de 2002.

---

<sup>47</sup> LOBO, P. L. N. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 144.

<sup>48</sup> RÃO, V. **Ato jurídico**: noção, pressuposto, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3 ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 191.

<sup>49</sup> LOBO, op. cit., p. 146.



## 4.2 DIREITO ESPANHOL

Na Espanha, segundo FERNANDO NORONHA “na reforma do Título Preliminar do Código Civil espanhol, introduzida por uma lei em 1973 e por um decreto de 1974, foi incluído o preceito segundo o qual “ los derechos deben ejercitarse conforme a los dictados de la buena fé”<sup>50</sup>. Ainda na Espanha, informa NELSON NERY JÚNIOR, que a cláusula geral da boa-fé está preconizada pelo “ artigo 10, 1, c, da Lei Espanhol de Proteção ao Consumidor ( Lei n 20/1984, de 19 de julho )”.<sup>51</sup>

## 4.3 DIREITO ITALIANO

Na Itália, no Código Civil Italiano de 1942, verificam-se as seguintes disposições referentes à boa-fé, nos artigos 1.175, artigo 1.337 , artigo 1338, 1355, 1366, 1371, 1375.

Segundo o artigo 1.175, “o devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras da honestidade”<sup>52</sup>.

O artigo 1337 reza que “as partes, no desenvolvimento das negociações e na formação do contrato, devem comportar-se de acordo com a boa-fé”<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> NORONHA, p. 126.

<sup>51</sup> NERY JÚNIOR, N. Os princípios gerais no código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 3. p. 44-77, 1999. p. 62.

<sup>52</sup> Livre Tradução: Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo de regole della correttezza

<sup>53</sup> Livre Tradução: Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione Del contrato, devono comportarsi secondo buona fede”.

Este dispositivo, expresso no artigo 1337 do Código Civil Italiano, equivale parcialmente ao dispositivo do artigo 422<sup>54</sup> do nosso Código Civil de 2002.

Entretanto, o artigo do Código Civil Italiano prevê expressamente responsabilidade pré-contratual, fazendo o dever anexo das partes se comportar dentro dos limites da boa-fé também na fase de negociações contratuais, o que não ocorre em nosso dispositivo. Todavia, já existe o Projeto de Lei 6.960/02 que irá incluir no dispositivo do artigo 422 do Código Civil brasileiro a responsabilidade pré-negocial. Também já entende o Conselho Superior da Magistratura Federal<sup>55</sup> como dever anexo da boa-fé no artigo 422, interpretando-o e admitindo esta possibilidade, o que será análise em tópico abaixo.

Segundo o artigo 1338, “Conhecimento da cláusula de invalidade, a parte que conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato (1418 e seguintes), não tenha dado notícia a outra parte, é obrigado a ressarcir o dano daquela que confiou, sem sua culpa, na validade do contrato”<sup>56</sup>.

Este artigo nos mostra claramente o dever acessório da confiança nas relações contratuais, que será um dos deveres acessórios da boa-fé objetiva no Código Civil brasileiro como norteador e interpretação de conduta.

---

<sup>54</sup> “Artigo 422 do Código Civil Brasileiro: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em um sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

<sup>55</sup> Enunciado 25, aprovado pela Jornada de Direito Civil I, promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ.

<sup>56</sup> Livre Tradução: Conoscenza delle cause d’invalidità. La parte Che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità Del contratto (1418 e seguenti) , non ne há dato notizia all’altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità Del contratto (1308).

O artigo 1355 diz que “Condições meramente potestativa é nula alienação de um direito ou assunção de uma obrigação subordinada a uma condição suspensiva que a faça depender de mera vontade do alienante ou, respectivamente, do devedor.”<sup>57</sup>

Explicita este dispositivo a igualdade das partes no contrato. Igualdade esta que irá manter a relação como solidária, justa e com finalidade de atendimento das necessidades almejadas pelos contratantes.

Artigo 1366: Interpretação da boa-fé. O contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé<sup>58</sup>.

Artigo 1460: Exceções de inadimplemento. Nos contratos com prestações correspectivas, qualquer dos contratantes pode deixar-se de adimplir a sua obrigação, se o outro não adimplir ou não oferecer o adimplemento oportunamente, salvo termos diversos para o adimplemento fazer parte do resultado da obrigação natural do contrato ( 1565 ). Todavia não pode deixar-se de executar, resguardadas as circunstâncias, se for contrário a boa-fé<sup>59</sup>.

Estes dois artigos demonstram a proximidade da legislação civil italiana com o Código Civil brasileiro, na matéria contratual. Primeiramente pela interpretação do contrato no artigo 422 e posteriormente sobre a exceção de contrato não cumprido expresso no artigo 476 e 477.

---

<sup>57</sup> Livre Tradução: Condizione meramente postestativa . E´nulla L´alienazione di um diritto o l´assunzione di um obbligo subordinata a uma condizione sospensiva Che la faccia dipendere dalla mera volontà dell´alienante o, rispettivamente, d quella Del debitore.

<sup>58</sup> Livre Tradução: Interpretazione di buona fede. Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede (1337, 1371, 1375).

<sup>59</sup> Livre Tradução: Eccezione d´inadempimento. Nei contratti com prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l´altro nono adempie o non offre di admpiere contemporaneamente la própria, salvo Che termini diversi per l´adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura Del contratto (1565) Tuttavia nono può rifiutarsi l´esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario allá buona fede ( 1375 ).

“Artigo 1371: Regras finais. Agora, não obstante a aplicação das normas contidas no “ caput” 1362 e seguintes, o contrato permanece obscuro. Isto deve ser entendido de forma menos gravosa para o obrigado, se é a título gratuito, e de forma que realize uma igualdade de interesses das partes, se é a título oneroso.”<sup>60</sup>

Nota-se a preocupação do legislador italiano em manter a igualdade das partes contratantes.

“Artigo 1375: Execução da boa-fé. O contrato deve ser executado segundo a boa-fé”<sup>61</sup>.

Enfim, podemos concluir, no direito Italiano, que a boa-fé objetiva é um estado de espírito que conduz a parte negocial a agir dentro das regras da ética e da razão.<sup>62</sup> Mas esse estado de espírito somente pode ser analisado, no plano concreto, com a conduta leal e de probidade que a parte mantém em todas etapas pela qual passa o negócio jurídico. Por certo é que a ética e a boa-fé não podem somente ficar somente

---

<sup>60</sup> Livre Tradução: Regole final. Qualora, nonostante Lápplicazione delle norme contenute in questo capo (1362 e seguenti), il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per Lóbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'èquo temperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.

<sup>61</sup> Livre Tradução: Esecuzione di buona fede. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (1337, 1358, 1366, 1460).

<sup>62</sup> AZEVEDO, A. V. **Teoria Geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.pág 26. O Professor VILLAÇA entende 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 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 dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa”.

no plano das idéias. A atuação da parte é que irá demonstrar se realmente há essa boa intenção.

#### 4.4 DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, temos a boa-fé expressa nos seguintes artigos: 227, I, 239, I, 473, n.º 1 e artigo 762, n.º 2, ambos do Código Civil Português de 1966, dispõe que “Artigo 227, I: Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar a outrem”

Este dispositivo do Código Civil Português aproxima do nosso artigo 422 do Código Civil. Porém, novamente, como ocorre similar ao Código Civil Italiano, faz menção expressa a responsabilidade pré-contratual, como dever anexo a boa-fé objetiva, o que infelizmente nossa disposição não trata. Outrossim, como anteriormente dito, há doutrina que já se manifestou a respeito da responsabilidade pré-contratual em uma interpretação extensiva do artigo 422 e também temos um projeto de Lei 6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que propõe alteração deste artigo para incluir expressamente o dever anexo mencionado. Abaixo será melhor analisado.

Artigo 239, I: Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvesse previsto o ponto omissivo, ou se acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

Artigo 437, n.º 1: Se as circunstâncias em que as partes fundarem a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela

assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Artigo 762, n.º 2: No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé.

#### 4.5 DIREITO SUÍÇO

Na Suíça, os contornos da boa-fé aparecem no artigo 2 do Código Civil Suíço que demonstra a tendência dos demais ordenamentos jurídicos analisados sobre a interpretação conforme este instituto.

“Artigo 2: Cada um deve exercer os seus direitos e cumprir suas obrigações segundo as regras da boa-fé”<sup>63</sup>.

#### 4.6 DIREITO INGLÊS

FERNANDO NORONHA esclarece que na Inglaterra a boa fé é expressa e regulamentada como atuação correta, *fair dealing*, ao invés de *good faith*. E menciona que, nas leis de proteção ao consumidor deste país, impõe-se a observância dos razoáveis padrões comerciais de atuação correta nas transações.

---

<sup>63</sup> Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi” Tradução de Edvado Sapia Gonçalves.

#### 4.7 DIREITO FRANCÊS

Conforme JUDITH MARTINS COSTA<sup>64</sup>, o direito francês é marcado pela autonomia da vontade, como princípio central do direito contratual e de toda a matéria obrigacional. E é tão forte este princípio que há dicção final do artigo 1.134<sup>65</sup>, onde o pactuado deve ser executado de boa-fé, reforçando a obrigatoriedade da convenção de forma livre. A boa-fé expressa neste artigo é para apoiar a autonomia da vontade nas convenções onde estas só serão justas e cumpridas se manterem esta liberdade assegurada pela boa-fé.

A matéria de boa-fé é presente no Código Francês em matéria possessória e no campo obrigacional, ambos, porém, presos a um critério subjetivo, interno ao agente. A boa-fé do direito francês é a boa-fé objetiva que influenciou fortemente nosso Código Comercial de 1850 e também o antigo Código Civil de 1916.

JUDITH MARTINS COSTA<sup>66</sup> demonstra o avanço do direito francês, que somente neste final do século XX e com caráter de novidade, o tema da boa-fé, através da afirmação de seu próprio conteúdo jurídico, será enfim retomado, procurando a doutrina francesa mais recente atentar para as potencialidades da terceira alínea do artigo 1134 como princípio limitativo da autonomia da vontade, ao qual se liga a criação de certos deveres, positivos e negativos, na conduta contratual.

---

<sup>64</sup> COSTA, **A boa fé...**, passim.

<sup>65</sup> Artigo 1134 do Code Napoléon: “*Elles doivent être exécutées de bonne foi*”.

<sup>66</sup> COSTA, op. cit., p. 207.

#### 4.8 DIREITO URUGUAIO

No Uruguai, a boa-fé é determinada no artigo 1.291 do Código Civil Uruguaio.

O artigo 1.291 nos impõe a obrigatoriedade da interpretação da boa-fé não somente “inter partes”, ou seja, entre os contratantes, mas sim todos os efeitos que advirão dele, principalmente na sociedade, mantendo a igualdade na relação contratual.

“Artigo 1.291: Devem executar-se de boa-fé e, por conseguinte, obrigam não apenas ao que neles se expressa, mas a todas as conseqüências que, segundo sua natureza, sejam conformes à equidade, ao uso da lei”<sup>67</sup>.

#### 4.9 DIREITO ARGENTINO

Na Argentina também encontramos regulamentação da boa-fé no artigo 1198 do Código Civil Argentino:

“Artigo 1.198: Os contratos devem celebrar-se, interpretar-se e executar-se de boa-fé e de acordo com a verossimilhança do entendimento das partes, agindo com cuidado e previsão”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> RODRIGUES, A. P. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. de Wagner D. Gliglio. 3. tirag. São Paulo: LTR/EDUSP, 1994. passim.

<sup>68</sup> Livre Tradução: Los contratos de bem celebrarse, interpretarse e ejecutarse de buena fé y de acuredo com lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”



Este dispositivo engloba a boa-fé em sua forma objetiva nas fases pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual, interpretando condutas de acordo com os deveres acessórios de cuidado e previsão.

#### 4.10 DIREITO CHILENO:

O Código Civil Chileno estabelece:

“Artigo 1546: Os contratos devem executar-se de boa-fé e por conseguinte obrigam não somente os que nele se expressa, mas todas as coisas que emanam precisamente da natureza da obrigação, o que por lei ou pelo costume pertencem a ela.”<sup>69</sup> ( Livre tradução )

Analisando os ordenamentos acima, concluímos que a boa-fé é estabelecadora de regras comportamentais entre os contratantes. Assim, temos a Boa-fé no direito alemão como grande influenciador das demais ordenações, mais especificamente a italiana e a brasileira.

Neste diapasão vemos grandes semelhanças entre a sistematização da boa-fé no *Código Civile* Italiano de 1942 com os artigos que tratam desta cláusula no nosso Código Civil de 2002, que será tratado no próximo capítulo.

Enfim, a boa-fé é uma tendência de todas as legislações como forma de aferir a conduta ética, honesta, retida e igualitária entre as partes contratantes. Vimos forte

---

<sup>69</sup> “Artigo 1546: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, i por consiguiente obligan no solo a lo que em ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la lei o l costumbre pertenecen a ella”.

evolução e normatização deste instituto no direito alienígena e com isto desenvolvemos nossa regulamentação e a incidência em nosso ordenamento jurídico, o que abaixo se demonstra.

#### 4.11 DIREITO AMERICANO

Nos Estados Unidos, temos a boa-fé , tratada pelo Uniform Commercial Code, verbis:

“Seção 1-203: Todo contrato ou obrigação no âmbito desta lei impõe uma obrigação de boa-fé no seu adimplemento ou na realização do direito do credor”<sup>70</sup>.

“Seção 1-201 (19): Boa-fé significa honestidade de todos na conduta ou transação em causa”<sup>71</sup>

“Seção 2-103 (1) (b), aplicáveis a merchants ( comerciantes): Boa-fé significa honestidade de fato e a observância de razoáveis padrões comerciais de atuação concreta no tráfico”.<sup>72</sup>

Interessante observar a preocupação da legislação americana com a conceituação da boa-fé, padrão de conduta das partes na interpretação dos contratos.

---

<sup>70</sup> NORONHA , p. 126. Tradução de Fernando Noronha, “Every contract or duty within this act imposes na obligation of good faith in its performance or enforcement” .

<sup>71</sup> Id. Tradução de Fernando Noronha, “Good Faith´ means honesty in fact in the conduct or transaction concerned”.

<sup>72</sup> Id. Tradução de Fernando Noronha, “ Good faith´... means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade”.

## 5 BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

### 5.1 EVOLUÇÃO DA BOA-FÉ

A primeira inserção pode ser verificada nas Ordenações Filipinas de 1603, no Livro I, Título LXII, § 53:

E, por não convir em dúvida qual he Morgado ou Capella, declaramos ser Morgado, se na instituição, que dos bens os Administradores e possuidores dos ditos bens cumpram certas Missas ou encargos, e o que mais renderem haja para si, ou que os Instituidores lhes deixaram os ditos bens com certos encargos de Missas, ou de outras obras pias. E se nas instituições for conteúdo, que os Administradores haja certa cousa, ou certa quota das rendas que os bens renderem, assim como terço, quarto ou quinto, e o que sobejar se gaste em Missas, ou em outras obras pias: em este caso declaramos, não ser Morgado, senão Capella. E, nestas taes instituições e semelhantes póde e deve entender o Provedor, postoque nas instituições se diga que faz o Morgado, ou que faz a Capella; porque às semelhantes palavras não haverão respeito, sómente á fôrma dos encargos, como acima dito he.<sup>73</sup>

Mais tarde, no Código Comercial de 1850<sup>74</sup>, através de norma estabelecida no art. 131, I, cujo potencial não foi aproveitado nem mesmo por nossos melhores comentaristas, citando RUY ROSADO DE AGUIAR DIAS<sup>75</sup>, tal dispositivo permaneceu

---

<sup>73</sup> COELHO, A. F. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**: comparado, comentado e analisado. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil. 1924, p. 221.

<sup>74</sup> BRASIL. **Código Comercial**, Lei 0556, de 25 de junho de 1850. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>75</sup> AGUIAR JÚNIOR, R. R. de. **Do incumprimento contratual**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. passim.

letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação nos tribunais , os quais não fizeram qualquer consideração acerca da possibilidade de sua utilização, como fonte autônoma de direitos e obrigações:

Art. 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do 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 a rigorosa e restrita significação das palavras;...

A presença da regra interpretativa da boa-fé pode ser igualmente constatada no Projeto de Código Comercial organizado por Herculano Marcos Inglez de Souza, de 1911:

Art. 714 – As palavras do contrato devem entender-se segundo o uso do lugar em que foi celebrado o mesmo contrato e no sentido em que as costumam empregar as pessoas da profissão ou indústria a que disser respeito o ato, posto que, entendidas as palavras doutro modo, possam significar coisa diversa.

Art. 715 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além da regra do artigo antecedente, será regulada da maneira seguinte:

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

Em Direito Civil, é no *Esboço* de Teixeira de Freitas de 1855<sup>76</sup> que se percebe a sua presença pela primeira vez, sendo válido salientar que o iluminado jurista, na Parte Geral, Livro Primeiro, Seção III, destinou alguns artigos ao tratamento da boa-fé dos atos jurídicos, tendo-a identificado como elemento inerente à própria substância destes atos.

Art. 504 – Haverá vício de substância nos atos jurídicos, quando seus agentes não os praticaram com intenção, ou liberdade; ou quando não os praticaram de boa-fé.

Art. 505 – São vícios de substância, nos termos do artigo antecedente:

1º Por falta de intenção, a ignorância ou êrro, e o dolo (art. 450).

2º Por falta de liberdade, a violência (art. 451).

3º Por falta de boa-fé, a simulação e a fraude.

Art. 517 – Consiste a boa-fé dos atos jurídicos na intenção de seus agentes relativamente a terceiros, quando procedem sem simulação ou fraude.

Art. 518 – Reputar-se-á ter havido boa-fé nos atos jurídicos, ou nas suas disposições, enquanto não se provar que seus agentes procederam de má-fé, isto é, como um dos vícios do artigo antecedente (arts 504 e 505, nº 3).

...

Art. 1954 – Os contratos devem ser cumpridos de boa-fé, pena de responsabilidade por faltas (arts 844 a 847) segundo as regras do art. 881. Eles obrigam não só ao que expressamente se tiver convencionado, como a tudo que, segundo a natureza do contrato, for de lei, eqüidade, ou costume.

---

<sup>76</sup> FREITAS, A. T.de. **Appontamentos ao código do commercio**. Rio de Janeiro: Typografia Perseverança, 1878. passim.

Além disso, alguns dispositivos podem ser encontrados tanto no Projeto do Código Civil Brasileiro quanto no Comentário de Joaquim Felício Santos de 1881<sup>77</sup>:

Art. 256 – Na interpretação dos atos jurídicos se observarão as seguintes regras:

1º - Quando a expressão do ato é duvidosa, deve-se atender à intenção que os agentes tiveram, de preferência ao sentido literal dos termos;

2º Os termos devem ser entendidos no sentido que tinham ao tempo da celebração do ato;

3º Uma cláusula suscetível de diversos sentidos entende-se naquele em que possa ter efeito, e não em outro em que não teria efeito algum;

4º Os termos suscetíveis de diversos sentidos devem ser entendidos naquele que mais convém à matéria de que se trata e à natureza e o objeto do ato;

5º O que é ambíguo deve ser entendido segundo o uso do lugar em que o ato é celebrado;

6º As cláusulas que são de costume subentendem-se estipuladas ou declaradas no ato;

7º As cláusulas dos atos interpretam-se umas pelas outras, quer sejam antecedentes, quer conseqüentes;

8º As cláusulas e expressões absolutamente ininteligíveis devem se reputar não escritas;

9º Na dúvida, a prova de uma obrigação ou de sua extensão se interpreta em favor do devedor, e a prova da extinção ou limitação se interpreta a favor do credor;

10º Por gerais que sejam os termos em que for concebido um ato, este só compreende as coisas, das quais os agentes se propuseram tratar, e não as coisas de que não cogitaram;

11º Se no ato se expressou um caso para explicar a obrigação, não se deve julgar que os agentes quiseram restringir àquele único caso, quando ela por lei é extensiva a outros casos;

---

<sup>77</sup> Projeto do Código Civil Brasileiro e Commentário de Joaquim Felício Santos (1881), Tomo I, Parte Geral, Livro III – Dos Atos Jurídicos em geral, Capítulo III – Da Interpretação dos Atos Jurídicos

12º Tratando-se de contrato a título gratuito, ou de legado em relação a herdeiro, na dúvida, a interpretação se fará pela menor transmissão de direitos e interesses;

13º Os fatos dos agentes na ocasião do ato, ou anteriores ou posteriores, e que tenham relação com a questão, também servirão para a interpretação;

14º As cláusulas e termos de um ato poderão interpretar-se pelas cláusulas e termos de outro ato, entre as mesmas partes e sobre o mesmo objeto, ou pela aplicação prática, que delas tenham feito os agentes;

15º No caso de dúvida de uma cláusula ou expressão, se interpretará, antes no sentido de um modo, que de uma condição; no sentido antes de uma condição resolutiva, que suspensiva. "

Este artigo, com seus parágrafos, nos ensina regras para interpretação dos contratos em diversas situações, em casos de obscuridade, dúvida do avençado, tempo do contrato, os limites e o alcance da manifestação da vontade.

Prestigia a boa-fé em sua forma subjetiva, como intenção, o sentido psicológico das partes no momento da celebração da vontade no contrato, e com isto, na interpretação deverão ser observados os limites expostos pelos normativos. Interessante notar a influência dos costumes como forma implícita na interpretação dos contratos, ou seja, independente da manifestação de vontade ela deverá estar em consonância com os fatos e ditames da época e das partes. Vemos também no Projeto de Código Civil Brasileiro de A. Coelho Rodrigues de 1893<sup>78</sup>:

---

<sup>78</sup> Projeto de Código Civil Brasileiro de 1893, elaborado por A.Coelho Rodrigues. Parte geral, Livro III – Dos fatos e atos jurídicos, Título IV – Dos atos jurídicos, Capítulo V – Da interpretação dos atos jurídicos

Art. 353 – Na interpretação dos atos jurídicos serão observadas as seguintes regras:

§ 1º Se o texto for coerente e claro, deve ser atendido literalmente.

§ 2º Se for claro numa parte e obscuro ou dúbia noutras, estas deverão ser entendidas de acordo com aquelas.

§ 3º Se for inexequível num sentido e exequível noutro, deve ser entendido neste, ainda que seja menos literal que aquele.

§ 4º Se as disposições expressas não forem taxativas, deverão ser subentendidas as conseqüências naturais e usuais do ato.

§ 5º Se alguma das cláusulas expressas não excluir as usuais, ou for inconciliável com elas, estas deverão ser subentendidas.

§ 6º Se o ato carecer de alguma coisa essencial para valer como tal, mas contiver quanto baste para valer por outro título, deverá ser entendido com as restrições correspondentes a este.

§ 7º Se o ato for benéfico unilateral, não será interpretado extensivamente.

§ 8º Se as palavras tiverem diversos sentidos, deve ser preferido o mais conforme à matéria do ato.

§ 9º As dúvidas que ocorrerem na execução devem ser resolvidas de acordo com o costume do lugar.

§ 10º Por mais gerais que sejam os termos de um ato, deve-se entendê-los conforme o fim manifestado pelos agentes.

§ 11º As dúvidas sobre a existência ou sobre a extensão da obrigação devem ser resolvidas em favor do devedor, e as relativas à extinção ou limitação dela em favor do credor."

Igualmente no Projeto do Código Civil brasileiro e no Comentário de Joaquim Felício dos Santos (1881), estes normativos prestigiam muito o costume na



interpretação dos contratos. Outrossim, notamos uma grande tendência de interpretação literal se esgotando no próprio texto da lei. Temos também no Direito Civil Brasileiro Recompilado ou Nova Consolidação das Leis Civis vigentes em 11 de agosto de 1899<sup>79</sup>, do advogado Carlos Augusto de Carvalho, os quais, embora não atinentes à boa-fé objetiva, guardam relações de proximidade com esta.

"Art. 284 – A inteligência simples e adequada que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do ato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras."

Apesar destes antecedentes históricos à época da elaboração do Código Civil Brasileiro de 1916 que será analisado posteriormente, embora Clóvis Beviláqua tenha feito constar inúmeras remissões à boa-fé, apenas excepcionalmente mencionou a boa-fé objetiva, nos artigos 1443 e 1444, inexistindo em nosso Código uma regra geral acerca da necessidade de sua observância em matéria de obrigações, exteriorizando mais a boa-fé subjetiva.

No Título I – Da Constituição das Obrigações, do Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941, elaborado por Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, três dispositivos prestigiaram a boa-fé: os dois primeiros (arts 65 e 66), inseridos no Capítulo I – Da Declaração de Vontade; o outro (art. 156), no Capítulo VI – Da Reparação Civil:

---

<sup>79</sup> Parte geral, Livro único – Dos elementos dos direitos, Título III – Dos fatos, Capítulo III – Da interpretação dos atos.

Art. 65 – Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 66 – As declarações devem ser interpretadas conforme a boa-fé e o uso dos negócios.

Art. 156 – Fica obrigado a reparar o dano quem o causou por exceder no exercício do direito os limites do interesse por este protegido ou os decorrentes da boa-fé.

Nota-se a presença da boa-fé em sua forma subjetiva, ou seja, levando-se em consideração a importância da intenção do que o declarado em vontade, expressa ou tácita. Similar ao Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941, existe o Anteprojeto de Código das Obrigações de 1963, cuja comissão revisora foi integrada por Orosimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Theóphilo de Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes, Nehemias Gueiros e Francisco Luiz Cavalcanti Horta, que unificava o direito privado, identificamos novamente a presença de duas previsões da boa-fé (arts 21 e 22):

Art. 21 – Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 22 – As declarações de vontade devem ser interpretadas conforme a boa-fé e os usos dos negócios, presumindo-se, no silêncio ou ambigüidade das cláusulas, que se sujeitaram às partes ao que é usual no lugar do cumprimento da obrigação.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Parte Primeira – Obrigações e suas Fontes, Título I – Negócio Jurídico, Capítulo I – Disposições Gerais, Seção III – Interpretação da Declaração de Vontade, do Anteprojeto de Obrigações de 1963

É importante salientar que a Constituição Federal de 1988 foi muito importante para o avanço do instituto da boa-fé, com a inclusão das relações de forma justa e solidária, como objetivo fundamental, no artigo 3, I e dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento da República, no artigo 1, IV , como esclarece ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO<sup>81</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, também consagrou o instituto da boa-fé em dois artigos, 4, III e 51, IV, que será analisado posteriormente

E, finalmente, foram dedicadas novamente duas disposições à boa-fé no Anteprojeto de Código Civil de 1972, subscrito por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, na Parte Geral, Livro III – Dos Fatos Jurídicos, Título I – Do Negócio Jurídico, Capítulo I – Disposições Gerais (arts 111 e 112).

Foi na redação final da Câmara dos Deputados que o referido projeto de Código Civil, que recebeu o n.º 118, de 1984 (antigo projeto de lei n.º 634-B, de 1975), além da previsão da boa-fé interpretativa (art. 112), trouxe dois dispositivos que não só explicitaram os valores primordiais da boa-fé e da probidade, mas também estabeleceram o condicionamento do exercício da liberdade de contratar ao atendimento dos fins sociais do contrato (arts 420 e 421), que será analisado posteriormente.

---

<sup>81</sup> AZEVEDO, A. J. de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito USP**, São Paulo, n. 87, p. 79-90, 1992.

Após uma análise da trajetória da boa-fé com sua conseqüente evolução histórica no direito brasileiro, passamos a demonstrar a sua incidência e normatização no Código Civil de 1916, no Código de Defesa do Consumidor e finalmente o avanço e tipificação no Código Civil de 2002.

A evolução histórica nos demonstrou a preocupação do legislador brasileiro em regulamentar a confiança e intenção das partes contratantes, vindo a ser o pilar do desenvolvimento posterior da jurisprudência da boa-fé e com conseqüente normatização, passando primeiramente pela sua interpretação subjetiva (forte presença no Código Civil de Bevilacqua e no Código de Defesa do Consumidor) para posteriormente à objetiva (Código Civil de 2002), o que será abaixo delimitado.

## 5.2 BOA-FÉ NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A codificação do direito civil brasileiro teve grande influência da codificação francesa e alemã, uma vez ser dado assente que, do ponto de vista estrutural, o Código Civil se aproxima da divisão posta no BGB e do ponto de vista material, no que tange ao Código Civil brasileiro de 1916, sofreu forte influência do Códice Napoleón, “à qual se mescla ainda a importância das fontes relativas ao direito comum alemão, anterior ao BGB”<sup>82</sup>.

O antigo Código Civil brasileiro, obra iniciada em abril de 1899 e concluída em novembro do mesmo ano, aprovada em 1912 pelo Senado Federal com 186 emendas e

---

<sup>82</sup> MIRANDA, P. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 93.

vigentes desde 1.º de janeiro de 1917, constitui, segundo Pontes de Miranda, “o antepenúltimo Código do século passado”<sup>83</sup>.

Seu espírito é oitocentista, bem como a concepção de sistema que nele pode ser retratada, o sistema como ordem interna e unidade interna.

No estudo do antigo Código Civil de 1916, Lei 3.071 de 1.º de janeiro de 1916, é importante estudar, além das influências do centralismo e do bartolismo<sup>84</sup>, as circunstâncias da “personalidade do legislador”, nos dizeres de Pontes de Miranda<sup>85</sup>. Clóvis Bevilácqua era um professor, disto resultando um código de cunho doutrinário, no qual resta denotado o valor da lei como solução, como regra estável, e não como ordenamento de orientação social.

Para Clóvis Bevilácqua, a noção de sistema estava conotada apenas à de método unificado e harmônico de organização das matérias jurídicas.

---

<sup>83</sup> MIRANDA, p. 259.

<sup>84</sup> Cf. COSTA, **A boa-fé ...**, p. 241. Centralismo Jurídico: Corrente doutrinária de base do Código Civil brasileiro que busca o sentido e o alcance da lei num ato de autoridade, a “vontade do legislador”. Isto demonstra o porquê da utilização de tantas legislações aplicáveis no Brasil após a independência de 1822, com a edição da Lei de 20 de outubro de 1823, em que determinou que continuavam em vigor as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código ou não fossem os mesmos especialmente alterados, além da evolução do direito privado iniciado pelas Ordenações, no século XV, mesmo tendo uma diferença geográfica e cultural das regiões. Bartolismo: indica o fato de as sentenças judiciais refletirem as opiniões dos autores de diversos sistemas jurídicos, servindo-se os juízes de autores nacionais, e de outros países como se existisse um Direito Comum, supranacional. Seria a utilização, em razão de lacunas nos preceitos legislativos, de um direito comum, o que era utilizado como método por Bartolo de Saxoferrato (1375-1357, o mais célebre dos comentaristas, justamente o que particularizou por um singular método, qual seja o de compatibilizar os ensinamentos universais com os costumes, locais, e por situar a vontade do soberano como fonte de legitimidade do costume.

<sup>85</sup> MIRANDA, op. cit., p. 93.

No sentido do entendimento de JUDITH MARTINS COSTA<sup>86</sup>, o código civil de 1916 traduz em seu conteúdo liberal as manifestações de autonomias individuais e conservador no que diz respeito às questões sociais e as relativas à família.

O Código Civil de 1916 carece de qualquer dispositivo consagrador da boa-fé objetiva. Percebe-se, em várias passagens, alusões à boa-fé subjetiva, sem entretanto que se pudesse extrair do ordenamento jurídico qualquer adstrição dos contratantes a deveres de conduta. Conforme nos ensina JUDITH MARTINS COSTA<sup>87</sup>, a obra de Beviláqua não permitia espaço para inserção de cláusulas gerais tão grande era a preocupação com a segurança, certeza e clareza, deixando para o instituto da boa-fé pequenas regulamentações no direito de família e no tratamento da proteção possessória.

A esse respeito é interessante a análise feita por CLÓVIS DO COUTO E SILVA:

Quanto ao direito brasileiro, os juristas não deram importância e valor às cláusulas gerais. Assim aconteceu com Clóvis Beviláqua, e, depois, com Eduardo Espínola. Em alguns que representaram a mesma tendência de aplicação da Pandectística, muito embora com concepções filosóficas diversas, como Lacerda de Almeida, não se pode dizer que tivesse tido reflexos a essa feição de encarar a relação obrigacional. Pontes de Miranda, como se sabe, é o ponto mais alto da civilística pátria, mas nele não se manifesta a aplicação desse tipo de raciocínio, em que, de alguma forma, se procuram harmonizar concepções tão dissemelhantes, como o pensamento sistemático e o tópico, dando lugar, com diversas matizes, às diferentes concepções dos sistemas abertos. Mas fato é, que é impossível uma obrigação cumprir-se normalmente se uma das partes não está de boa-fé.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> COSTA, **A boa fé...**, passim.

<sup>87</sup> Id.

<sup>88</sup> SILVA, C.V, do C. e. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, V. M. J. de. (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997, pág 33-58.

Enfim os dispositivos que tratam da boa-fé no Código Civil de 1916 são:

- a) parte geral do Código , artigo 112;
- b) parte especial, Direito das Coisas, artigos 490, 491, 510, 511, 514, 516, 549, 551, 612, 619, 622 , os quais fazem menção clara da boa-fé subjetiva, quanto as matérias possessórias;
- c) parte especial , efeitos da obrigação, nos artigos 933, parágrafo único, 938 e 968, com referência também a boa-fé subjetiva, no que tange a intenção de quem recebe pagamento, de quem faz o pagamento e de quem aliena imóvel acreditando agir conforme a retidão, ou seja, acreditando agir conforme a boa-fé;
- d) parte especial, cessão de crédito, artigo 1.072;
- e) parte especial, parte contratual, mais especificamente quando trata das espécies de contratos, artigos 1.272, no que tange ao Mandato, artigos 1318 e 1321, Sociedade Civil, artigos 1382 e 1404, todas as referências são de boa-fé subjetiva, seguro, artigo 1443 e 1444, aqui, já se encontra a única referência da boa-fé objetiva, quando trata da retidão que as partes devem agir na constância do contrato<sup>89</sup>, bem como a forma que as partes devem agir, fazendo referência a “declarações verdadeiras e completas, omitindo

---

<sup>89</sup> “Art. 1.443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”. “Art. 1.444. Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido”.

circunstâncias que possam influir na aceitação...)(artigo 1444).E ainda na parte que trata do Jogo e Aposta, no artigo 1477, volta-se à boa-fé objetiva;

f) parte especial, das declarações por atos unilaterais de vontade, no que tange a circulação de títulos ao portador, artigo 1507, também boa-fé subjetiva.

O Código Civil de 1916 têm 25 artigos que tratam da boa-fé, sendo 23 artigos sobre a boa-fé subjetiva e apenas dois, que mesmo assim, fazem uma pequena exceção e tratam de forma indireta da boa-fé objetiva.

Por razões sociológicas, o Código Civil de 1916, com forte subjetivismo e grande formalismo, teve em sua época influência do Estado Liberal, século XIX, tendo raízes do Código de Napoleão, Código Francês e nos ensinamentos da escola alemã dos pandectistas, entre os quais figuravam os elaboradores do Código Civil alemão, o BGB que entrou em vigor em 1900.

Enfim, o desenvolvimento do instituto da boa-fé, ou seja, a passagem de interpretações subjetivas para interpretações objetivas, ocorrera mais tarde no nosso ordenamento jurídico, com o Código de Defesa do Consumidor, como veremos abaixo, e nos dizeres de FERNANDO NORONHA, como assevera crítica a esta passagem e desenvolvimento do instituto, imputando a responsabilidade a Pontes de Miranda:



Na verdade, no longínquo ano de 1943, o Supremo Tribunal Federal já decidia, em Sessão Plenária, que 'a boa-fé domina a interpretação das convenções' (RT, 157:358). O ministro Castro Nunes disse, então, que 'a noção de contrato vai cedendo dia-a-dia às imposições, sem necessidade de haver no direito positivo de cada país, como existe no suíço, texto expresso armando o juiz do poder de fazer prevalecer aquela regra, que se deve haver como implícita na interpretação e execução das convenções'. Infelizmente, porém, Pontes de Miranda, com todo o peso de sua indiscutível autoridade, reputou este entendimento de absurdo, no Tratado, e, assim, parece ter coibido o desenvolvimento de um jurisprudência que se renunciava promissora.<sup>90</sup>

O Código Civil de 1916 preocupava-se demasiadamente com um rigorismo em sua forma e mantinha a individualidade como tema central de sua ideologia, principalmente na matéria contratual e na proteção da propriedade. Não dava margem a cláusulas gerais e a interpretações valorativas flexíveis, como a boa-fé objetiva. Havia uma forte predominância de um positivismo exacerbado, influência de um Estado Liberal, com raízes no Código Napoleão e no Código Civil Francês. Não obstante isto, já se notava o avanço da jurisprudência e da própria legislação, com o Código de Defesa do Consumidor, em interpretações mais flexíveis, utilização de cláusulas abertas de interpretação e uma relativização da autonomia da vontade nos avencas. Com isto, acredita-se que o Código Civil de 1916 foi a inspiração para a modificação da mentalidade subjetiva e individual para uma maior preocupação social predominante no Código Civil de 2002.

---

<sup>90</sup> NORONHA, p. 62.

### 5.3 A BOA-FÉ NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No Brasil, a partir do século XX, como já dito, todo o individualismo e voluntarismo presentes nos contratos começaram a não mais se adaptar à nova realidade. O Estado iniciara um processo de dirigismo contratual e de intervenção na atividade econômica, com a proliferação dos contratos de adesão, dos contratos de longa duração e da hegemonia e superioridade econômica das indústrias.

Porém, somente na década de oitenta, mais especificamente com a edição da nova ordem constitucional e de seu reflexo mais importante até agora no campo contratual: O Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor propõe restringir e regular, através de normas imperativas, o espaço antes reservado totalmente para autonomia da vontade, instituindo como valor máximo a equidade contratual.

A decadência do voluntarismo e da autonomia da vontade, como convenção obrigatória e peremptória, levou à relativização dos conceitos. O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve que se adaptar e ganhar uma nova função social, procurando a realização da justiça e do equilíbrio contratual.

Preconiza a nova realidade contratual CLÁUDIA LIMA MARQUES<sup>91</sup> ao nos ensinar que esta nova tendência do contrato procura uma maior equidade, boa-fé e segurança jurídica nas relações entre as partes. Será a transformação do contrato

---

<sup>91</sup> MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 155.

como instrumento máximo da proteção individual da vontade para uma maior socialização e intervencionismo do Estado, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo”.

A nova realidade contratual é bem exposta nas relações de consumo diante dos contratos de massa. Nos dizeres de CLÁUDIA LIMA MARQUES<sup>92</sup>, na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se “despersonalizou” e se “desmaterializou”.

Os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores.

Este trabalho não irá focar os contratos de massa, mas sim, expor a boa-fé, mais precisamente a boa-fé objetiva, entendida como cooperação e respeito, conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais como o início da nova forma de interpretação contratual.

Para CLÁUDIA LIMA MARQUES<sup>93</sup> “a boa-fé objetiva é um standard”, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé de uma das partes, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável diante da situação analisada.

---

<sup>92</sup> MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo...**, p. 52.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 181.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, trouxe como grande contribuição à exegese das relações contratuais no Brasil a positivação da boa-fé, como linha teleológica de interpretação, em seu artigo 4, III, e como cláusula geral, em seu artigo 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais, senso estes entendidos como deveres de conduta e cooperação para a formação da relação contratual desde seu desenvolvimento até sua extinção.

O primeiro e mais conhecido dos deveres anexos é o dever de informar, constantes nos artigos 30 e 31 do CDC. Este dever é o constante na fase pré-contratual, fase de tratativas entre o consumidor e o fornecedor. A importância do dever de informar acompanha o contrato desde o seu “ nascimento até a morte total, não se esgotando na fase pré-contratual.”<sup>94</sup>. Este dever, em síntese, é o de informar corretamente os consumidores acerca do produto ou serviço disponibilizado, mantendo a harmonia e cooperação entre os contratantes.

O dever de informar, imposto ao fornecedor, estabeleceu um novo patamar de conduta e é imposto sempre que o fornecedor visa atrair consumidores para a realização de um ato negocial.

O segundo dever anexo destacado pela doutrina é o dever de cooperação, agir com lealdade e não obstruir ou impedir, entendendo CLÁUDIA LIMA MARQUES<sup>95</sup> como o dever de manter as expectativas contratuais das partes para assim gerar de forma fiel a expectativa do contrato, como desejada pelos contratantes.”. Neste sentido, para

---

<sup>94</sup> AZEVEDO, p. 79.

<sup>95</sup> MARQUES, **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo...**, p. 195.

COUTO E SILVA “é dever de boa-fé deste agente econômico , impedir que sua conduta venha dificultar a prestação do credor”<sup>96</sup>.

Em síntese, o fornecedor ou prestador de serviços não deve abusar da sua posição contratual preponderante de poder impor “normas”, cláusulas em relação ao consumidor, que façam este ter que suportar gastos desnecessários, destruam o seu patrimônio ou cláusulas que tentem obstruir, ou expor o consumidor à situação constrangedora, quando tenta simplesmente cumprir com suas obrigações contratuais ou adimplir.

A boa-fé trouxe para as relações consumeristas uma forma de interpretação que leva em conta a retidão do fornecedor e também uma ampliação na interpretação dos contratos com o reconhecimento dos deveres anexos.

#### 5.4 A BOA-FÉ NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil foi instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, entrando em vigor após um ano de “vacatio legis”. Como é do conhecimento de todos, o Código Civil teve uma longa tramitação no Congresso Nacional, com seu embrião no ano de 1975, ocasião em que o Presidente da República submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, coordenada por Miguel Reale.

Assim foi concebida a estrutura básica do Projeto que gerou a nova codificação, com uma Parte Geral e cinco Partes Especiais, tendo sido convidado para cada uma

---

<sup>96</sup> SILVA, C. V. C. e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 120.

delas um jurista de renome e notório saber, todos com as mesmas idéias gerais sobre as diretrizes a serem seguidas. Convocados foram para a empreitada: José Carlos Moreira Alves (SP), Agostinho Alvim (SP), Silvio Marcondes (SP), Erbert Chamoun (RJ), Clóvis do Couto e Silva (RS) e Torquato Castro (PE), respectivamente relatores da Parte Geral, do Direito das Obrigações, do Direito de Empresa, do Direito das Coisas, do Direito de Família e do Direito das Sucessões.

Conforme lembra Gerson Luiz Carlos Branco<sup>97</sup>, a escolha foi abrangente, já que foram contemplados juristas de todos os cantos do país e de todas as esferas da justiça, levando em consideração convicções políticas e sociais e sempre afinando para a necessidade da sociedade.

Inúmeros foram os debates realizados e a troca de conhecimento em relação às matérias constantes da codificação, já que os autores apresentavam grande saber e experiência, o que justifica as quatro redações iniciais que teve o Projeto de Código Civil, todas publicadas no Diário Oficial da União, em 1972, 1973, 1974 e, por fim, em 1975, com a redação final.

De acordo com afirmação do próprio Miguel Reale<sup>98</sup>, comentando o estrutural da nova codificação, afirmando não estar diante de uma obra redigida por um legislador solitário, “por um Sólon ou Licurgo, como se deu para Atenas e Esparta”, mas sim perante uma ‘obra transpessoal’, submetida que foi a sucessivas revisões.

---

<sup>97</sup> REALE, M. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43.

<sup>98</sup> REALE, M. **Visão geral do novo código civil**. Jus Navigandi, Teresina, a.4, n.40, mar. 2000. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 30 dez. 2003.

Das inúmeras modificações introduzidas pelo Código Civil brasileiro de 2002, uma das mais importantes foi acerca dos negócios jurídicos com a nova teoria contratual, com a inclusão da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

Interessante também notar a proximidade principiológica existente entre o Código Civil brasileiro de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, no que tange a esta nova teoria contratual.

Sobre essa aproximação, aliás, foi aprovado o Enunciado n.º 167 na III Jornada de Direito Civil<sup>99</sup>, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro último, com o seguinte teor: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.

As razões apontadas pelo magistrado paraibano e civilista Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, autor da proposta, são pertinentes, merecendo transcrição o seguinte trecho:

Entretanto, pode-se dizer que, até o advento do Código Civil de 2002, somente o Código de Defesa do Consumidor encampava essa nova concepção contratual, ou seja, somente o CDC intervinha diretamente no conteúdo material dos contratos. Assim, a corporificação legislativa de uma atualizada teoria geral dos contratos protagonizada pelo CDC teve sua continuidade com o advento do Código Civil de 2002, o qual, a exemplo daquele, encontra-se carregado de novos princípios jurídicos contratuais e cláusulas gerais, todos hábeis a proteção do consumidor mais fraco nas relações contratuais comuns, sempre em conexão axiológica, valorativa, entre dita norma e a Constituição Federal e seus princípios constitucionais. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 são, pois, normas representantes de uma nova

---

<sup>99</sup> III – Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal.

concepção de contrato e, como tal, possuem pontos de confluência em termos de teoria contratual, em especial no que respeita aos princípios informadores de uma e de outra norma.

Enfim, há tempos tem-se defendido essa aproximação do direito civil com a Constituição Federal (direito civil-constitucional)<sup>100</sup>.

O Código Civil de 2002 faz referência à boa-fé em 44 artigos<sup>101</sup>, demonstrando a nova tendência deste diploma social em contraposição ao Código Bevilácqua que faz referência em 25 artigos.

---

<sup>100</sup> TEPEDINO, G. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, C; NAVES, B. T. de O.; SÁ, M. de F. F. (Coord.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 119-120, nos ensina que a sociedade contemporânea alcançou três conquistas fundamentais: primeira A primeira dessas conquistas seria a descoberta do significado relativo e histórico dos conceitos jurídicos, que sempre foram encarados como neutros e absolutos. Hoje, inclusive, nos parece óbvio que nenhum direito, dever ou construção jurídica seja revestido de absoluteidade. Cada instituto jurídico se torna insuficiente fora de um contexto histórico ou cultural. A segunda conquista elencada pelo Prof. Gustavo Tepedino é a superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Esta classificação não serve para atender reivindicações sociais, onde é necessário funcionalizar as relações patrimoniais a valores constitucionais, tendo em vista o amplo compromisso social de nossa Constituição Federal de 1988. Por fim, a terceira conquista se traduz na absorção definitiva pelo texto constitucional de valores que presidem a iniciativa privada e seus institutos (família, propriedade e contrato). Por tudo isso fala-se em Direito Civil-Constitucional.

<sup>101</sup> Parte Geral: dos negócios jurídicos, artigo 113, da condição, termo e encargo, artigo 128, fraude contra credores, artigo 164, da invalidade do negócio jurídico artigo 167, dos Atos ilícitos, artigo 187, Parte Especial: Direito das Obrigações, artigo 242, Parte Especial: Cessão de Crédito, artigo 286, Parte Especial: Pagamento, artigos 307 e 309, Parte Especial: Contratos, artigo 422, 523, 686, 689, 765, 814, Parte Especial: Dos Atos Unilaterais, artigo 878, Parte Especial: Dos Títulos de Créditos, artigo 896 e 925, Parte Especial: Sociedades, artigo 1049 e estabelecimento empresarial, 1149, Parte Especial: Posse, artigos 1201, 1202, 1214 parágrafo único, 1217, 1219, 1222, 1228, parágrafo quarto, 1242, 1243, 1243, 1247 e parágrafo único, 1255 e parágrafo único, 1258, 1259, 1260, 1261, 1268 e parágrafo primeiro e segundo e 1270, Parte Especial: Direito de Família, artigos 1561, 1563 e 1741, Parte Especial: Direito das Sucessões, artigos 1817, 1827 e 1828.



O Código Civil de 2002 aponta diversos artigos sobre a boa-fé subjetiva, na cessão de crédito, no pagamento, nos atos unilaterais, nos títulos de crédito, nas sociedades. Aponta também alguns artigos na parte de posse e propriedade, no direito de família e no direito das sucessões, ou seja, matéria que corresponde fundamentalmente a uma atitude psicológica, isto é, é uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte para agir conforme o direito, mas traz ao seu bojo a boa-fé objetiva com forte predominância na parte geral, no direito das obrigações e principalmente na nova teoria contratual, modelo objetivo de conduta o qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste para agir de forma honesta e leal.

Outrossim, como vertente do presente trabalho analisaremos a boa-fé objetiva em todas as fases contratuais sob pena de viciar o contrato, uma vez que irá ferir um dos princípios sociais norteadores do contrato – a função social. É um contraponto ao Código Civil de 1916, que contemplava a boa-fé subjetiva.

Seguindo a tendência da socialidade, eticidade e operabilidade<sup>102</sup>, princípios informadores e axiológicos do Código Civil de 2002, e seguindo a linha do presente

---

<sup>102</sup> REALE, M. **Visão geral do projeto de código civil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=509>. Acesso em: 15 nov. 2005. Socialidade, é a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. A eticidade significa a superação do apego que se verifica no Código de 1916 ao formalismo jurídico, influência do Direito tradicional português e da escola germânica dos pandectistas. Imperativo se fazia reconhecer, como vetor axiológico hodierno, a participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem deixar de lado as conquistas da técnica jurídica. A adoção desse valor explica a opção, no novo Código, por normas genéricas ou cláusulas gerais, de forma a possibilitar a "criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para a contínua atualização dos preceitos legais. A operabilidade exsurge em que o novo Código procura "estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito."

trabalho, prestigia em seu artigo 113 a boa-fé-objetiva como meio auxiliador de aplicação de norma quanto à interpretação dos negócios obrigacionais, particularmente dos contratos, *in verbis*: “Artigo 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.”

Essa norma consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica das relações sociais, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a socialidade, ao se fazer alusão aos usos do lugar de sua celebração.

Obstante isto deverá sempre harmonizar e conjugar interpretação do artigo 113 com o artigo 112 também do diploma civilista, *in verbis*: “nas declarações de vontade se atenderá à intenção nela consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” que prestigia a intenção das partes na declaração de vontades para haver um real encontro de vontades, criador de direitos e obrigações. Vê-se um forte traço da boa-fé subjetiva no artigo 112, *verbis*, mas deverá ser conjugado com a boa-fé objetiva para manter a conduta no padrão de lealdade e honestidade.

O Código Civil de 2002 também expressou a boa-fé objetiva como padrão de conduta dos contratantes em toda a relação contratual, no artigo 422, *verbis*: “Artigo 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

Para ilustrar, este artigo fora interpretado pelo Enunciado n.º 26 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, onde “a cláusula geral contida no art. 422 do Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de

comportamento leal dos contratantes”. E, como forma de coibir o abuso do direito, o Código Civil em vigor traz em seu artigo 187, verbis: “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”.

Este artigo pressupõe uma forma de responsabilidade objetiva, conforme enunciado n.º 37 do CJF: “Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”

Como foi visto, o atual Código Civil prestigiou a boa-fé trazendo marcadamente em quase todas suas regulamentações, delimitando a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, mas sempre norteando suas regulamentações para um padrão social.

A boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas conseqüências.

Daí a necessidade de ser ela analisada como *conditio sine qua non* da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.

Interessante notar a passagem da interpretação e da normatização dos legisladores na questão relativa à boa-fé objetiva. O entendimento expresso pelo Código Civil de 1016, com forte influência lusitana e com um individualismo exacerbado consubstanciado como exemplo na proteção da propriedade e na interpretação do contrato para uma grande evolução social e ética trazida pelo Código Civil e a tendência das cláusulas abertas.

Enfim, o desenvolvimento da legislação acima mencionado demonstra a tendência da nossa sociedade e aos aclames das necessidades sociais. No que tange a boa-fé, o Código Civil de 1916, bem como as legislações anteriores, com influências de Pontes de Miranda, serviram como base para a regulamentação consumerista e como norte para a criação e para a nova interpretação na forma objetiva. O Código Civil nos traz as duas formas de boa-fé: a subjetiva e a objetiva, as quais serão objetos de diferenciação, de demonstração e de aplicação, no capítulo abaixo, para podermos delimitar sua interpretação.

## **6 BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002**

### **6.1 NATUREZA JURÍDICA DA BOA-FÉ OBJETIVA**

A doutrina diverge a respeito da natureza jurídica do instituto da boa-fé objetiva, ou seja, grande parte considera como princípios, entre ele Cláudia Lima Marques e Humberto Theodoro Júnior. A outra parte, como cláusula aberta de interpretação, entre elas Judith Martins Costa, Cláudio Luiz Bueno de Godoy.

Para chegarmos a uma conclusão, analisaremos a conceituação de Princípio e das Cláusulas abertas de interpretação e, posteriormente, diante dos dispositivos exteriorizados da boa-fé objetiva no Código Civil, na parte contratual, será determinada assim sua natureza jurídica.

#### **6.1.1 Princípios**

A palavra princípio conota a idéia de “mandamento nuclear de um sistema”, utilizando o célebre conceito de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem princípio é, por definição:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. E, por isso, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer.<sup>103</sup>

A despeito de ser uma noção bastante clara, não podemos deixar de lado que princípio é um termo multifacetário, equívoco<sup>104</sup> e polissêmico<sup>105</sup>.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, discorrendo sobre o tema, nos ensina três sentidos diferentes para o emprego do termo princípios.

Em um primeiro, chama-o de “supernorma”, considerando-o como as normas gerais que exprimem valores e são consideradas como paradigma para outras regras.

Em um segundo sentido seriam “standards”, modelo para o estabelecimento de normas específicas, preordenando o conteúdo da regra legal.

No último, seriam generalizações obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias.

---

<sup>103</sup> MELLO, C. A. B. de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230. Em sentido semelhante, a Corte Constitucional italiana assim definiu princípios: “são aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.”

<sup>104</sup> Cf. SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 84.

<sup>105</sup> Cf. GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 76.

Importante assinalar, a despeito da multi-dimensionalidade do sentido da palavra, é que, no atual estágio de evolução da Teoria Geral do Direito, sobretudo do Direito Constitucional, os princípios jurídicos, em qualquer ângulo em que se ponha o jurista ou operador do direito, caracterizam-se por possuírem um grau máximo de juridicidade, ou seja, uma normatividade potencializada e predominante.

“Tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal”<sup>106</sup>, na sugestiva passagem de RONALD DWORKIN. E mais, parafraseando o autor, violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma.

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido.”<sup>107</sup>

Dada a fundamental característica normativa dos princípios, afigura-se acertada a noção desenvolvida por CRISAFULI<sup>108</sup>, que em 1952 já entendia que o princípio é o fator determinante de toda norma jurídica que irá especificar o conteúdo das normas gerais e das normas particulares.

---

<sup>106</sup> BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 238.

<sup>107</sup> MELLO, p. 230.

<sup>108</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 230. Em sentido contrário, ARNALDO VASCONCELOS: “Os princípios gerais de Direito, nada obstante sua força vinculante, não são, contudo, normas jurídicas no sentido formal do termo” (VASCONCELOS, A. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 210). “...apesar de terem positividade, não constituem normas jurídicas” (p. 208). Porém, mais à frente, o professor cearense, a meu ver, contraditoriamente, sustenta que o princípio “não representa mera aspiração ideológica (...), mais do que isso: uma norma jurídica iguais às outras, sem mais, nem menos, tanto que não lhe falta a possibilidade de sancionamento”(p. 210).

Nesta mesma linha, BOBBIO<sup>109</sup> faz uma análise do que é princípio como normas fundamentais.

Considera os princípios como normas gerais, primeiramente porque estas são extraídas dos princípios, através de um procedimento de generalização sucessiva e por esta razão eles também serão considerados normas; e segundo, diz respeito à finalidade, ou seja, ambos, princípios ou normas têm a mesma, regular um caso concreto.

Acredita-se que os princípios, metaforicamente, seriam a raiz de uma árvore, onde todo o desenvolvimento dela depende da genealogia e da estrutura de sua base. Do princípio se irradia os fundamentos normativos e valorativos da norma, sejam particulares, sejam gerais, serão eles que irão fundamentar as exigências de criação de todo o ordenamento jurídico e o alcance de sua interpretação.

#### 6.1.2 Cláusulas Abertas de Interpretação:

Para tratar do presente assunto, JUDITH MARTINS COSTA<sup>110</sup> faz uma abordagem, uma limitação e a diferenciação das cláusulas gerais, com os princípios e conceitos indeterminados, o que será a base deste tópico.

A autora acima citada faz uma abordagem das cláusulas gerais apontando a sua ligação com o problema das fontes, pois a cláusula é o meio que permite o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, viabilizando a sua

---

<sup>109</sup> BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Brasília: Unb, 1996. p. 159.

<sup>110</sup> COSTA, **A boa fé...**, passim.



sistematização. O ordenamento jurídico, a partir das cláusulas gerais, passa a ser um sistema aberto, sempre apto a buscar, caso a caso, uma solução adequada, justa, equânime e igualitária.

Entende a autora<sup>111</sup> que do ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral constituiu uma disposição normativa aberta, vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo hermenêutico, a qual é dirigida ao juiz de modo a lhe conferir um mandato para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.

A autora delimita bem a cláusula geral para que não seja confundida com “termos indeterminados”, sendo que basta ao juiz precisar o seu conteúdo para ter a norma pronta a ser aplicada. Aqui são significados que necessitam de precisão, enquanto a outra depende de fatores valorativos e de um trabalho de criação do juiz diante de seu livre convencimento.

Distingue também as cláusulas gerais dos princípios, dizendo que estes são “uma norma considerada como fundamento de outra”.

A cláusula geral pode expressar um princípio, mas não é um princípio. O princípio pode ser expresso ou não, enquanto a cláusula geral sempre é e só pode ser expressa.

A cláusula geral exige do juiz uma atuação especial e através dela é que se atribui uma mobilidade ao sistema, ou seja, a utilização de conceitos valorativos que irão além do sistema, deslocando para outros casos semelhantes regramentos criados

---

<sup>111</sup> COSTA, **A boa fé...**, p. 303.

especificamente para um caso. Enfim, a cláusula geral insere um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas conseqüências jurídicas, que não estão pré-determinadas.

Isto exigirá do juiz um poder interpretativo e aplicador mais amplo, uma sensibilidade factual e técnica extraordinária, porque irá estabelecer o significado do enunciativo normativo a fim de completar e determinar as conseqüências de certas condutas.

### 6.1.3 Conclusão da Natureza Jurídica da Boa-Fé Objetiva:

A cláusula geral envia uma ordem ao Juiz para que, diante do caso concreto, crie uma “fórmula” que melhor atenda às exigências do preceito normativo determinado no ordenamento jurídico, valorando e criando regras de conduta do tipo casuístico.

O que precisa ser esclarecido é que se o mandato enviado ao Juiz deverá atender a critérios jurídicos ou critérios metajurídicos, éticos, morais ou sociais a fim de estabelecer a regra no caso concreto. O juiz é enviado a modelos de comportamento e também deverá lançar mão de conceitos valorativos individuais para assim criar uma “regra” de conduta naquele caso concreto.

Não haverá uma regra comportamental definida para ser utilizada como forma de valorar a cláusula aberta e suprir o normativo, mas sim deverá ter uma diretriz ou um padrão social exigido que, diante daquela situação casuística, sirva como parâmetro para interpretação e mantenha uma certa segurança jurídica. Segurança jurídica no

sentido de que não mantenha a cláusula aberta tão “aberta” à interpretação a ponto do juiz ser totalmente discricionário na sua aplicação.

A cláusula aberta deverá ter uma certa medida e esta medida será a experiência social concreta, a valoração do juiz diante do caso específico e um parâmetro de conduta geral ética, capaz assim de objetivar os julgados.

As exigências éticas atuais devem ser harmonizadas de modo que o aplicador não atue subjetivamente, mas sim a mercê de um ato cognoscivo que leve em conta interesses dignos de assim serem considerados como padrão. A natureza jurídica da boa-fé objetiva se encaixa perfeitamente como cláusula geral de interpretação. Porém, muitas vezes a cláusula geral encontra seu substrato interpretativo em princípios, como afirma CLÓVIS DO COUTO E SILVA<sup>112</sup>. As máximas, que penetram na cláusula geral no corpo do direito público e privado, encontram-se em certos princípios constitucionais, nas acepções culturais claramente definidas e susceptíveis de serem objetivadas, na natureza das coisas e na doutrina e julgados acolhidos.

A boa-fé objetiva é considerada uma cláusula geral, mas a carga valorativa e interpretativa imposta por ela poderá levar o seu intérprete a lançar mão de princípios, ou seja, o juiz procura da norma uma decisão do caso concreto, que se pode conter num princípio.

A cláusula geral pode dar margem a interpretações que levem a disposições com normatividade e tipicidade própria de um princípio como forma de estabelecimento do normativo, mas não pode ser confundida, como bem observa LUIGI MENGONI:

---

<sup>112</sup> SILVA, C. V. do C. e. **A obrigação como ...**, p. 28.

As cláusulas gerais concedem ao juiz uma medida, uma diretriz para a procura da norma de decisão; elas são uma técnica de formação judicial da regra a aplicar ao caso concreto, sem modelo de decisão pré-constituído por um tipo normativo abstrato como nos princípios. Neste sentido as cláusulas gerais são normas incompletas, fragmentos de normas: não têm uma autonomia típica, própria (princípios), sendo destinadas a concretizar-se no âmbito dos programas normativos de outras disposições.<sup>113</sup>

A boa-fé objetiva apresenta mandados comportamentais. Ela deve sempre estar expressa no ordenamento jurídico e são sempre normas incompletas prontas para serem interpretadas e completadas, diferentemente dos princípios que apresentam um grau de abstração muito elevado, expressam um valor ou uma diretriz, sem descrever uma situação jurídica, nem se reportar a um fato particular, exigindo, porém, a realização de algo, da melhor maneira possível, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas.

Diante disto, podemos afirmar que a boa-fé objetiva é uma cláusula aberta de interpretação, que exige uma valoração para o estabelecimento objetivo de sua positivação e regramento e com isto pode ter como base os princípios.

Ora, a interpretação da cláusula geral da boa-fé poderá se socorrer dos princípios, sendo estes idéias básicas que servem de fundamento ao direito positivo, como a base de um edifício que uma vez desmanchada implica em ruína de todo o conjunto do “prédio normativo”.

---

<sup>113</sup> MENGONI, L. Spunti per una teoria delle clausole generali, In: *Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento*. v. 3. Milano: Giuffrè, 1985. p 10. No original: “... impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta. In questo senso le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme: non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell’ambito dei programmi normativi di altre disposizione”.

Além disto os princípios têm função orientadora de interpretação, ou seja, se eles servem como fundamento para as normas, nada melhor que servirem de fundamento para a fixação de critérios objetivos para a aplicação dos normativo e, neste trabalho, do artigo 422 do Código Civil de 2002.

Diante disto que a boa-fé objetiva sendo uma cláusula geral de interpretação, além de critérios do livre convencimento, da circunstância do caso concreto, da experiência social, da exigência ética e do bom sendo do juiz, deverão ser observados os princípios para que seja determinado um arquétipo de conduta leal, honesta, proba, igualitária e principalmente social.

Com isto o novo sistema, aberto de cláusulas gerais, busca aproximar cada vez mais o direito da moral, uma vez que o direito separado da moral perde a razão de ser.

O que procura evitar é que o direito, mesmo dissociado da moral, continue a ter validade e eficácia.

Sob tal esteira de raciocínio, o pensamento do professor francês GEORGES RIPERT<sup>114</sup>, de forma magistral, nos ensina que a ordem jurídica positiva e as leis não podem ser interpretadas como fins nelas mesmas, de forma literal.

---

<sup>114</sup> RIPERT, G. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bokseller, 2002. p. 28, 394. “Quando se afirma assim a plenitude da ordem jurídica positiva é preciso evitar pensar que esta ordem seja capaz de se bastar a si própria e que as leis civis possam encontrar o seu fundamento na autoridade pública e o seu fim no reino da paz social. É uma visão superficial das coisas acreditar na plenitude da ordem jurídica positiva quando ela não tem para dar outras provas do seu valor se não a sua própria existência. Se o direito não é mais que a coleção das regras de conduta, aparece como a obra arbitrária dos governantes ou o produto natural do estado social existente.” Conclui o autor que: “ se quiser que o direito fique impregnado de ideal, é preciso mantê-lo em comunhão com as idéias morais que julgamos superiores a todas as outras quer por uma crença invencível, quer por uma confirmação científica de progresso que elas trouxeram à sociedade dos homens.”

É superficial acreditar que a norma jurídica não expressa interpretações valorativas. O direito deverá ser impregnado por normas que expressem idéias de moral, ética e preocupação com as necessidades sociais, para assim não ser fruto de autoritarismo dos governantes e apenas um produto natural da regulamentação de condutas da sociedade.

Independente da natureza jurídica da boa-fé objetiva, ela sempre deve nortear as regras comportamentais nos negócios jurídicos contratuais. Sua valoração deverá ser feita diante das exigências e necessidades sociais, “em comunhão com as idéias morais”. Sendo interpretada como cláusula aberta ou não, deverá ser determinada e delimitada, o que não pode é ser violada, esquecida ou utilizada como arbítrio. Se assim acontecer, propugno para o conhecimento de sua natureza jurídica como princípio, porque nos dizeres de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO<sup>115</sup>, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”, porque são standard e parâmetro de todo o ordenamento jurídico, são normas que dão fundamentos e criam outras normas.

Enfim, deverá haver uma interação entre cláusula aberta de interpretação, entre princípios ou entre conceitos jurídicos indeterminados, mas todos utilizados como “um arsenal” nas mãos do legislador para que, assim, possa aplicar e interpretar condutas em consonância com os interesses e necessidades econômico-sociais, garantindo a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade entre as partes.

---

<sup>115</sup> MELLO, C. A. B. de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230

Ilustra bem o parágrafo anterior os ensinamentos de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>116</sup>, para quem as cláusulas gerais são fonte de direito e obrigações. Diante disto é preciso conhecê-las e interagi-las com os princípios gerais do direito e com os conceitos jurídicos indeterminados, como se fossem um arsenal bem utilizado para a batalha da interpretação.

## 6.2 DIFERENÇA ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E BOA-FÉ SUBJETIVA

A boa-fé se divide em duas espécies, a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva era normatizada no nosso antigo Código Civil de 1916 e hoje ainda deixa traços no Código Civil de 2002, preconizado e marcado pela nova tendência contratual que é a boa-fé objetiva.

A diferença entre as duas espécies é de suma importância, como nos ensina JUDITH MARTINS COSTA<sup>117</sup>. Onde há a boa-fé subjetiva, leva-se em consideração a intenção, a consciência individual das partes contratantes de atuarem conforme o direito aplicável, devendo o juiz levar em consideração o estado de consciência do sujeito da relação jurídica, seu estado psicológico, sua íntima convicção. Já a boa fé objetiva é um modelo de conduta social, um parâmetro ou *standard jurídico*, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse parâmetro, aplicando isto no

---

<sup>116</sup> NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Novo código civil anotado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 141.

<sup>117</sup> COSTA, J. M. Princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 126, abr./jun., 1995. p.120.

caso concreto diante da situação atual das pessoas envolvidas, levando-se em consideração seus status pessoal e cultural.

Em síntese, a boa-fé subjetiva se resume a uma situação de um determinado sujeito perante certo fato. É a intenção, o estado de ignorância ou conhecimento de um particular a respeito de determinada conduta negocial. É o *animus* pré-conduta que irá levar um sujeito a agir do modo pensado por ele.

Já a boa-fé objetiva se resume no estabelecimento de padrões de comportamento, segundo critérios fixados pela doutrina e jurisprudência. É uma cláusula geral que faz com que todos os contratos sejam interpretados conforme ditames valorativos e objetivos de determinada conduta leal, honesta e correta, desde as tratativas iniciais até a execução do contrato.

Foi um grande avanço para o nosso ordenamento jurídico a adoção da boa-fé objetiva como fonte de interpretação dos negócios jurídicos diante de sua natureza jurídica de cláusula aberta.

Um dos grandes problemas da boa-fé subjetiva é, na sua utilização, o juiz saber a intenção dos agentes envolvidos no contrato e diante desta intenção saber se a conduta deles é ética ou não. A boa-fé subjetiva traz o inconveniente de premiar a incúria, a torpeza, o desconhecimento. Estimula um certo descaso para o conhecimento da realidade e as conseqüências geradas por um negócio jurídico. Parafraseando RONNIE PREUS DUARTE<sup>118</sup>, por muitas vezes poderá se portar como injusta, porque

---

<sup>118</sup> DUARTE, R. P. **Boa-fé , abuso de direito e o novo código civil brasileiro**. Doutrina Cível – Primeira Seção. ano 92. RT/817. nov. 2003.



protege alguém que age sem considerar as conseqüências do ato contratado por desconhecer e ignorar completamente os fatos e a lei que o resguarda.

Esclareça-se que, no entendimento de RONNIE PREUS DUARTE, não está protegendo o indivíduo que age de má-fé, uma vez que a boa-fé objetiva independe deste estado de consciência, mas sim, fazendo uma crítica à determinação da boa-fé subjetiva diante de um estado psicológico do agente.

O antigo Código Civil de 1916 tutelava a aparência em diversos momentos, para lhe dar validade e produzir efeitos jurídicos, uma vez que tinha como parâmetro a boa-fé subjetiva. Mesmo presente o erro do que crê na aparência, como diz VICENTE RÃO:

...o ordenamento, atendendo à conveniência de imprimir segurança e celeridade ao comércio jurídico e à necessidade de dispensar proteção aos interesses legítimos, reconhece como válidos os atos desse modo praticados 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.<sup>119</sup>

Quanto à boa-fé subjetiva ainda se discute 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. Como salienta FERNANDO

---

<sup>119</sup> RÃO, V. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 196-197.

NORONHA<sup>120</sup>, dependerá sempre do grau de culpabilidade da pessoa na ignorância dos fatos reais para se saber se agiu de boa-fé ou de má-fé. 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 social do indivíduo no qual se presume a boa-fé. Para dela se beneficiar, 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 um outro especialista. Dessa forma, ainda que o erro ou a ignorância sejam meramente culposos, ter-se-á pela má-fé.

Já a boa-fé objetiva caracteriza-se por uma norma de comportamento leal, principalmente na consideração para com os interesses alheios, respeitando-o como membro de um conjunto social. A boa-fé objetiva é uma regra de conduta fundada na honestidade, retidão, na lealdade, servindo de controle das chamadas cláusulas abusivas e limitadoras dos interesses individuais, evitando assim o abuso de direito.

A importância da boa-fé objetiva é bem explicitada por ALVÁRO VILLAÇA<sup>121</sup> que entende que a boa-fé objetiva constitui um estado de espírito imputando ao sujeito uma aparente segurança. Por esta razão, há a exigência da lealdade, da transparência,

---

<sup>120</sup> NORONHA, passim. "... ou a pessoa ignora os fatos reais, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa-fé, ou não ignora, e está de má-fé. Mesmo quando ela ignore com culpa, continuará de boa-fé, a menos que se trate de ignorância grosseira, caracterizando culpa grave, ...".

<sup>121</sup> AZEVEDO, A. V. passim.

da confiança entre as partes, esclarecendo as situações do avençado para manter um estado de equilíbrio e aparente de segurança, como acima dito, evitando assim, eventuais interpretações divergentes e alegação de ignorância levando a situações de enriquecimento indevido , sem causa.

Não poderíamos deixar de transcrever os ensinamentos de ORLANDO GOMES sobre a boa-fé objetiva:

Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda um outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocos. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação de outra.<sup>122</sup>

Concluindo a boa-fé objetiva, a boa-fé é um standard, um parâmetro objetivo genérico, dependendo de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação confiável e equilibrada para sempre manter as partes em total conhecimento das situações acordadas e demonstrando uma aparente segurança jurídica para assim atuar conforme as necessidades sociais e visando o fim do contrato. É cláusula geral de interpretação, permitindo ao intérprete a busca da sua real valorização e adequação da conduta real da parte, como parâmetro de retidão, honestidade e igualdade.

---

<sup>122</sup> GOMES, **Contratos**, passim.

## **7 BOA-FÉ OBJETIVA E A CRIAÇÃO DE DEVERES ACESSÓRIOS**

A relação jurídica contratual passou por uma grande evolução no que se refere à doutrina clássica e moderna.

A doutrina clássica sempre levou em consideração apenas a prestação principal (dar, fazer e não fazer), sendo o contrato analisado pela ótica das prestações a cargo das partes.

Entretanto, a doutrina moderna reconhece que ao lado dos deveres de prestação, considerados de cláusulas centrais ou nucleares, que nada mais são do que as principais obrigações das partes dentro de um contrato, existem outros deveres envolvendo as partes na relação negocial.

Nesse sentido, podemos dizer que a relação jurídica é complexa, dotada de vários deveres, não simplesmente unitária, composta apenas pelos deveres de prestação.

Serão analisados os deveres de conduta no que tange a relação contratual, os deveres de prestação vertendo-se em normativos como a boa-fé objetiva e a função social que engendra um desdobramento dos princípios da solidariedade e da justiça social, constante na Constituição Federal (artigo 3, I e artigo 170 da CF), que transforma profundamente o paradigma individualista do Código Civil anterior.

Em cada relação contratual se alocam certos deveres de prestação, os quais se subdividem nos chamados deveres principais, ou deveres primários de prestação, os deveres secundários e os deveres laterais, anexos ou instrumentais, também chamados

de “deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção e deveres de tutela, relativos e oriundos da boa-fé objetiva”.

Como define JUDITH MARTINS-COSTA<sup>123</sup>, temos os deveres principais do contrato como o núcleo da relação obrigacional e os deveres acessórios do contrato. Estes se subdividem em duas espécies: os deveres secundários acessórios da obrigação principal preparam o cumprimento do avençado e asseguram o cumprimento da obrigação principal (v.g compra e venda o dever de conservar a coisa vendida, ou de transportá-la, ou de embalá-la) e os deveres secundários com prestação autônoma, os quais podem se revelar como verdadeiros sucedâneos da obrigação principal (como o dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação), podendo ainda ser autônomos ou coexistentes como o dever principal (v.g. o dever de indenizar, por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária).

Cabe ressaltar que os deveres primários e secundários não esgotam a complexidade da relação obrigacional. O fato é que a redução da relação unicamente a esses dois tipos de deveres não atribuiria o caráter de complexidade que esta realmente possui, uma vez que tais deveres sempre foram reconhecidos como presentes no vínculo obrigacional, não havendo inovação nessa colocação.

O que aqui importa destacar são os deveres acessórios de conduta, também denominados deveres de proteção, deveres de conduta ou deveres laterais, que atribuem caráter complexo à relação obrigacional e que emanam da boa-fé objetiva.

No que tange aos deveres acessórios de conduta, podemos evidenciar que dizem respeito, de maneira indireta, à prestação, buscando resguardar os interesses

---

<sup>123</sup> COSTA, **A boa-fé...**, p. 437-438.

envolvidos na relação negocial, não encontrando, portanto, uma ligação direta com o adimplemento do contrato.

Nesse sentido, vislumbra-se que deveres acessórios de conduta são outros comportamentos que as partes devem adotar para a perfeita realização do contrato, comportamentos que não se limitam à realização dos deveres principais. Estes deveres são, nas palavras de ENÉAS COSTA GARCIA “, a exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa”<sup>124</sup>.

Segundo DONNIMI<sup>125</sup>, podem classificar os deveres acessórios de conduta como deveres de informação, proteção e lealdade.

Os deveres acessórios são analisados a partir do cumprimento inadequado da obrigação, uma vez que há situações em que apesar do devedor cumprir a obrigação, acaba causando danos ao credor, ou seja, há o cumprimento da obrigação principal, porém não há o dever de informar corretamente sobre determinado produto ou serviço ou sobre o uso de determinada coisa, etc., causando assim, prejuízo à outra parte, com conseqüente descumprimento do dever acessório de informação.

Citando um relato de ADALBERTO PASQUALOTO<sup>126</sup>, um interessante caso julgado por um Tribunal alemão que versava sobre um jogador de bilhar, que atingiu com a parte posterior do taco a um jogador de cartas. O proprietário da casa de jogo foi condenado por não ter disposto as mesas de forma a evitar perigo. A indenização, sob

---

<sup>124</sup> GARCIA, E. C. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. passim.

<sup>125</sup> DONNIMI, R. F. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004,

<sup>126</sup> PASQUALOTO, A. A boa-fé nas obrigações civis. **Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 114.

o prisma da boa-fé objetiva, parece correta, no sentido de que faltou ao estabelecimento o dever de segurança que dever guardar em face de seus clientes.

Os deveres acessórios são indispensáveis para constatação de eventual responsabilidade por violação contratual. Existem situações em que o dever acessório está previsto em lei. Como exemplo podemos citar o transporte de coisas, onde existe a possibilidade do transportador exigir que o remetente lhe forneça uma relação das coisas que serão transportadas (dever de informação), sendo certo que, em caso de informação inexata ou falsa, será o transportador indenizado pelos prejuízos sofridos, nos termos do artigo 744 e 745 do Código Civil.

Os deveres acessórios, nos dizeres de JUDITH MARTINS-COSTA <sup>127</sup>, tratam-se de situações que exprimem determinados comportamentos diante de circunstâncias concretas da situação contratual. Ao criar esses deveres, a boa-fé atua como o elemento de otimização e especificação das condutas estabelecidas.

Podemos definir três deveres acessórios da boa-fé objetiva:

- a) dever de proteção;
- b) dever de esclarecimento;
- c) dever de lealdade.

Quanto aos deveres acessórios de proteção, as partes, desde as tratativas imediatamente antecedentes ao contrato e até o término da execução dele, encontram-se vinculadas a determinados deveres. O Direito exige um comportamento ético da parte, uma vez que acima de suas próprias conveniências pessoais existe o interesse social na preservação econômico-social.

---

<sup>127</sup> COSTA, **A boa-fé...**, p. 441.

Os deveres acessórios de esclarecimento tornam obrigatória às partes a prestação de todas as informações relevantes atinentes ao contrato, mais precisamente sobre o objeto do contrato e os efeitos do contrato em sua execução.

Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a evitar adoção de condutas que possam tornar inútil à contraparte a prestação, ou ainda torná-la menos valiosa ou excessivamente onerosa. Aqui será levada em conta a possibilidade de cada parte garantir o cumprimento do contrato e seu efeito na medida do esperado pela outra parte. Importante salientar que a concorrência e a quebra de sigilo e negócios que o exigem é fruto da quebra do dever acessório de lealdade.

Enfim, a relação contratual deve ser amparada pela lealdade, confiança, solidariedade e em um verdadeiro dever ético-social e econômico, sendo certo que os deveres centrados na boa-fé objetiva são formas de evitar desigualdades e prejuízos.

É de se notar que os deveres acessórios de conduta são um mecanismo de abertura do sistema jurídico, uma vez que não é necessário que haja uma prévia e específica determinação de quais os comportamentos que as partes deveriam adotar ou não poderiam realizar. O recurso da boa-fé objetiva, como cláusula aberta de interpretação, permite ao julgador identificar, no caso concreto, qual deveria ser o comportamento leal devido pelos contratantes.

É a boa-fé objetiva que vai dar o conteúdo dos deveres acessórios de conduta, a fim de limitar a atuação subjetiva das partes e determinar a forma correta, leal, honesta e digna de se contratar e cumprir o contratado, diante daquele caso concreto, ou seja, será a imposição aos contratantes para que façam não apenas aquilo que



tenham comprometido, mas tudo aquilo que é necessário para fazer garantir o pleno e efetivo resultado do almejado por eles.

Por fim, o Conselho da Justiça Federal<sup>128</sup>, na Jornada de Direito Civil, realizada no período de 11 a 13 de setembro de 2002, manifestou-se no sentido de que: "...a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa". Assim, a inobservância de qualquer dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva gerará o dever de indenização.

---

<sup>128</sup> Enunciado n. 24 do Conselho da Justiça Federal, prolatado na 1 Jornada de Direito Civil.

## 8 BOA-FÉ OBJETIVA E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL, CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL

A boa-fé objetiva exige das partes uma conduta de probidade em todas as fases por que passa o contrato. A quebra da boa-fé objetiva por uma das partes induziria em possíveis danos à outra parte, gerando assim, responsabilidades.

A responsabilidade contratual por quebra da boa-fé objetiva está intimamente ligada ao desrespeito dos deveres acessórios de conduta acima mencionados e isto está presente em todas as fases do contrato, desde suas tratativas (responsabilidade pré-contratual), passando pela execução (responsabilidade contratual) até momentos posteriores a sua conclusão (responsabilidade pós-contratual).

Neste capítulo analisaremos as espécies de responsabilidades, pré-contratual, contratual, e pós-contratual fazendo um elo aos deveres atingidos.

### 8.1 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

A responsabilidade pré-contratual, também chamada de *culpa in contrahendo*, ou culpa pré-negocial, é a responsabilidade que tem como campo operacional o momento das tratativas, ou seja, ainda não há o contrato, porque se há contrato é o caso de imputação da responsabilidade contratual.

Melhor expondo, é a fase de formação do contrato. É sabido que a proposta ou oferta e a aceitação constituem atos unilaterais, mas para que vincule as partes deverá haver uma bilateralidade entre elas para que suas vontades sejam expressas na

concretização do contrato e isto se dá por intermédio da aceitação, formando assim o elo entre as manifestações unilaterais, transformando-as em bilaterais.

Ocorre que há fases anteriores a proposta, chamada de fase de formação do contrato<sup>129</sup>, onde não há ainda a bilateralidade, ou seja, o acordo de vontades como fusão das declarações negociais (proposta ou oferta e aceitação) para constituir o contrato que irá representar quebra de deveres acessórios com conseqüente responsabilidade pré-negocial, decorrente da lesão à boa-fé objetiva.

Para concluir, é necessário, primeiramente, analisar o caso concreto por suas concretas circunstâncias para somente determinar se é ou não caso de responsabilidade pré-negocial. Posteriormente, deverá analisar se houve dano comprovado e o nexó de causalidade entre ele e o ato, ou omissão, imputável a um dos sujeitos da relação.

E por fim, que o ato tenha sido capaz de gerar, na parte lesada, confiança legítima, isto é, confiança fundada em dados concretos, inequívocos, avaliáveis segundo critérios objetivos racionais de que o contrato seria concluído e que não surgissem na conduta danos indenizáveis.

No entendimento de JUDITH MARTINS COSTA<sup>130</sup>, as condições da responsabilidade pré-negocial estão na confiança das partes na conclusão do contrato, por atos dirigidos a este fim, os danos oriundos da quebra desta confiança e na indesejável ruptura da relação contratual.

---

<sup>129</sup> COSTA, **A boa-fé...**, p. 482.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 485.

Verifica-se que o principal dever previsto para a fase pré-negocial é o dever de informar. Como entende CLÁUDIA LIMA MARQUES<sup>131</sup>, o dever de esclarecimento, imposto ao fornecedor de serviços sobre a forma de utilização e a qualidade dos serviços e o dever de aconselhamento imposto a um profissional especialista para com alguém que não é especialista, dando a este último as informações necessárias para que possa escolher entre os vários caminhos e soluções possíveis, qual irá seguir.

## 8.2 ANÁLISE DO PROJETO 6.960/02

O Código Civil de 2002, dessa forma, não seguiu o exemplo do Código Italiano de 1942, que prevê expressamente a necessidade de presença da boa-fé nas tratativas, conforme o seu artigo 1.337 já abordado.

Por tal razão, consta do Projeto n.º 6.960/02, de autoria do DEPUTADO RICARDO FÍÚZA, proposta de alteração do artigo 422 do Código Civil de 2002, que passaria a ter a seguinte redação: “os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e da exigência da razão e da equidade”.

Sobre a proposta, o próprio RICARDO FÍÚZA<sup>132</sup> conclui que apresenta deficiências na questão objetiva da boa-fé nos contratos. As principais insuficiências

---

<sup>131</sup> MARQUES, **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo...**, passim.

<sup>132</sup> FÍÚZA, R. **O novo código civil e as propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 77.

convergem às limitações fixadas (período da conclusão do contrato até a sua execução), não valorando a necessidade de aplicações da boa-fé às fases pré-contratual e pós-contratual, com a devida extensão do regramento.

Mas, infelizmente, essa proposta foi inicialmente rejeitada. Consta do parecer do DEPUTADO VICENTE ARRUDA, relator nomeado para a apreciação do Projeto n.º 6.960/02 na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, a seguinte fundamentação de rejeição: “Pela manutenção do texto, que fala em ‘conclusão do contrato’, que compreende a fase de negociação, elaboração, assinatura, e da sua ‘execução’, que compreende o cumprimento ou descumprimento das obrigações contratuais, bem como a solução dos conflitos entre as partes. Não devemos ceder à tentação de deixar tudo explícito, até mesmo o óbvio”.<sup>133</sup>

Não obstante isto, o enunciado n.º 25 do Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil I, 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, do STJ, indica: “ o artigo 422 do Código Civil brasileiro de 2002 não inviabiliza a aplicação, pelo legislador, a aplicação da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.”

Isso demonstra a tendência em admitir e interpretar extensivamente o artigo 422 do NCC, para admitir a imputação de responsabilidade pré-contratual e pós-contratual.

---

<sup>133</sup> O parecer nos foi enviado, por e-mail, em março de 2.004, por Mário Luiz Delgado Régis, assessor parlamentar do Deputado Ricardo Fiúza.

Neste mesmo diapasão, recentemente, a Jornada de Direito Civil III aprovou o enunciado n.º 170, de autoria do Ilustre Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas, em Pouso Alegre-MG, e Defensor Público, Francisco José de Oliveira<sup>134</sup>, que em sua peculiar sensibilidade jurídica entende que o artigo 422 deverá ser aplicado a boa-fé objetiva tanto nas fases preliminares do contrato, em todo o seu desenvolvimento e se estendendo em fase posterior para sua conclusão, quando tal exigência decorrer da natureza do objeto.

Por fim, a aplicação da boa-fé objetiva nas fases pré-contratual e pós-contratual se subentendia na interpretação do artigo 422 do NCC, ou seja, bastava uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico civil, especialmente dos contratos regidos pelo código consumerista e também, diante das novas perspectivas e sustentações filosóficas deste novo diploma de direito privado, o Código Civil de 2002, por seus princípios de socialidade, eticidade e economicidade . Com isto, não há necessidade de um projeto de lei para expressamente prever esta possibilidade, pois os enunciados, a doutrina e a jurisprudência são capazes de suprir e determinar tal entendimento.

---

<sup>134</sup> “De maneira posta pelo Código, somente na conclusão e na execução do contrato haveria necessidade de boa-fé, contrastando com a nova sistemática contratual. O contrato não pode mais ser considerado em seu modelo clássico. Assim, existe uma expectativa antes da conclusão, e alguns efeitos podem prolongar-se no tempo, dependendo do tipo de relação contratual. Vejamos o exemplo da contratação de uma empregada doméstica: Concluído o contrato de trabalho, meses depois, a empregada procura o ex-patrão para conseguir carta de referência. Se a primeira exerceu corretamente suas funções, seria lícito ao segundo, por mero capricho, negar-lhe a carta? Nesse mesmo exemplo, pós findo o contrato de trabalho, poderia a empregada revelar segredos ou intimidades do patrão, de que soube apenas pelo tipo de relação jurídica travada? Nos estritos termos do artigo 422, a resposta às duas questões seria negativa, e os prejudicados dificilmente obteriam qualquer ressarcimento.”

Em síntese, o disposto no artigo 422 do NCC já prevê a possibilidade, implícita, de interpretação para abarcar responsabilidade pré-contratual e pós-contratual, não haveria necessidade de regulamentação específica.

### 8.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

A responsabilidade contratual, quanto à conclusão e execução, não restam dúvidas de que a boa-fé objetiva deverá estar presente, exigindo o comportamento conforme os parâmetros de conduta aceito e interpretado como honesto, probo etc., durante o cumprimento da avença, o que é retirado por simples leitura do artigo 422 do Código Civil brasileiro de 2002. Aqui está compreendida a fase posterior à formação do contrato e temos como dever acessório o dever de informar e o dever de colaborar, de agir com lealdade, de forma a não obstruir ou impedir que a outra parte cumpra com suas obrigações contratuais, para que a conclusão do contrato, bem como sua execução, estejam conforme o pretendido pelas partes no momento da avença.

Por fim temos também para a incidência da responsabilidade a quebra do dever de cuidado, compreendendo o zelo pela integridade física e moral do contratante, bem como de seu patrimônio.

#### 8.4 RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL

A boa-fé objetiva insere deveres mesmo após a fase pré-contratual e contratual, permanecendo interligados até mesmo na conclusão e exaurimento total das obrigações assumidas.

A idéia de responsabilizar uma pessoa após a extinção de uma relação obrigacional, mesmo estando cumprida a prestação, não é recente. Este tema tem sido enfrentado, dentre outros, pela doutrina alemã, criadora da *culpa post factum finitum*.

Relata Menezes de Cordeiro que “a culpa post factum finitum tem origem na jurisprudência alemã da década de 20. A jurisprudência alemã construiu a teoria da culpa post factum finitum a partir de situações em que, mesmo após o cumprimento da obrigação, nos exatos termos do contrato, continuavam existindo para as partes certos deveres laterais, acessórios ou anexos, que deveriam persistir mesmo posteriormente à extinção da relação jurídica.”<sup>135</sup>

Tais deveres, de acordo com a doutrina e a jurisprudências alemãs, não estariam inseridos expressamente num contrato ou ato jurídico unilateral, mas seriam decorrentes do princípio da boa-fé.

O Professor Rogério Doninni<sup>136</sup> entende que a Culpa Post Pactum Finitum se subdividiria em aparente e em stricto sensu. Para o professor, quando há um mínimo de previsão legal para uma obrigação posterior ao encerramento do contrato, esta seria uma Culpa Post Pactum Finitum aparente.

---

<sup>135</sup> ROCHA; CORDEIRO, *passim*

<sup>136</sup> DONNIMI, p. 37.



É o caso do artigo 6.º, VI, artigo 10, §1º e o artigo 32. Ocorrendo também quando se tratar de garantia legal e contratual, ou seja, há previsões para elas. Assim, para que ocorra uma Culpa Post Pactum Finitum stricto sensu não pode existir previsão contratual nem legal, pois estas suprir-se-iam por seu vínculo obrigacional.

Acresce o Prof. Doninni<sup>137</sup> que os deveres acessórios de conduta, informação, proteção e lealdade não necessitam estar expressamente previstos em texto legal, porque a responsabilidade pós-contratual advém da quebra deles.

Já se a fundamentação surge do dever de boa-fé objetiva e da proibidade, mesmo que previsto em lei, devido a sua determinação ampla, poderá se justificar uma Culpa Post Pactum Finitum stricto sensu.

Mesmo nossa legislação e doutrina sendo escassa a respeito da responsabilidade pós-contratual, é interessante narrar decisão prolatada em agosto de 1988, tendo como relator o Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Apelação Cível, n.º 588.042.580, 5 Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (16-8.1988): “ Compra e Venda. Resolução. Culpa post factum finitum. O vendedor que imediatamente após a venda torna inviável à compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e escorraçando-a do lugar, para aproveitar-se disto e vender a casa para outrem, descumpre uma obrigação secundária do contrato e dá motivo à sua resolução. Princípio da boa-fé. Preliminar de nulidade Rejeitada.”

O referido acórdão demonstra que a responsabilidade pós-contratual pode ser invocada, tendo em vista que o antigo Código Civil de 1916, embora não tivesse previsto uma cláusula geral de boa-fé, que serviria de fundamento para a teoria da

---

<sup>137</sup> DONNIMI, p. 85.

*culpa post factum finitum*, tinha como um de seus princípios fundamentais a boa-fé, que serve perfeitamente de base para o acolhimento dessa teoria.

Para compreendermos a *culpa post factum finitum*, responsabilidade pós-contratual, não se pode basear entendimentos em contrato extinto, mas sim que a extinção da relação contratual mantém “vivos” os deveres acessórios de conduta, principalmente o que tange a confiança e a cooperação, ou seja, manter as expectativas de um negócio realizado conforme os padrões de probidade e realmente desejável.

Ora, estes deveres não decorrerão mais do contrato, mas sim da boa-fé objetiva. Coaduna a esta idéia ENÉAS COSTA GARCIA<sup>138</sup> ao expressar que a responsabilidade pós-contratual é de natureza aquiliana. A boa-fé atua como fonte do dever de conduta que a parte está constringida a observar e a violação desse dever caracteriza o ato ilícito e gera o dever de indenizar.

Como fundamento da responsabilidade pós-contratual, além do Código de Defesa do Consumidor, temos o artigo 422 do Código Civil de 2002. Porém, é necessário ampliar a interpretação deste dispositivo para abarcar estas relações jurídicas e imputar a *culpa post factum finitum*.

---

<sup>138</sup> GARCIA, p. 275.

## 9 BOA-FÉ OBJETIVA E ABUSO DE DIREITO

Não obstante constituir matéria de vasta amplitude, não haveria como discorrer acerca da boa-fé objetiva nas relações contratuais sem sequer tecer alguns comentários sobre o abuso de direito. Ainda mais, como já demonstrado, que a boa-fé objetiva está intimamente ligada à figura do abuso de direito, na medida em que torna parâmetro para a verificação da regularidade ou não do exercício de direitos subjetivos.

### 9.1 ORIGEM DO ABUSO DE DIREITO:

O abuso de direito tem sua origem na França, no início do século XIX. Construção da jurisprudência, a figura do abuso de direito foi proclamada pelos tribunais franceses em 1808 com a condenação de um industrial cuja fábrica de chapéus expelia vapores desagradáveis para a vizinhança, considerava-se como um abuso do direito de propriedade e de vizinhança<sup>139</sup>.

Todavia, há doutrinadores<sup>140</sup>, que há resquícios do abuso de direito em Roma, onde já se reconheciam limitações ao exercício de direito subjetivos.

Enfim, é inconteste que a origem da figura do abuso de direito ocorreu na França como importante substrato jurisprudencial que veio posteriormente influenciar a positivação em diversos ordenamentos mundiais.

---

<sup>139</sup> ROCHA; CORDEIRO, p. 670-671.

<sup>140</sup> LOUREIRO, L. G. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002. passim.

## 9.2 CONCEITO DE ABUSO DE DIREITO:

COUTINHO DE ABREU, dispondo acerca do artigo 334 do Código Civil Português<sup>141</sup>, ensina-nos que no abuso de direito temos não verdadeiramente um direito, mas sim um direito aparente.

ORLANDO GOMES aponta que:

A concepção do abuso de direito é uma construção doutrinária destinada a tornar mais flexível a aplicação das normas jurídicas inspiradas numa filosofia que deixou de corresponder às aspirações sociais da atualidade. Neste sentido, é um conceito amortecedor. Em verdade, sua função precípua é amortecer os choques freqüentes entre a lei e a realidade. Trata-se, no fundo, de uma técnica de reanimação de uma ordem jurídica que se está esgotando. Em última análise, o conceito nega a tese que pretende reanimar, mas, ainda assim, assegura a estabilidade do sistema em que se introduz.

Concluindo: "o abuso de direito é uma fórmula elástica que permite conter toda ação que se reputa inconveniente à nova ideologia das relações humanas, ao novo sentido que se vem emprestando ao comportamento social".<sup>142</sup>

Corroborando PLANIOL, que acreditava ser antinômica a idéia de conceber um abuso no exercício de um direito lídimo, a doutrina e jurisprudência mais modernas paulatinamente assentaram a antijuridicidade objetiva daquele que em exercício de um direito próprio excede-lhe em detrimento alheio<sup>143</sup>, o que veio a moldar, como dantes pontuado, a faceta objetiva da conduta de boa-fé calcada em padrão jurídico finalístico.

---

<sup>141</sup> ABREU, J. M. C. de. **Do abuso de direito**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 67-68.

<sup>142</sup> GOMES, O. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 124.

<sup>143</sup> Id.

Sob tal flanco, em termos latos, CUNHA LUNA <sup>144</sup> nos mostra que o direito subjetivo não é uma faculdade ou poder do indivíduo, mas sim como função social e o abuso do direito seria um ato contra esta finalidade. Trata-se de um autêntico standard jurídico, se o indivíduo desvia o poder jurídico do seu próprio e característico fim social ou econômico, incide na prática de abuso de direito.

Nosso ordenamento jurídico determina o abuso de direito no artigo 187 do nosso Código Civil de 2002, onde nosso legislador, com mínimas alterações, reproduziu o artigo 334 do Código Civil Português.<sup>145</sup>

O abuso de direito, como exposto no artigo 187 do Código Civil de 2002, realça um critério que não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social, ou seja, no comportamento diverso dos padrões éticos de lealdade, eticidade e socialidade. O artigo 187 expõe que o direito subjetivo seria um direito-finalístico, onde o exercício abusivo romperia o equilíbrio econômico social, gerando assim, independentemente de culpa (intenção), a obrigação de reparação de danos.

Coaduna com este entendimento o Enunciado n.º 37 da I Jornada de Direito Civil, do CJF (Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se exclusivo no critério objetivo-finalístico”.

---

<sup>144</sup> LUNA, E. da C. **Abuso de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. passim.

<sup>145</sup> Artigo 334 do Código Civil Português: “É ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Enfim, é o ato lícito no antecedente e ilícito no conseqüente, como bem colocado por NELSON ROSENVALD<sup>146</sup> ao afirmar que no abuso de direito a pessoa não fere diretamente a estrutura normativa, mas sim ofende a valoração no uso do seu direito subjetivo, conduzindo de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento jurídico.

### 9.3 TIPOS DE ATOS QUE CONFIGURAM ABUSO DE DIREITO

#### 9.3.1 *Venire Contra Factum Proprium*

O *Venire contra factum proprium* atinge diretamente o princípio da confiança. Por ele a pessoa não pode desdizer o que disse, retirar o valor da promessa em determinado negócio jurídico em momento posterior, ou seja, não é dada alteração na postura inicial de um negócio após se portar de um mesmo modo por determinado período, uma vez que já criou uma certa expectativa na parte contrária.

O *venire contra factum proprium* impede que a pessoa, em uma relação jurídica negocial, aja com condutas contraditórias àquela adotada no momento anterior, conforme nos ensina MENEZES CORDEIRO<sup>147</sup>: o agente fica adstrito a não contradizer o que primeiro fez e disse. Ainda continua: a proibição de *venire contra factum proprium*

---

<sup>146</sup> ROSENVALD, N. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof Agostinho Alvin). p. 122.

<sup>147</sup> ROCHA; CORDEIRO, p. 200.

não visa manter a uma atuação gerada primeiramente, onde não é reconhecido pelo direito, mas sim proteger a pessoa que confiou e acreditou nesta situação e a teve por boa.<sup>148</sup>

A doutrina considera como requisito para que seja configurado o *venire contra factum proprium*: a) a existência de uma conduta anterior, relevante e eficaz; b) exercício de um direito subjetivo pelo mesmo sujeito que criou a situação litigiosa devido à contradição existente entre as duas condutas; c) a identidade de sujeitos que se vinculam em ambas as condutas.<sup>149</sup> Anderson Scheiber considera como pressupostos para a incidência do *venire*: a) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; d) um dano ou , no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.<sup>150</sup>

Temos como exemplo o dispositivo introduzido pelo artigo 330 do Código Civil de 2002<sup>151</sup> cuja natureza corresponde ao dever de não contradizer o ato próprio. Outro dispositivo é o artigo 619 do Código Civil de 2002 que diz respeito ao contrato de empreitada, mediante o qual o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando e nunca protestou;

---

<sup>148</sup> ROCHA; CORDEIRO, p. 769.

<sup>149</sup> BORDA, A. **La teoría de los actos propios**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 12.

<sup>150</sup> SCHREIBER, A. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contr factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 271.

<sup>151</sup> “Artigo 330: (...) O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”

não pode prevalecer o contrato contrariando essa conduta assim consolidada, dentre mais.

O Superior Tribunal de Justiça definiu, de forma bem taxativa e interessante este instituto, que para se ter um comportamento por relevante, há de ser lembrada a importância da doutrina sobre os atos próprios. Assim:

O direito moderno não compactua com o venire contra factum proprium, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (MENEZES CORDEIRO, Da Boa-fé no Direito Civil, 11/742). Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior. (Resp n. 95539-SP Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR)

Restou consignado pelo então relator Min. RUY ROSADO que o sistema jurídico nacional deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com os princípios éticos, inspiradores do sistema. De outra feita, consignou-se que o terceiro de boa-fé não pode ser prejudicado por erro próprio da administração, sob a "aplicação dos princípios de que nemo potest venire contra factum proprium e de que nemo creditur turpitudinem suam allegans" (Resp. n. 47.015(94.011462-1) – SP Relator Ministro ADHEMAR MACIEL). A Corte de Estrito Direito Ordinário já se pronunciou no sentido de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa, ou seja, voltar



sobre os próprios passos para infringir a estabilidade da boa-fé objetiva, restringindo-se com isso o uso abusivo de um direito teoricamente legitimado.

Com isto demonstra a preocupação em se proteger a confiança demonstrada em uma relação contratual. O *venire contra factum proprium*, em síntese, atinge diretamente o dever acessório da confiança porque infere uma perspectiva contratual, mediante condutas direcionadas para uma determinada finalidade e, posteriormente, atua de forma contraditória afetando a perspectiva que a parte contratante mantinha na avença. As partes deverão manter a retidão de conduta anterior não podendo quebrar a estabilidade da boa-fé objetiva, porque, em tese, já definiram a expectativa gerada no contrato. Como já anteriormente mencionado, representaria desdizer o que já disse.

### 9.3.2 A *Supressio* e a *Surrectio*

A *supressio* é situação do direito que deixou de ser exercida em determinado momento. A parte quebra o dever de confiança e deixa de agir em determinada situação, ocasionando assim prejuízo à outra parte.

A *surrectio*, o exercício continuado de uma situação jurídica ao arpejo do convencionado ou do ordenamento implica nova fonte de direitos subjetivos.

Ambas, a *supressio* e a *surrectio* são formas de repercussão do tempo nas relações jurídicas, que no nosso Código tem uma disciplina específica nos artigos 178, 205 e 206 do Código Civil de 2002.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça aplicou estes institutos em um caso que envolvia um condomínio edilício que possuía uma isolada parte do terreno

constituída de área comum, mas cuja utilização seria razoavelmente adequada a apenas dois condôminos. Durante muitos anos, a área foi utilizada apenas por eles, inclusive com anuência dos condôminos em assembléia-geral. Após muito tempo, o condomínio decidiu solicitar novamente o referido terreno sem, entretanto, demonstrar a utilidade da área para si, fundamentando seu pedido apenas e tão-somente no direito de propriedade, sendo assim julgado:

Para isso pode ser invocada a figura da *supressio*, fundada na boa-fé objetiva, a inibir providências que já poderiam ter sido adotadas há anos e não foram, criando a expectativa, justificada pelas circunstâncias, de que o direito que lhes correspondia não mais seria exigido. (...) A *supressio* pode ser bem aplicada neste caso, pois houve prolongado comportamento dos titulares, como se não tivessem o direito ou não mais quisessem exercê-los; os condôminos ora réus confiaram na permanência desta situação. Ademais, a vantagem da autora ou do condomínio seria nenhuma, e o prejuízo dos réus considerável. Penso que, no caso, se pode fazer boa aplicação do princípio.<sup>152</sup>

Em contrapartida aos dois condôminos que utilizavam a área, a conduta tipificou a *surrectio* por terem adquirido a eficácia de um direito pela inércia alheia.

---

<sup>152</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4. Turma. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupado com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação a mis de 20 anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o status quo. Aplicação do princípio da boa-fé ( *supressio* ). Recurso. Conhecido e provido. Recurso Especial n 1999/0042832-3. Recte: Baptista Marconi Netto e outros, Recto: Sônia Fochi Sanita. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Data do Julgamento: 10 de agosto de 1999. [http:// www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

### 9.3.3 Regra *Tu Quoque*

Aqui seria mais ou menos o brocárdio jurídico que ninguém poderá alegar a própria torpeza. Importa dizer que quem viola determinada norma jurídica não poderá exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe atribuiu.

O *tu toque* age simultaneamente sobre os princípios da boa-fé e da justiça contratual, pois pretende não só evitar que o contratante faltoso se beneficie de sua própria falta, como também resguardar o equilíbrio entre as prestações.<sup>153</sup> Aqui o sujeito abusa de uma norma jurídica e depois tenta tirar proveito da situação em benefício próprio.

### 9.3.4 Desproporção entre Vantagem e Prejuízo no Exercício dos Direitos

Este tipo de exercício abusivo de direito se aproxima muito do instituto da lesão, constante no artigo 157 do Código Civil brasileiro de 2002. Seria a desproporção entre a vantagem excessiva de uma parte em detrimento do prejuízo de outra.

Por força da cláusula geral da boa-fé, é de evitar a desproporção entre benefício auferido e sacrifício imposto.

---

<sup>153</sup> ROSENVALD, p. 142.

## **10 SEGURANÇA JURÍDICA NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DIANTE DA BOA –FÉ OBJETIVA**

A preocupação deste capítulo é a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva pelo juiz nas relações contratuais sem que seja gerada insegurança jurídica entre as partes.

### **10.1 SEGURANÇA JURÍDICA NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS COM FUNDAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916**

Com a predominância das raízes sociológicas e filosóficas do Estado Liberal em nosso Código Civil de 1916, tínhamos o apogeu da autonomia da vontade como fonte geradora de deveres contratuais. Da autonomia da vontade se extraía os aresos da obrigatoriedade da convenção como forma de vincular os contratantes ao avençado. O contrato era o símbolo e o instrumento de atuação da iniciativa individual e da vontade autônoma, ao qual o poder estatal dá validade.

A segurança jurídica das partes contratantes se exteriorizava com a vinculação da manifestação da vontade no contrato, “fazendo lei entre as partes”. Havia esta segurança uma vez que as interpretações seriam vinculadas ao poder de liberdade contratual e à declaração desta vontade no contrato.

Ao contratar, as partes manifestam sua vontade, em regra são livres e capazes. Diante disto, as cláusulas do contrato têm força obrigatória — *pacta sunt servanda* — e qualquer alteração só poderá ser efetuada mediante o concurso de vontades. Assim,

em face da força vinculante dos contratos<sup>154</sup> e do princípio da autonomia da vontade, os contratos devem ser fielmente cumpridos entre as partes, de acordo com o pactuado, cabendo a cada um dos contratantes suportar as conseqüências, ainda que indesejáveis, mas previsíveis que decorrem da celebração de um contrato.

Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico, conforme abalizado ensinamento de Orlando Gomes<sup>155</sup>, demonstrando a força obrigatória, consubstanciando-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, na intangibilidade do conteúdo dos contratos e na impossibilidade de intervenção do juiz sob pena de ferir a liberdade de contratar.

Na mesma linha de pensamento, ARNALDO RIZZARD<sup>156</sup> nos orienta no sentido que a força da lei que a manifestação de vontade gera se manifesta entre os próprios contratantes.

A vinculação da vontade no contrato transformava-o em um instrumento de grande segurança jurídica e tranqüilidade de cumprimento do avençado, uma vez que as partes se comprometem *sponte sua* na relação jurídica contratual, previamente conhecendo os alcances e limites do negócio.

Ocorre que os tempos mudaram, a sociedade brasileira se desenvolveu e o contrato modificou, no sentido econômico e social, demonstrando a necessidade do órgão jurisdicional intervir na manifestação de vontade para atingir uma finalidade mais equânime, justa e solidária do avençado.

---

<sup>154</sup> Artigo 928 do Código Civil Brasileiro de 1916.

<sup>155</sup> GOMES, **Contratos**, p. 38-39.

<sup>156</sup> RIZZARD , p. 36

A manifestação de vontade de forma absoluta começou a ter uma certa relativização e adequação às reais necessidades das partes e repercutir em um interesse geral, social.

Mesmo a doutrina e jurisprudência já assinalando, na vigência do Código Civil de 1916, a relativização da vontade e a possibilidade de controle judicial ao alcance e limite do negócio jurídico, as partes confiavam no ato jurídico perfeito e acabado e na força vinculante dos contratos. Ora, o contrato é a maior expressão econômica de um país, geradora de expectativa, de direitos e obrigações, por isso deve-se manter a certeza de seu cumprimento como manifestado.

Embora esta confiança no cumprimento seja uma assertiva, o Estado não pode ficar de fora de relações jurídicas que repercutem na esfera social e econômica sem apreciar os alcances valorativos do negócio jurídico, a fim de manter o equilíbrio destas relações. O Código Civil de 2002 trouxe isto, ou seja, a possibilidade de interpretar os contratos conforme os ditames da boa-fé e os usos e costumes do local, sempre almejando uma relação jurídica digna e honesta que atendam as expectativas das partes e mantenha a segurança jurídica no cumprimento do avençado.

## 10.2 SEGURANÇA JURÍDICA NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS COM FUNDAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002, DIANTE DA CLÁUSULA ABERTA DA BOA-FÉ OBJETIVA

Vimos que a boa-fé objetiva cuida do disciplinamento ético do comportamento dos contratantes, um em relação ao outro. O que se pode afirmar é que as partes, tanto nas tratativas (responsabilidade pré-contratual) como na consumação e na execução (responsabilidade contratual), bem como na fase posterior do contrato já cumprido (responsabilidade pós-obrigacional), sujeitam-se aos ditames da boa-fé objetiva como fator basilar da interpretação do negócio e da conduta negocial. Em todas estas fases negociais, sobrepõe a atividade do juiz na aplicação do direito ao caso concreto, porque não encontrará apenas na norma legal o tipo normativo a aplicar ao caso concreto, mas terá de descer até aos usos e costumes locais para definir a eticidade e, conseqüentemente, a licitude do comportamento dos contratantes, e ainda para bem definir o conteúdo da relação obrigacional.

A boa-fé objetiva tem a finalidade não só como conceito ético de conduta, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e sua finalidade econômico-social, razão da necessidade de inspirar segurança jurídica entre as partes contratantes.

O Código Civil de 2002 nos trouxe, iluminado pela boa-fé objetiva, a função social do contrato visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica em um contexto constitucional de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa e dignidade das partes, fornecendo assim a base e os fundamentos para

uma intervenção no âmbito da autonomia contratual. Além do contesto externo do contrato, ou seja, sua incidência, *ultra partes*, internamente aparece como vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização de seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio.

Diante da intervenção econômica da intervenção social do contrato que a boa-fé objetiva irá manifestar na regulamentação e intervenção na manifestação de vontade das partes, a manifestação de vontade existirá e permanecerá de forma livre e consciente como exteriorização do poder de autodeterminação do ser humano. O que será, de certa forma, controlado serão os efeitos desta manifestação na ordem econômica, na função social e no interesse das partes.

O controle e apreciação da conduta das partes, manifestada pela vontade nos contratos, será feita pelo juiz levando-se em conta a cláusula aberta de interpretação, a boa-fé objetiva, regulando a extensão e o exercício dos direitos subjetivos.

Chegamos, anteriormente a conclusão de que a boa-fé objetiva tem a natureza jurídica de cláusula aberta de interpretação, e como tal, de forma resumida, exigindo do juiz uma atuação especial, atribuindo uma certa mobilidade ao sistema, buscando tanto externamente sua aplicação em conceitos além do sistema jurídico, como os costumes e usos do local, como internamente através de princípios e regras que serão transladadas para a situação concreta.



Quando a norma<sup>157</sup> determina ao contratante comportar-se de acordo com a boa-fé, mas não lhe diz qual o comportamento esperado nas circunstâncias do negócio, caberá ao juiz, em caso de litígio, fixar o comportamento que deveria ter sido observado quanto ao prazo, modo, lugar, enfim, as relações de manifestadas no contrato.

Evidentemente que isso gerará uma insegurança jurídica, porque os contratantes dependerão da interpretação do juiz para definir qual o comportamento que seria exigido para se adequar à lei, uma vez que deverá suprir a cláusula aberta da boa-fé objetiva.

Disso sobressai a responsabilidade do juiz de agir com extremo cuidado ao estabelecer a norma de dever que ele usará como parâmetro para resolver o caso concreto.

Tratando a boa-fé objetiva de cláusula a aberta de interpretação, impondo assim, ao julgador, uma técnica judicial especial de julgar com maior atenção, maior sensibilidade, maior conhecimento social é que vinculará a atividade interpretativa de modo discricionário, nunca arbitrário, sempre em atenção a alguns parâmetros, para retirar a sensação de insegurança jurídica:

Vejamos:

- a) as decisões deverão ser sempre motivadas: o juiz deverá explicar às partes e à comunidade jurídica como e por que tais condutas foram consideradas como devidas no caso concreto e no processo, que levaram a solução da causa. A motivação da decisão como garantia constitucional, artigo 93,

---

<sup>157</sup> Artigo 422 do Código Civil Brasileiro: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução os princípios de probidade e boa-fé”

IX<sup>158</sup>, manterá as partes seguras, confiantes e alerta em suas condutas, além de mostrar transparência do órgão jurisdicional e um modo de controle do sistema judiciário.

- b) também se extrairá , para interpretação e aplicação da boa-fé objetiva, no ordenamento jurídico infra-constitucional em seus princípios fundamentais, como o Código de Defesa do Consumidor, pela princípio da equidade e da vulnerabilidade do consumidor.
- c) deverá o juiz deverá buscar o resultado prático e econômico que visa o contrato alcançar e das legítimas expectativas que dele pode esperar as partes, como homem comum.
- d) por fim, deverá ter em conta às experiências comuns nos usos e costumes do local de celebração do contrato.

Com isto o juiz atenderá àquela recomendação de interpretar o contrato conforme a boa-fé e os usos e costumes do local, além de interpretar os contratos nos ditames de probidade, preservando assim o equilíbrio das partes em uma relação justa, solidária e digna. Não cairá em um subjetivismo de uma interpretação, que pode corresponder o que do contrato esperava as partes, mas sem ser o senhor do interesse do jogo, promoverá sua adaptação em conformidade com a expectativa, que em torno de seu resultado, nutre o homem comum, independente de conhecer todas as cláusulas.

---

<sup>158</sup> Artigo 93, IX da Constituição Federal: "...todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;"

Conciliam-se, desse modo, a necessidade de segurança das relações jurídicas e o respeito ao ato jurídico perfeito, mas de outros, não se transforma o contrato em um instrumento de submissão de uma das partes em relação à outra. Com isto o juiz desempenhará se papel de criador de norma em caso concreto, diante da abertura do sistema da boa-fé objetiva atendendo as necessidades sociais e os ditames constitucionais da produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana digna, justa e equânime.

## 11 BOA-FÉ OBJETIVA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Um novo movimento doutrinário surge para dar um enfoque dos direitos civis pelo manto do direito constitucional. Nos dizeres de LUIZ EDSON FACHIN, “todo o Standard normativo infraconstitucional deve se amoldar ao modelo axiológico constitucional”<sup>159</sup>, é reflexo evidente da evolução dos valores sociais e da necessidade de, em prol destes, obter-se a faceta privatística das leis ordinárias sob o prisma da Lei Fundamental. Justamente na esteira principiológica dos preceitos 1º III, 3º I e 5º da Carta Magna de 1988, mormente na dignidade da pessoa humana, nos lindes do diploma Civil de 2002, ainda que ideologicamente, a primazia do formalismo jurídico deu lugar à eticidade, à socialidade e a operabilidade.

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1, III da Constituição Federal, como princípio superior, trata do respeito à dignidade de todas as pessoas, norteador de condutas dignas, justas e solidárias, definida, do ponto de vista jurídico, como atributo da pessoa humana, “fundamento primeiro e a finalidade última, de toda atuação estatal e mesmo particular”<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> FACHIN, L. E. Apreciação crítica do código civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo. **Coligido in Revista Jurídica**. Rio Grande do Sul: Notadez, ano 52, n. 304, 17-22, fev. 2003.

<sup>160</sup> SAMPAIO, D. F. **A intervenção do estado na economia e o princípio da dignidade da pessoa humana ante a nova lei ambiental**. n. 1. Brasília: CEJ, 2000.

A dignidade da pessoa expressa, como afirma Elimar Szaniawski<sup>161</sup>, este direito que garante ao indivíduo a autodeterminação como expressão maior do exercício da cidadania, garante o respeito como ser intelectual.

A dignidade da pessoa humana é um princípio de importância ímpar, pois repercute sobre todo o ordenamento jurídico. É um mandamento nuclear do sistema que irradia efeitos sobre as outras normas e princípios, é um “verdadeiro supraprincípio, a chave de leitura e da interpretação dos demais princípios fundamentais e de todos os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição”<sup>162</sup>. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamental à República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado.

No entendimento de ELIMAR SZANIAWSKI<sup>163</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser analisado sob dois aspectos. O primeiro como essência da pessoa humana em suas relações individuais e o outro como fundamento da ordem política e da paz social, emitindo juízos de valores gerais e determinantes que vinculam o poder público e seus órgãos, podendo inclusive trazer limitações às liberdades públicas. Diante disto, ao considerarmos o primeiro aspecto, o princípio da dignidade da pessoa humana atuará como uma cláusula geral de tutela da personalidade e, no segundo aspecto, como princípio fundamental, matriz e gerador dos direitos fundamentais.

---

<sup>161</sup> SZANIAWSKI, E. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 140.

<sup>162</sup> Id.

<sup>163</sup> Id.

Nas relações intersubjetivas, o princípio da dignidade da pessoa humana, analisada como cláusula geral, impõe um comportamento correto, ético e equânime na celebração de qualquer negócio jurídico. Frise-se, por oportuno, que desse princípio, atuando como cláusula geral decorre a boa-fé objetiva, que ordena, em suma, um comportamento ético entre os contratantes, não transgredindo a boa-fé, probidade e a função social do contrato, além de derivar os direitos concernentes ao respeito da pessoa humana em todas as suas dimensões, o respeito da integridade física e psíquica da pessoa, sua liberdade individual, dentre outros.

No enfoque do direito contratual, a violação dos deveres acessórios (laterais ou anexos), após a extinção de uma obrigação prevista em um contrato, fere a cláusula geral da boa-fé e, conseqüentemente, sua base inspiradora, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana os princípios da solidariedade e da igualdade, pois são verdadeiros instrumentos da efetiva proteção dos direitos personalíssimos do homem.

A solidariedade, prevista no artigo 3, I da Constituição Federal, está vinculada às cláusulas gerais, pois estas buscam o comportamento solidário entre as partes, ou seja, uma atitude compatível com a concepção social no contrato e a boa-fé objetiva.

Já o princípio da igualdade, previsto no artigo 5, *caput*, da Constituição federal, deve ser visto como um princípio da justiça social e da dignidade de pessoa humana. Há evidente vínculo desse princípio com uma política de justiça social e da boa-fé objetiva. Sendo assim, está compreendido no ideal de igual e dignidade social da

pessoa humana. Cabe ainda dizer que a igualdade tem por objetivo realizar a igual dignidade do ser humano, para que seja efetivada a justiça social.

Portanto, os princípios da solidariedade e da igualdade têm por fim o desenvolvimento e o respeito à pessoa humana. Assim, não há justiça social com a violação, numa relação jurídica, dos deveres acessórios que são oriundos da boa-fé objetiva. A boa-fé objetiva, inspirada na confiança, lealdade, probidade, solidariedade e função social, só se materializa e toma espaço no mundo jurídico e metajurídico quando está inspirada sempre na realização e busca da dignidade da pessoa humana, e no vertente caso na dignidade das partes contratantes.

Cogitando de um sistema aberto, cuja supremacia axiológica é referida pela dignidade da pessoa humana, o direito civil e a Constituição manterão intenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios que lhe são comuns. Nessa constante travessia, a boa-fé objetiva é sentida como a concretização do princípio da dignidade no campo das obrigações. Consiste no chamado direito civil-constitucional justamente na reconstrução do direito privado mediante envio dos valores aos princípios constitucionais e, posteriormente, do ingresso desses princípios no Código Civil através da “janela” das cláusulas gerais .<sup>164</sup>

TEREZA NEGREIRO<sup>165</sup> nos ensina que deverá haver uma “coesão sistêmica” entre o direito civil e o direito constitucional para assim haver o direito privado, no instante, contratual, por uma perspectiva constitucional. A boa-fé objetiva só ingressa

---

<sup>164</sup> ROSENVALD, p. 142.

<sup>165</sup> NEGREIRO, T. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. passim.

como cláusula aberta de interpretação por razão de sua natureza de dever de conduta, visando a proteção da sociedade e a dignidade das partes contratantes.

Colhemos, neste sentido os ensinamentos de JUDITH MARTINS COSTA<sup>166</sup>:  
“Toda e qualquer norma do ordenamento se funda no princípio da dignidade, cuja eficácia se projeta por todo o ordenamento. Por seu específico significado, a solidariedade social, exigência também decorrente do reconhecimento da fundamental dignidade da pessoa, atine com a boa-fé objetiva de modo mais direto e imediato.”

Como o direito quer prestigiar as condutas cooperativas, a boa-fé objetiva guardará sensivelmente nos objetivos fundamentais da República, uma vez que a Constituição pretende garantir uma sociedade solidária.

Enfim, o Código Civil de 2002 trouxe a cláusula geral da tutela da personalidade da pessoa humana oriunda do princípio maior da dignidade da pessoa humana que origina os princípios da solidariedade e igualdade que tem sempre a finalidade de produzir, reproduzir e desenvolver a vida do homem como ser intelectual. As cláusulas gerais deverão ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal que é a base de princípios e interesses sociais. A boa-fé objetiva como cláusula geral de regulamentação da conduta do homem nas relações contratuais origina-se da cláusula geral da tutela da personalidade.

---

<sup>166</sup> COSTA, J. M. Mercado e solidariedade social. In: \_\_\_\_\_. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. passim.



## 12 CONCLUSÃO

O Código Civil de 2002, traz a boa-fé, relacionada aos negócios jurídicos, positivada em três artigos (113, 187 e 421), agora com conotação *objetiva*, como princípio a ser observado em todas relações civis e comerciais.

Como norma de interpretação no artigo 113 estabelecendo que os negócios jurídicos deverão ser interpretados conforme a boa-fé. O artigo 187 coloca a boa-fé, ao lado da função social do contrato e dos bons costumes, como limitadora da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Já o artigo 421, disciplina a incidência da boa-fé objetiva nas fases de conclusão do contrato como em sua execução. Como se vê, neste artigo, a boa-fé está inserida como uma cláusula geral implícita a todos os contratos civis e comerciais, bem como associou a boa-fé ao que se denominou de princípio da 'probidade'. Outrossim, o presente dispositivo tem seu alcance normativo nas fases pré-contratuais, diante dos entendimentos do Conselho da Magistratura Federal, a doutrina mais especializada e demonstrada no vertente trabalho, bem como está sendo inserido como projeto de lei n.º 6.960/02.

A incidência da boa-fé objetiva, sobre a disciplina obrigacional, determina uma valorização da dignidade da pessoa humana em substituição à autonomia da vontade, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de solidariedade e cooperação entre as partes, auxiliando a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em seu aspecto intelectual.

A boa-fé objetiva está hodiernamente presente em todas as relações contratuais como parâmetro de conduta honesta, digna, confiável e ética. A manifestação de vontade sai de uma esfera individual para repercutir no âmbito social para demonstrar a solidariedade e igualdade que os contratos têm de manter em uma sociedade justa, para que assim se possa atingir seu fim ético e comum.

É a manifestação do desejo de cooperação e confiança na realização de um contrato que abrange interesses particulares e também sua função social que irá exteriorizar os fundamentos da boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva é tendência de interpretação de condutas, no contrato, utilizada em diversos ordenamentos jurídicos alienígena e com forte influência na nossa regulamentação do Código Civil de 2002. Influência esta do Código Civil Alemão, como fonte de normas de conduta, como delimitação ao exercício de posições jurídicas, como elemento de reforço da ligação obrigacional e como bitola para interpretação dos negócios jurídicos.

A boa-fé objetiva como cláusula geral de interpretação dá uma margem muito grande ao poder discricionário do juiz na aplicação e determinação de condutas contratuais, o que pode gerar uma certa insegurança jurídica para as partes e para o sistema da liberdade individual. Todavia, a insegurança jurídica gerada é somente aparente, uma vez que o próprio sistema e seus fundamentos principiológicos regulam e limitam a atuação do juiz na interpretação e aplicação deste instituto.

Os poderes do juiz advêm de um Estado democrático de direito e como tal exige a motivação de suas decisões como forma de controle de atuação de seu poder, ainda mais quando se trata de cláusula aberta de interpretação da boa-fé objetiva,

demonstrando os fundamentos da sentença e o raciocínio do entendimento do órgão julgador na situação concreta. Não obstante isto, o poder discricionário do juiz esbarra nos princípios constitucionais vigentes e nos princípios infra-constitucionais para assim decidir e determinar a conduta que irá se adequar às exigências da boa-fé objetiva diante do contrato celebrado.

A boa-fé objetiva é uma forma de interpretação contratual mais equânime e com fundamentos determinantes na pessoa humana em sua dignidade intelectual, preservando sua liberdade contratual como exteriorização de seu poder de auto-determinação, regulando assim a conduta do indivíduo contratante em consonância com princípios sociais e preocupação com a sociedade em que vive.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, J. M. C. de. **Do abuso de direito**. Coimbra: Almedina, 1999.

AGUIAR JÚNIOR, R. R. de. **Do incumprimento contratual**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALVIM, A. A função social dos contratos no novo código civil. In: PASINI, N.; LAMERA, A. V. Ú.; TALAVERA, G. M. (Coord.). **Simpósio sobre o novo código civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2003.

AZEVEDO, A. J. de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito USP**, São Paulo, n. 87, p. 79-90, 1992.

\_\_\_\_\_. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado**. São Paulo: RT/775, maio 2000.

AZEVEDO, A. V. **Teoria Geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, N. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Brasília: Unb, 1996.

BORDA, A. **La teoria de los actos propios**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

CALASSO, Francesco. **Il negozio giuridico**. Milão: Giufrè, 1959.

COELHO, A. F. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**: comparado, comentado e analisado. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1924.

CORREIA, A.; SCIASCIA, G. **Manual de direito romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: Estado da Guanabara, 1969. (Série “Cadernos Didáticos”).

COSTA, J. M. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 4, p. 140-191, 1992

\_\_\_\_\_. **A noção de contrato na história dos pactos**. Uma vida dedicada ao direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, editor dos juristas . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. Mercado e solidariedade social. In: \_\_\_\_\_. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. **Revista de informação Legislativa**. Brasília, n. 126, abr./jun., 1995.

\_\_\_\_\_. **Princípios informadores do sistema de direito privado**: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. São Paulo: RT, 2002

DAIBERT, J. **Dos Contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro:Forense,1995.

DONNIMI, R. F. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004,

DUARTE, R. P. **Boa-fé , abuso de direito e o novo código civil brasileiro**. Doutrina Cível – Primeira Seção. ano 92. RT/817. nov. 2003.

FACHIN, L. E. Apreciação crítica do código civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo. **Coligido in Revista Jurídica**. Rio Grande do Sul: Notadez, ano 52, n. 304, 17-22, fev. 2003.

FIUZA, R. **O novo código civil e as propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, A. T. de. **Appontamentos ao código do commercio**. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1878.

GARCIA, E. C. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GIORGI, J. **Teoria de las obligaciones en el derecho moderno**. v. 3. n. 16. Madrid: Espanha, 1901.

GODOY, C. L. B. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Prof. Augusto Alvim).

GOMES, O. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

LOBO, P. L. N. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **Contrato e mudança social**. São Paulo: RT/722, dez. 1995.

LOUREIRO, L. G. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002.

LUNA, E. da C. **Abuso de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, C. A. B. de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MENGONI, L. Spunti per una teoria delle clausole generali, In: *Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento*. v 3. Milano: Giufrè, 1985.

MIRANDA, P. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTEIRO, W. de B. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 2. parte. 28. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1995.

NEGREIRO, T. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

NERY JÚNIOR, N. Os princípios gerais no código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 3. p. 44-77, 1999.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Novo código civil anotado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



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

OLIVEIRA, U. M. de. **Princípios informadores do sistema de direito privado**: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. Rio Grande do Sul, 1995. Trabalho de Pós-Graduação (Disciplina Teoria Geral do Direito Privado) – Mestrado em Direito, Setor de Pós Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

PASQUALOTO, A. A boa-fé nas obrigações civis. **Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. 10. ed. v. III. n. 186. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PERLINGIERI, P. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Scientifiche Italiane, 1984.

RÃO, V. **Ato jurídico**: noção, pressuposto, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3 ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

REALE, M. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Visão geral do novo código civil**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 30 dez. 2003.

RIPERT, G. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bokseller, 2002.

RIZZARD, A. **Contratos**. v.1. n. 85. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

ROCHA A. M. da; CORDEIRO, M. **Da boa-fé no direito civil**. v. I-II. Coimbra: Almedina, 1984.

RODRIGUES, A. P. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. de Wagner D. Gliglio. 3. tirag. São Paulo: LTR/EDUSP, 1994.

RODRIGUES, S. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Dos contratos**. v. III. São Paulo: Saraiva, 1972.

ROPPO, E. **O contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, N. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof Agostinho Alvin).

SAMPAIO, D. F. **A intervenção do estado na economia e o princípio da dignidade da pessoa humana ante a nova lei ambiental**. n 1. Brasília: CEJ, 2000.

SCHREIBER, A. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contr factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, C. V. do C. e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_\_. **A obrigação como processo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. SILVA, C.V. do C. e. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, V. M. J. de. (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SZANIAWSKI, E. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, G. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, C; NAVES, B. T. de O.; SÁ, M. de F. F. (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEODORO JÚNIOR, H. T. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VASCONCELOS, A. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VENOSA, S. **Teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1997.