

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA ESTATUÍDO NO ARTIGO 422
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Maisa Conceição Gomes Gontijo

Belo Horizonte
2009

Maisa Conceição Gomes Gontijo

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA ESTATUÍDO NO
ARTIGO 422 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Macedo Poli

Belo Horizonte
2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G641a Gontijo, Maisa Conceição Gomes
Análise do princípio da boa-fé objetiva estatuído no artigo 422 do Código Civil brasileiro / Maisa Conceição Gomes Gontijo. Belo Horizonte, 2009.
123f.

Minas Orientador: Leonardo Macedo Poli
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito civil. 2. Contratos. 3. Boa-fé (Direito). 4. Código Civil (2002). I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.443

Maisa Conceição Gomes Gontijo

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA ESTABELECIDO NO ARTIGO 422
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais para obtenção do título de Mestre em Direito
Privado.

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli (orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto – Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza – PUC Minas

Prof^ª. Dr^ª. Taisa Maria Macena de Lima (suplente) – PUC Minas

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2009

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus filhos, Caio e Diego, por compreenderem minha ausência no momento de suas novas descobertas. Ao meu marido, Júlio, companheiro inseparável de todas as horas e meu maior incentivador, pela paciência e dedicação. Às minhas irmãs; Márcia, por sua ajuda incondicional e Martinha, por sempre estar presente quando necessito. A minha mãe, pelo seu amor e incentivo. Ao meu pai, ausente entre nós mas sempre presente nos nossos corações, pela sua dedicação à família e seu incentivo aos estudos. Sei que, de onde estiver estará zelando por sua família. Ao meu orientador, Dr. Leonardo Macedo Poli, que com sua tranquilidade, sabedoria e paciência me encorajou nessa caminhada. Aos demais Mestres da casa pelos ensinamentos transmitidos. Aos meus colegas de mestrado pelas experiências trocadas. A todos aqueles que de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho, meu muito obrigada. Por fim, e principalmente, agradeço a Deus por permitir chegar até aqui e concretizar mais um sonho.

RESUMO

A presente dissertação teve por finalidade analisar ‘o princípio da boa-fé objetiva estatuído no artigo 422 do Código Civil brasileiro e as conseqüências advindas de sua violação, especialmente pela não observância dos deveres anexos impostos pelo mesmo. Objetivou-se demonstrar que, apesar de não ser novo no ordenamento jurídico brasileiro, esse princípio não vinha tendo aplicação efetiva. Para tanto, procedeu-se à análise da evolução histórica desse instituto, o que permitiu constatar que ele assume diferentes concepções ao longo do tempo e nos diferentes ordenamentos jurídicos, concepções essas que vão se refletir no entendimento que dele se tem hoje. Buscou-se, especialmente, mostrar a sua trajetória até a sua positivação no ordenamento brasileiro, bem como trazer posicionamentos doutrinários acerca do alcance do artigo 422, cuja redação dá margem a interpretações divergentes. A conclusão apontou para a importância desse instituto, por ser ele um instrumento jurídico eficaz no estabelecimento da justiça e equilíbrio contratual, reduzindo as desigualdades e impondo novos deveres jurídicos, tendo papel importante no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pelo pluralismo e pela garantia de iguais liberdades a todos. A boa-fé objetiva representa a concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade impedindo que a atuação de um contratante restrinja a liberdade do outro.

Palavras-chave: Direito civil. Contratos. Boa-fé objetiva.

ABSTRACT

The aim of this present dissertation was to analyze the principles of probity and good-faith established in the article 422 from the Brazilian Civil Code and the consequences from its violation, especially for the non observation of the following rights imposed by it. It was important to demonstrate that besides not being new to the Brazilian Legal system, this principle did not have effective application. Therefore, an analysis of the historical evolution of this institute was conducted, and it was observed that it assumes different conceptions through time and in different legal systems, that will positively reflect on the present understanding of this principle. The study was also aimed in showing its course until its effectiveness into the Brazilian legal system, as well as bringing doctrinary positioning concerning the range of the article 422, for its text leads into contrary interpretations. The conclusion showed the importance of this institution, as being an efficient legal system when it comes to assuring justice and contractual balance, reducing inequality and imposing new legal duties, having an important role in the context of the paradigm do Democratic State of Law, which characterizes itself for its plurality and for the guarantee of equal rights. The article of probity and good faith represents the consolidation of constitutional principles of dignity to human beings and solidarity avoiding the restriction of liberty over one of the contractors.

Key – words: Civil rights. Contracts. Probity and good faith.

LISTA DE SIGLAS

BGB.....	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)
BGH.....	Bundesgerichtshof (Superior Tribunal Federal, equivalente ao STJ)
BOHG.....	Bundesoberhandelsgericht (Tribunal Comercial Superior da União)
CC/1916	Código Civil Brasileiro de 1916
CC/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CDC.....	Código de Defesa do Consumidor
OLG.....	Oberlandesgericht (Tribunal Estadual)
RG.....	Reichsgericht (Tribunal Imperial)
ROHG.....	Reichsoberhandelsgericht (Tribunal Comercial Superior do Império)
STF.....	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA CONTRATUAL: DE SUA CONCEPÇÃO CLÁSSICA À ATUALIDADE.....	10
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA BOA-FÉ.....	17
3.1. O Direito romano.....	19
3.1.1. <i>A fides romana</i>	19
3.1.2. <i>Fides bona</i>	23
3.1.3. <i>De fides bona a bona fides</i>	29
3.2. A boa-fé no Direito canônico.....	33
3.3. A boa-fé no Direito germânico.....	36
3.4. O fenômeno da recepção.....	39
3.5. A boa-fé na primeira e na segunda sistemática.....	40
3.5.1. A primeira sistemática.....	40
3.5.2. A segunda sistemática.....	43
3.6. A boa-fé nas codificações francesa e alemã.....	45
3.6.1. <i>A primeira codificação: o Código Napoleão ou Code Civil</i>	45
3.6.2. <i>A segunda codificação: o Código Civil alemão ou BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)...</i>	53
4. AS DUAS VERTENTES DA BOA-FÉ.....	56
5. A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO.....	60
5.1. Cláusula geral.....	65
6. FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	67
6.1. Função hermenêutico-integrativo do contrato.....	67
6.1.1. <i>Regras de interpretação dos contratos no Código Civil brasileiro</i>	70
6.2. Função de limitação ao exercício dos direitos subjetivos.....	72
6.3. Norma de criação de deveres jurídicos.....	78
7. POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	83
7.1. Redação do artigo 422 do Código Civil.....	89
8. CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: O DEVER DE INDENIZAR.....	95
8.1. Responsabilidade pré-contratual.....	96
8.2. Responsabilidade contratual.....	101
8.3. Responsabilidade pós-contratual.....	105
8.4. Posicionamento jurisprudencial.....	109
9. CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	116

1. INTRODUÇÃO

O princípio da boa-fé objetiva vem assumindo grande importância no cenário jurídico nacional, principalmente após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, que o alçou, dentre outros, à condição de princípio das relações de consumo.

Apesar da positivação de tal princípio, o mesmo ainda não se aplicava aos demais contratos regidos pela legislação civil, o que somente veio a ocorrer em 2002, com a promulgação do novo Código Civil, que erigiu a boa-fé objetiva à condição de princípio das relações contratuais.

O tema é de suma importância tendo em vista sua repercussão e conseqüências para o Direito Civil, mais especificamente para as relações contratuais. Merece referido princípio uma análise mais detalhada, considerando-se a vigência de um Código Civil no qual o contrato possui uma função social, sendo um instrumento indispensável ao convívio social, e não mais decorrente apenas do princípio da autonomia da vontade, característica do Estado Liberal e princípio basilar do Código Civil anterior.

Mediante o exposto, fica visível o quão importante é o presente estudo, que busca analisar o princípio da boa-fé objetiva no artigo 422 do Código Civil e suas conseqüências jurídicas, uma vez que as relações contratuais fazem parte de uma visão moderna, que prima pela dignidade da pessoa humana.

Com o objetivo de se analisar tal instituto, o primeiro capítulo abordará os princípios informadores da teoria contratual, de sua concepção clássica até os dias atuais, no intuito de se posicionar a boa-fé objetiva no âmbito das relações contratuais e tendo em vista os diversos paradigmas de Estado – o Liberal, o Social e o Estado Democrático de Direito.

No segundo e mais detalhado capítulo da presente dissertação, far-se-á uma análise histórica da boa-fé desde seus primórdios com o objetivo de se entender por que a boa-fé objetiva caiu no “esquecimento” durante longo período da história e “ressurge” de forma a colocar em alvoroço toda a comunidade jurídica. Para tanto, a análise partirá do Direito romano, no qual teve origem, e atingirá a segunda codificação, o Código Civil alemão, momento considerado pela doutrina como o marco da positivação de referido princípio, que veio a ser positivado no Código de Defesa do Consumidor e no atual Código Civil brasileiro. Desta forma, em cada momento histórico procurar-se-á relacionar a boa-fé ao pensamento vigente.

No terceiro capítulo, tratar-se-á da boa-fé em suas vertentes objetiva e subjetiva, com o intuito de diferenciar ambos os institutos, diferenças que já foram sendo delineadas no capítulo anterior.

No quarto capítulo, tenciona-se, a partir do entendimento da obrigação como processo, entender o papel da boa-fé objetiva na relação contratual uma vez que, a partir do entendimento da obrigação como processo e como uma totalidade, inaugura-se um novo paradigma para o direito obrigacional baseado na boa-fé, e não mais no dogma da vontade. Tratar-se-á também, neste capítulo, das cláusulas gerais, que foi a técnica legislativa utilizada pelo legislador brasileira para a positivação da boa-fé objetiva.

Após exposição sobre a boa-fé em geral, no quinto capítulo adentrar-se-á na análise da boa-fé objetiva e suas funções, mais especificamente sua função de criação de deveres anexos e seu impacto sobre as relações contratuais. No referido capítulo, serão apresentadas as três funções principais da boa-fé objetiva, quais sejam, interpretativa, limitadora de direitos subjetivos e criadora de deveres anexos, sendo esta última o ponto essencial da dissertação.

No sexto capítulo, será verificada a positivação do princípio no ordenamento jurídico brasileiro, além de se proceder à análise da redação do artigo 422 do Código Civil, que assim dispõe: os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. A análise do referido artigo deve-se às críticas apresentadas à sua redação, por não contemplar expressamente todas as fases contratuais, não se referindo às tratativas iniciais e à pós-eficácia das obrigações.

Após referida análise, no sétimo capítulo estudar-se-ão as conseqüências da violação do princípio da boa-fé objetiva em suas diversas fases e a obrigação de indenizar decorrente da violação dos deveres anexos provenientes desta.

Por fim, após discorrer sobre o tema e análise da legislação, doutrina e jurisprudência, emitir-se-á conclusão acerca do impacto do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

2. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA CONTRATUAL: DE SUA CONCEPÇÃO CLÁSSICA À ATUALIDADE

Hodiernamente é impossível a um indivíduo não estabelecer relações contratuais. A todo momento realizam-se contratos, dos mais simples aos mais complexos. Como instrumento de realização das operações econômicas, o contrato possibilita e regulamenta a movimentação de riquezas em uma sociedade.

A noção de contrato sofre alteração em face da evolução da sociedade, principalmente com o surgimento de uma sociedade massificada, de consumo. O mesmo ocorre com a teoria contratual, que evolui em consequência da evolução da realidade social.

Foi no liberalismo do século XIX que se consolidou a idéia de que o contrato baseado no acordo das partes é fonte das obrigações, dando origem à teoria clássica do contrato: a vontade era a única fonte criadora de direitos e obrigações.

Por essa teoria, a pedra angular das relações contratuais era a autonomia da vontade. Como expressão máxima dessa autonomia e da liberdade individual tem-se, em 1804, o *Code Civil*, fruto da Revolução Francesa, o qual influenciou diversos ordenamentos jurídicos do mundo, inclusive o brasileiro. (MARQUES, 2004).

Tem-se como princípios¹ contratuais da teoria clássica, além da autonomia da vontade, a força obrigatória ou obrigatoriedade dos contratos – *pacta sunt servanda* – e a relatividade dos efeitos do contrato – *res inter alios acta*.² Tais princípios, originários do Direito romano e cristalizados na doutrina liberal e iluminista do século XIX, permearam as codificações civis posteriores ao *Code Civil*.

Segundo César Fiuza (2007, p.402), o princípio da autonomia da vontade “faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar. O contrato é visto como fenômeno da vontade, e não como fenômeno econômico-social”.

Esse princípio tem como reflexo o dogma da liberdade contratual como a faculdade de contratar ou não, de escolher com quem contratar e o que contratar, além da possibilidade de

¹ No conceito de César Fiuza (2007, p.401), “princípios informadores são normas gerais e fundantes que fornecem os pilares de determinado ramo do pensamento científico ou do ordenamento jurídico. Informam, portanto, o cientista ou o profissional do Direito. Daí o nome, princípios informadores, porque informam os fundamentos dos quais devemos partir. São gerais porque se aplicam a uma série de hipóteses, e são fundantes, na medida em que deles se pode extrair um conjunto de regras, que deles decorrem por lógica.”

² Há várias classificações acerca dos princípios contratuais clássicos. Tal classificação é apresentada por Sílvia Rodrigues, *Direito Civil*, V. 3, 29ª ed., 2003, p. 15 e Paulo Luiz Netto Lobo (2002).

se definirem as cláusulas contratuais. Em tal contexto, a igualdade existente era apenas formal, não indicando equilíbrio nas relações contratuais. Esta era a justiça contratual do Estado Liberal: para que o contrato fosse considerado justo, bastava a igualdade formal, que, segundo Fernando Noronha (1994, p. 65), era conhecida pela expressão “toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste”.³

A conjugação da liberdade contratual e da autonomia da vontade se refletiu na teoria contratual tradicional através do princípio da liberdade de forma das convenções, da livre estipulação de cláusulas e da possibilidade de criar novas modalidades de contrato não tipificadas nos Códigos. (MARQUES, 2004).

Pelo *pacta sunt servanda*,⁴ ou princípio da obrigatoriedade dos contratos, as partes se vinculam ao acordado. Uma vez pactuadas, as condições deverão ser cumpridas de acordo com o estipulado, daí dizer-se que o contrato faz lei entre as partes. Assim, a força obrigatória dos contratos decorre da autonomia da vontade, dela nascendo a obrigação de cumprirem as partes as normas que definiram.

Já a relatividade dos efeitos do contrato ou *res inter alios acta* está relacionada aos efeitos por ele produzidos. No período clássico, não se cogitava em efeito externo, apenas interno, entre as partes contratantes. O contrato não vinculava terceiros, pois a norma era criada para reger a esfera particular dos sujeitos da relação contratual, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Instaurado a partir da Revolução Francesa, o Estado Liberal surgiu em contraposição ao estado absolutista, que não atendia aos anseios da nova classe que despontava: a burguesia. Com a queda da monarquia, instaura-se o Estado Liberal, que tinha como princípio fundamental a autonomia privada e o individualismo, alicerçando-se na igualdade, liberdade e propriedade privada, como bem explicita Giselda Hironaka:

A visão crítica da história e do desenvolvimento deste ramo disciplinar caminha até a Revolução Francesa, marco de indiscutível importância que realiza a substituição do Estado absoluto pelo Estado liberal, ou Estado de Direito que, entre outros primados, identificou o homem sob a matiz da *subjetividade jurídica*, cujo princípio fundamental exprime-se no individualismo e na autonomia de agir, e alicerça-se na triangulação da igualdade, da liberdade individual e da propriedade privada. Enfim, foi esse o momento histórico que fotografou um Direito Civil centrado no indivíduo,

³ “Toda justiça é contratual e quem diz contratual, diz justo.”

⁴ No Direito romano, tal expressão significa que os pactos também devem ser cumpridos, não apenas os contratos. No Liberalismo, muda-se a visão do termo, significando que o contrato faz lei entre as partes. (Anotações de aula da pós-graduação em Direito Privado em 28/02/07, Professor Leonardo Poli, disciplina Teoria Geral dos Contratos e Obrigações, PUC Minas).

pois que ele se apresenta como a causa e a razão final da esfera jurídica. (HIRONAKA, 2003, p.96).

Em tal paradigma,⁵ o Estado mantinha-se neutro, conciliando sua autoridade com a autonomia do indivíduo: ignorava as desigualdades econômicas e aplicava a todos, fortes ou fracos, o regime de igualdade perante a lei. Tal forma de proceder resultou na prevalência da vontade do mais forte, que passou a dominar e a oprimir, criando-se um regime de privilégio dos fortes (RAMOS, 2000).

Segundo Cláudia Lima Marques (2004), a legislação no Estado Liberal acerca de contratos consistia basicamente em proteger a vontade dos contratantes e assegurar que o efeito produzido fosse o desejado por eles. Para tanto, os sujeitos da relação contratual tinham asseguradas autonomia, liberdade e igualdade no momento da contratação. Não se verificava a situação econômica e social dos contratantes. A igualdade era apenas formal, bastando assegurar liberdade aos contratantes para que se estabelecesse o equilíbrio na relação contratual.

O culto excessivo à liberdade no Estado Liberal levava a conseqüências desastrosas. Contra a situação instalada, ergueu-se o protesto do Padre Lacordaire, na frase que se tornou célebre: “*entre le fort et le faible c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*” (entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime, e a lei que liberta). (NORONHA, 1994, p. 66).

Como o Estado Liberal ignorava as desigualdades econômicas e sociais, cada vez mais as desigualdades aumentavam, refletindo-se na concentração do poder econômico e aumentando o desnível social.

Fernando Noronha (1994) faz uma evolução histórica da situação que se apresentava: observa-se que, da mesma forma que as transformações socioeconômicas advindas do desenvolvimento do mercantilismo deram causa ao individualismo, também como conseqüências da Revolução Industrial do século XIX ocorreram profundas transformações políticas e jurídicas, como a urbanização – decorrente do crescimento da população, da migração do campo para a cidade e das melhores condições de vida propiciadas pelo desenvolvimento econômico – e a concentração capitalista – resultante da concorrência econômica pela competitividade, pela racionalização e por melhores condições de produção e distribuição.

⁵ O significado do termo paradigma utilizado ao longo do trabalho está de acordo com a aceção de Thomas Kuhn, qual seja, espécie de modelo de solução que uma determinada área de conhecimento apresenta para os problemas. O paradigma, na visão de Thomas Kuhn, é um modelo usado por um grupo que se dedica a algum tipo de conhecimento, para solucionar os problemas que se apresentam. (KUHN, 2003)

Com tal alteração no contexto social e o fortalecimento de grupos capitalistas – com a conseqüente concentração de riquezas e exploração dos trabalhadores –, aprofundaram-se as diferenças sociais que resultaram no movimento operário e na luta pelo socialismo.

Após a Primeira Grande Guerra, as mudanças foram substanciais, ocasionando grande instabilidade social. Fruto desse cenário, as conhecidas constituições sociais, assim chamadas por regularem a ordem econômica e social – a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 –, foram as primeiras a dar resposta às novas exigências sociais.

O Estado Liberal mostrou-se ineficaz pela não-intervenção estatal sobre o domínio econômico, cedendo lugar a um novo Estado, o Estado Social de Direito.

Característica do Estado Social, o intervencionismo se contrapõe ao total absentéismo do Estado Liberal. As ações individuais, antes totalmente protegidas pelo Estado, repercutem no contexto social, trazendo reflexos, desejáveis ou não, para toda uma sociedade.

Ao se passar do paradigma do Estado Liberal para o Social, desloca-se o foco de atuação do Estado, passando a prevalecer o interesse público de uma população que aguarda prestações estatais, em oposição ao interesse individual que vigorava no Estado Liberal.

Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra, o Direito privado comprometeu-se mais com a ética social e a responsabilidade solidária. Segundo Paulo Ribeiro Nalin (2000, p. 184), “passa o Direito Privado, então desvencilhado de suas matizes originais, a atender aos interesses não mais presos à autodeterminação do indivíduo frente ao Estado e seus demais pares, mas à própria existência da sociedade de que se faz parte e se está inserto”. Não se trata mais de interesses particulares coexistindo lado a lado, mas de interesses de uma sociedade na qual predomina a solidariedade.

Surge, nesse novo paradigma, o dirigismo contratual, intervenção estatal nas relações contratuais. Diante de tal quadro, a autonomia da vontade sofre sérias limitações. Há uma mudança no entendimento da teoria contratual: o Estado passa a dirigir o contrato levando em conta as necessidades gerais da sociedade, e não apenas a vontade dos contratantes. O Estado intervém para assegurar equilíbrio entre as partes. Há uma socialização da teoria contratual.

“De um espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social” (MARQUES, 2004), o contrato se funcionaliza para atender a interesses da coletividade e assume funções, dentre as quais, a função social, deixando de ser um mero instrumento de realizações individuais. Nesse contexto, impõem-se limites ao poder de contratar.

O Estado não é mais garantidor da liberdade e autonomia contratual. Ele intervém nas relações contratuais, passando a dirigir o contrato focado nas necessidades gerais da

sociedade. O dogma da autonomia da vontade como balizador máximo do direito contratual foi superado. O modelo contratual atual não é mais voluntarista.

Segundo Noronha (1994), o contrato vincula não por ser “querido”, mas por ser necessário tutelar a confiança dos agentes econômicos e garantir segurança ao negócio celebrado, sendo do interesse da sociedade tutelar a situação criada pelo contrato em virtude de suas conseqüências econômicas e sociais. É a teoria preceptiva na qual o fundamento da vinculatividade está não mais na autonomia da vontade, e sim no princípio de tutela da boa-fé.⁶

O princípio da autonomia da vontade não corresponde mais à realidade social atual. A concepção voluntarista do contrato é superada, e a autonomia da vontade sofre restrições em função de novos valores sociais e princípios constitucionais vinculados à justiça social, à dignidade da pessoa humana, à igualdade material, dentre outros.

Reflexo da superação da concepção voluntarista do contrato é a utilização da expressão “autonomia privada” em substituição ao termo “autonomia da vontade”. Apesar da proximidade de significação, Bruno Torquato de Oliveira Naves (2007, p.235) explicita que a expressão “autonomia privada” apenas substituiu a carga individualista e liberal da autonomia da vontade. Depois de implementado o Estado Social e a proteção à parte vulnerável nos contratos de massa, além da reação ao desrespeito a direitos de personalidade, o *status* da vontade já não era mais o mesmo no mundo jurídico.

Segundo Noronha (1994), foi em conseqüência da revisão das concepções voluntaristas do negócio jurídico e do liberalismo que se passou a chamar autonomia privada. Para referido autor, “autonomia da vontade” e “autonomia privada” correspondem a uma só realidade.

Com a mudança na concepção do contrato, que de fruto da vontade passou a fenômeno econômico-social, já não faz sentido utilizar-se o termo autonomia da vontade.

A nova ordem jurídica se reflete nas relações contratuais. Da máxima da autonomia da vontade com o brocardo *res inter alios acta* – no qual os efeitos do contrato são considerados somente nas relações jurídicas dos contratantes, isto é, apenas *inter partes* – passa-se para uma preocupação com os efeitos externos do mesmo, com alcance *erga omnes*. Da igualdade formal para a igualdade material, pois faticamente os contratantes não têm os mesmos poderes negociais, razão pela qual a lei fica autorizada a tratá-los de forma desigual, atribuindo-lhes deveres e direitos, justamente para tentar equilibrar uma situação originariamente desigual.

⁶ Com a consideração de Noronha (1994, p.82) de que também aqui estão presentes considerações ligadas à autonomia privada e à justiça contratual.

Após o Estado Social, o novo paradigma é o Estado Democrático de Direito, que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, tem como princípios fundamentais proteger a dignidade da pessoa humana e construir uma sociedade livre, justa e solidária.

No Estado Democrático de Direito, a pessoa humana torna-se o centro da proteção, ao contrário do que ocorria no Estado Liberal, em que o centro de proteção era o patrimônio.

A partir da nova ordem constitucional de 1988, todo o ordenamento deve atender ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Toda norma do ordenamento jurídico deve ser interpretada consoante os princípios da Constituição Federal, não sendo diferente com o direito contratual, que passa a ter seus princípios fundamentados na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na solidariedade (art. 3º, I), no valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), e nos princípios gerais da ordem econômica (art. 170).

Há uma sobreposição do “ser” sobre o “ter”, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de mero coadjuvante (LOBO, 2003). A supremacia do “ser” trouxe conseqüências para o direito contratual, com a adoção de uma principiologia consoante com a nova ordem constitucional. É a perspectiva civil-constitucional, em que “o primado do *ser* sobre o *ter*, perseguido pela leitura constitucionalizada do direito civil, traduz-se na transformação da ética da liberdade por uma ética solidária, de co-responsabilidade, cooperação e lealdade”. (NEGREIROS, 2006, p. 62).

Diante de tal cenário, observa-se uma releitura dos princípios clássicos através de sua conjugação com os novos princípios informadores da relação contratual: a função social, a boa-fé e o equilíbrio econômico. Tais princípios não eliminaram os já existentes, mas os reinterpretaram para atender à nova realidade social.

A reformulação do conceito de autonomia privada, limitada pelos princípios constitucionais, dentre eles o da boa-fé, irá repercutir no modelo jurídico das obrigações. Hoje não é mais possível pensar na relação obrigacional apenas como um vínculo entre credor e devedor, que tem por objeto uma prestação garantida por seu patrimônio: ela ultrapassa o campo restrito da prestação para além das obrigações de dar, fazer e não fazer. (FARIAS; ROSENVALD, 2006).

Os princípios liberais, consoante classificação de Paulo Luiz Netto Lobo (2002), da autonomia privada, do *pacta sunt servanda* e da eficácia relativa do contrato foram limitados pelos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material do contrato, típicos do Estado Social de Direito.

Ainda de acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2005), o Código Civil de 2002, juntamente com os princípios clássicos contratuais, positivou o princípio da boa-fé objetiva

(art. 422), a função social do contrato (art. 421) e o equilíbrio econômico do contrato (extraído da regra da lesão prevista no artigo 157 e da resolução por onerosidade excessiva prevista nos artigos 478 a 480).

O princípio da justiça contratual ou equilíbrio contratual pressupõe uma igualdade entre as partes, não aquela igualdade formal do Estado Liberal, mas uma igualdade real. Deve haver, segundo tal princípio, uma relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação nos contratos comutativos. É vedado um desequilíbrio real e injustificável entre as prestações contratuais, não podendo uma parte auferir vantagens em detrimento do outro contratante. Representa tal princípio o princípio constitucional da igualdade substancial, presente no art.º 3º da Constituição Federal.

Pelo princípio da função social, deve-se levar em conta a noção de contrato como relação jurídica afeta não apenas às partes contratuais, mas a toda a sociedade. Tutela tal princípio as repercussões exteriores da relação contratual.

Consoante a importância dos princípios informadores das relações contratuais, o presente trabalho abordará especificamente o princípio da boa-fé objetiva. Tal princípio materializa valores constitucionais tais como solidariedade, dignidade da pessoa humana, igualdade substancial e, como cláusula geral positivada em nosso Código Civil, impõe limite ao direito de contratar, comportamento requerido pela atualidade, no sentido de proibir cláusulas abusivas, de equilibrar as prestações e realizar a justiça social. Ele representa a ética nas relações contratuais, com sentido de lealdade, correção e respeito para com o *alter*.

A boa-fé objetiva é classificada por Judith Martins-Costa (2000, p.409) como “*topos* subversivo do direito obrigacional.[...] Com efeito, no exame da boa-fé objetiva o primeiro tom é o da estupefação.[...] É preciso ver, portanto, no que consiste este ‘espantoso fenômeno’, esta ‘subversão’ que é atribuída a uma das vertentes da boa-fé, a objetiva”. É o que se pretende fazer a partir de agora.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA BOA-FÉ

Neste capítulo, será apresentado um esboço histórico acerca da boa-fé. A boa-fé não é um conceito inovador no mundo jurídico, tampouco advém da transição do Estado Liberal para o Social, já se encontrando presente no Direito romano.

Em sua exaustiva e detalhada obra acerca da boa-fé – “Da boa fé no Direito Civil” –, a qual constituirá a base teórica da presente dissertação, Antônio Menezes Cordeiro faz, logo na introdução, a seguinte afirmação:

Sendo uma criação do Direito, a boa fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria, nas páginas que seguem, uma definição lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riquezas reais da noção. A boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica⁷. (CORDEIRO, 2007, p.18).

Daí percebe-se o quão difícil é tratar de referido tema devido à sua complexidade. Quando da elaboração da presente dissertação, percebeu-se na literatura nacional uma escassez de fontes quanto à evolução histórica da boa-fé, conhecimento imprescindível para o presente trabalho. A falta de trabalhos sobre a boa-fé se explica pela inexistência de estudo global sobre ela.

Antônio Menezes Cordeiro (2007) informa que, historicamente, a boa-fé foi analisada separadamente nos Direitos romano clássico, canônico e germânico, sem nenhuma conexão entre eles. Não se tem um estudo acerca da boa-fé no Direito romano vulgar, no Direito justinianeu, na recepção e na pandectística. O que se excetua são os grandes comentários à codificação alemã, mas apenas com um teor descritivo. O que se tem são estudos parcelares.

Consoante César Fiúza (2007, p.389), “a visão sistemática de determinado instituto jurídico não pode prescindir de uma abordagem histórica, posto que elementar, sob pena de não atingir seus objetivos”.

Mediante o exposto, o objetivo do presente capítulo é estudar a origem do instituto da boa-fé e os motivos que levaram ao “esquecimento” de sua vertente objetiva durante um longo período da história.

⁷ A natureza juscultural da boa-fé, segundo o referido autor, decorre do fato de assumi-la como uma criação humana explicada em termos históricos. Como o manifestar de uma Ciência do Direito, a cientificidade da boa-fé representa a possibilidade de ser ela um instrumento de solução efetiva dos conflitos. E por fim, exprimir o modo de decidir de determinada ordem sócio-jurídica implica em que a integração da boa-fé obriga a sintetizar os “elementos colhidos e ao isolar das traves materiais que informem o todo”. (CORDEIRO, 2007, p.18).

Tratar de boa-fé, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), é um caminho árduo por motivos diversos, mas especialmente pela falta de documentação histórica e pela impossibilidade de reconstrução do ambiente sociocultural preciso do Direito romano nos períodos arcaico e pré-clássico.

Foi através da expressão *fides* que se desenvolveu a boa-fé. A *fides* romana, vocábulo latino que significa “fé”, “confiança”, em sentido religioso e “lealdade à palavra dada”, na linguagem do direito (TABORDA, 2001, p 24), deu origem a dois outros institutos, a *bona fides* e a *fides bona*.

Por ter a *fides* origem no Direito romano, esse direito será o ponto de partida para o estudo da boa-fé. Buscar-se-á analisá-la em suas diversas acepções, passando por componentes históricos os mais diversos – além dos Direitos canônico e germânico, também pela primeira e segunda sistematização, até sua positivação no Código Napoleão e no BGB.

Consoante Franz Wieacker, há quatro grandes mutações do pensamento jurídico europeu, quais sejam,

o aparecimento de uma ciência jurídica europeia nos séculos XII a XIV; a sua expansão (‘recepção’) por toda a Europa nos séculos XIII a XVI; aparecimento e predomínio espiritual do moderno direito natural nos séculos XVII e XVIII; a Escola Histórica e o positivismo legal e conceitual do século XIX; e, finalmente, o colapso do positivismo e a crise do direito, já no nosso século. (WIEACKER, 1967, p.11).

Desta forma, será aqui abordado o tema proposto na seqüência da evolução histórica, partindo-se do Direito romano e acompanhando-se a história do Direito privado, com o objetivo de se demonstrar o papel da boa-fé no pensamento europeu de cada época.

As investigações dos últimos cem anos⁸ resultaram em

uma cristalização do debate em teorias que, integrando a cultura jurídica actual, transpõem para a História, significativamente, muitas das questões ainda hoje acolhidas, com ou sem propriedade à boa-fé: a natureza ética, jurídica ou social da *fides*, as suas relações com a equidade e justiça, a sua recepção e o seu lugar no *ius civile* e a sua capacidade criadora de institutos e soluções adequados a problemas novos. (CORDEIRO, 2007, p.54).

Por tudo isso fica demonstrada a importância da análise histórica da boa-fé, o que se fará a seguir.

⁸ Exponentes da investigação foram Krüger, Wieacker, Lombardi, Frezza, Kaser, Pringsheim, Carcaterra, Arangio-Ruiz, Broggin, Kunkel e Magdelain. (CORDEIRO, 2007, p. 54)

3.1. O Direito romano

3.1.1. A *fides romana*

Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), a base conceitual e lingüística da boa-fé no Direito Civil português é a *fides romana*. Conseqüentemente também o será no Direito Civil brasileiro, que é fruto da colonização portuguesa.

O ponto de partida para a análise da boa-fé é a *fides primitiva*, que, segundo o referido autor, se apresentava sob três aspectos: a *fides-sacra*, a *fides-facto* e a *fides-ética*. Em cada um desses aspectos, a *fides* assumia um sentido diferente, seja religioso, moral ou ético. A *fides*, como se verá ao longo deste trabalho, possuiu diversas conotações, como poder, promessa, ética e respeito à palavra dada. A *fides primitiva* não prosperou no sentido jurídico, mas foi o ponto de partida do conceito de boa-fé, motivo pelo qual merece aqui ser citada.

No primeiro aspecto da *fides primitiva*, tem-se a *fides-sacra*, que foi documentada sob diversas formas. Em primeiro lugar, foi registrada na Lei das XII Tábuas (8, 21 – “*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*”), culminando sanção para o patrão que defraudasse a *fides* do cliente (a quebra da lealdade contra o seu cliente expõe o patrão à vingança dos deuses)⁹. Também se fez presente no culto à deusa *Fides* – representada por uma senhora de cabelos brancos e considerada a personificação da palavra dada –, o qual estava centrado na sua mão direita, símbolo da lealdade e da entrega. E, por fim, mostra-se presente na extensão dos poderes atribuídos ao *pater* e nas fórmulas iniciais de sua limitação, prescrita apenas pelo Direito sacro e pela moral.

A *fides-facto*, por sua vez, não possuía conotação moral ou religiosa, estando ligada à noção de garantia associada a institutos como o da clientela, por exemplo. Como salienta Antônio Menezes Cordeiro(2007), deveu-se a Fraenkel tal sentido de garantia.

Por fim, tem-se a *fides-ética*, concepção de Heinze, que da leitura de Fraenkel parte para o sentido de que a garantia expressa pela *fides* estava na qualidade de uma pessoa, dando à *fides* uma conotação moral. Mais do que um fato, ela representava o sentido de dever, mesmo não tendo sido ainda recepcionada pelo direito. Todas as vertentes da *fides* arcaica

⁹Tradução de Kaser, 1999, p. 114.

mereceram críticas por parte de Antônio Menezes Cordeiro (2007), para o qual o sentido concreto de *fides* não pode daí ter evoluído.¹⁰

Concorda o autor português que é possível inferir teorias acerca do instituto da boa-fé e cita Wieacker – o qual apresentou a hipótese de que na base da *fides* haveria “uma adstrição de comportamento, inicialmente não jurídica, que se tornou primeiro mágica, então religiosa, finalmente moral” (CORDEIRO, 2007, p.58). Admite o referido autor que a *fides* pudesse ter sido simultaneamente uma ligação-garantia fática, com representação mágico-sacral e posteriormente moral, mas não aceita antepor figuras abstratas a concepções reais que provavelmente a *fides* teria assumido.

Como não se chegou a uma concepção acerca da gênese e desenvolvimento da boa-fé através da *fides* arcaica, necessário se faz continuar procurando outro aspecto. Para tanto, o autor se dispõe a analisar a *fides* a partir do estudo de sua manifestação ou aplicação concreta, pois segundo ele “a *fides* é a projecção de aplicações concretas prévias”. (CORDEIRO, 2007, p. 59).

Tais manifestações concretas da *fides* que estão aptas a receber tratamento jurídico ocorrem nas relações internas e externas das cidades, sendo que o primeiro tipo compreende a relação da cidade e seus habitantes enquanto o segundo tipo envolve a cidade e outros povos.

Nas relações internas, a *fides* tem como campo de aplicação a clientela, que traduzia relações entre desiguais dominadas pela *fides*. Em troca de proteção, um grupo de pessoas estava adstrito a certos deveres de lealdade e obediência.

A clientela, segundo José Carlos Moreira Alves (2008, p. 10), “era uma espécie de vassalagem, na qual incidiam indivíduos ou famílias que eram reduzidas, ou se sujeitavam espontaneamente, à dependência de um *gens*,¹¹ desta recebendo proteção”. Os clientes (*cliens*)¹² eram súditos e os protegidos dos *gentiles* e deviam a estes obediência, *obsequium* e *operae*. Em contrapartida, os *gentiles* deviam proteção e assistência aos clientes. A *fides*, nesta situação, está consubstanciada tanto no poder do patrão e no dever do cliente, quanto na promessa de proteção. Assim, na clientela a *fides* se apresenta sob dois aspectos: ora como poder, ora como promessa.

¹⁰ Para conhecer as críticas, consultar a obra de Antônio Menezes Cordeiro, 2007, p. 55/56.

¹¹ Segundo José Carlos Moreira Alves (2008, p. 10), *gens* era um agrupamento de famílias com caráter político, situada em um território e tendo chefe, instituições e costumes próprios, assembléia e regras de conduta. Seus membros se denominavam *gentiles* e julgavam descender de um antepassado comum.

¹² Como cliente tinha-se, provavelmente: estrangeiros vencidos em guerras, estrangeiros emigrados que se submetiam voluntariamente à proteção de uma *gens* e escravos libertados que ficavam vinculados à *gens* do seu antigo proprietário. (ALVES, 2008, p. 10).

A *fides*-poder caracterizava a posição do *pater*, que possuía o poder de dirigir a *gens*; a *fides*-promessa era caracterizada como o ato pelo qual o cliente era recebido na *fides* do outro e provinha da possibilidade de tornar-se *cliens* pós-alforria ou da *capitis deminutio*,¹³ além da clientela hereditária proveniente da escravatura.

Em sua linha evolutiva, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), a *fides*-poder não se revelou para o direito em sua fase inicial. A *fides*-poder, inicialmente, não proporcionava ao *cliens* nenhum direito de pretensão contra o patrão, apenas a ligação moral imporia respeito pela sua situação.¹⁴ Evolutivamente, no momento em que o *cliens* já não era escravo, o poder do *patronus* era limitado por outras ordens sociais, e não por uma regulação jurídica. Tal sujeição decorria da participação voluntária do *cliens*, e não de um ato contratual. Por fim, a *fides* também evoluiu para a virtude do mais forte, fora do âmbito do direito.

Já a *fides-promessa* era um ato de promessa de garantia e sujeição, estando relacionada ao formalismo exterior da promessa. Originada como exteriorização formal da submissão à *fides-poder*, a *fides-promessa* assumiu várias significações para além de seu mais antigo papel situado na clientela, assumindo funções em outros institutos promissórios. Há um movimento de atenuação, com o desaparecimento dos elementos de sujeição, permanecendo a idéia de garantia ligada à palavra dada.

Outra manifestação prática da *fides* com conotação diferente da *fides-poder* e da *fides-promessa* ocorre nas relações externas da cidade de Roma com outros povos, como atesta o Tratado entre Roma e Cartago, primeiro documento desse teor de que se tem notícia (séc. III a.C.). Tal documento garantia proteção, na Sicília, assegurada pela fé pública, dos negócios dos cidadãos de ambas as partes onde a outra parte tivesse influência. Nesse caso, a *fides* era o núcleo normativo do tratado igualitário entre as partes.¹⁵

¹³ Conforme José Carlos Moreira Alves (p. 127), “ há *capitis deminutio* quando se verifica, relativamente a uma pessoa física, a perda da liberdade (*status libertatis*), da cidadania (*status ciuitatis*) ou da posição dentro de uma família (*status familiae*). Daí as três espécies respectivas de *capitis deminutiones*: *capitis deminutio* máxima, *capitis deminutio* média e *capitis deminutio* mínima.

¹⁴ Trata-se aqui não da moral individual ou humana, mas sim do fato de não haver outras regras além das provenientes dos *mores* (costumes). No caso de violação, a jurisdição era do censor e não do pretor. (CORDEIRO, 2007).

¹⁵ O que ocorreu, na evolução da *fides* nas relações externas, foi a expansão romana em detrimento dos outros povos. Enquanto no primeiro tratado entre Roma e Cartago as duas partes negociavam em igualdade relativa, posteriormente Roma submetia os demais povos ao seu domínio, anulando-lhes a realidade política. A *fides*, nesse caso, passou a representar submissão à Roma. Desta forma, a *fides* nas relações externas estaria interligada às realidades político-sociais do momento, isto é, sua evolução corresponde à evolução político-militar ocorrida nos séculos III e II a.C. no espaço mediterrânico. Nas palavras de Antônio Menezes Cordeiro (2007, p. 67), “num fenômeno que aparece repetidamente em Direito – e de que a *fides* dá um exemplo sugestivo – constata-se que a mesma expressão traduz e justifica realidades diferentes”.

Segundo Martins-Costa (2000), a presença da *fides* no instituto da clientela e dos contratos, sejam internacionais (Tratado de Roma e Cartago) sejam de direito interno, conduz à constatação do nascimento de duas vertentes que fariam riquíssima história. Na primeira, relacionada à clientela e denominada por Paolo Frezza de relações intra-subjetivas, a função da *fides* era de autolimitação e intento protetivo. Na segunda, ligada aos contratos e denominada de relações intersubjetivas pelo mesmo autor, a função era garantir o respeito à palavra dada (*fit quod dicitur*).

Sintetizando, Antônio Menezes Cordeiro (2007) demonstra que em suas manifestações concretas, a *fides* apresentou evolução distinta. Nas relações internas, a *fides* é incapaz de inculcar limitações caracterizadoras como de direito, representando apenas uma estruturação social baseada na desigualdade, e traduzida no binômio garantia-serviço. A *fides*-poder evoluiu para a virtude do mais forte e a *fides*-promessa representou uma adstrição à palavra dada decorrente de um ato de garantia perante a submissão de outrem. Nas relações externas, no sentido de convênio igualitário entre as partes livremente assumido e com a obrigação de acatar, a *fides* se desenvolve com o sentido de submissão romana.

Em sua evolução, a *fides* passa a representar a entrega e confiança, mas sem nenhum conteúdo efetivo. Isto posto, Antônio Menezes Cordeiro (2007) conclui que o vocábulo *fides* não pode ser utilizado isoladamente. Faz-se necessário estar inserido em um contexto para que tenha sentido.

Por suas múltiplas utilizações ou conotações, a *fides* ligada a poder, confiança, respeito e garantia não era capaz de ter uma força vinculativa ou consequência jurídica. Não sendo uma expressão jurídica, a *fides* perde força por ser utilizada em diversas situações, e até mesmo em sentido contrário, relacionando-se a institutos jurídicos variados, o que impediu seu desenvolvimento. As palavras não têm o mesmo significado na linguagem jurídica e na linguagem corrente.

De seus primórdios, de *fides*-sacra, *fides*-facto e *fides*-ética, passando pelas relações internas, de *fides*-poder e *fides*-promessa, e relações externas, de *fides* como fator de submissão a Roma, o que a *fides* conservou foi uma conotação mística capaz de provocar reações afetivas nas pessoas.

Segundo Antônio Menezes Cordeiro,

generalizou-se por uma utilização comum e exagerada, desgastou-se, mas não se vulgarizou. A sua menção implicava a referência a algo de transcendente, com especial nível axiológico. Explica-se, assim, a sua utilização na política de dominação romana, que a todos os títulos, requeria o emprego de uma linguagem justificadora e, de alguma forma, pacifista. Quando, no último século antes de Cristo, se iniciou o

reagrupamento e ordenação das soluções esparsas de litígios civis, num esforço em que seria fundada a Ciência do Direito, a *fides* estava especialmente vocacionada e disponível para dar cobertura a novidades jurídicas. O fôlego significativo que lhe faltava podia ser facilmente insuflado pela adjunção do adjetivo “*bona*”. (CORDEIRO, 2007, p.70).

Somente a partir do momento em que foi adjetivada com *bona* é que a *fides* passou a ter conseqüências jurídicas.

3.1.2. *Fides bona*

De *fides* a *fides bona*. A *fides bona*, em sentido objetivo, materializou-se a partir das ações de boa-fé, os *bonae fidei iudicia*. Para se entender tal transição, faz-se necessário o estudo dos *bonae fidei iudicia*, que era “um grupo das mais importantes relações obrigacionais cuja exigibilidade não se baseava na lei mas, seguindo os juristas e os pretores, na “boa fé” (*oportere ex fide bona*).”(KASER, 1999, p. 37).

Na definição de Antônio Menezes Cordeiro (2007), “são *bonae fidei iudicia* os que, postulando, no período clássico, *actiones in ius conceptae*, tinham, contudo, uma *intentio* assente na *fides*, agora acompanhada do adjetivo *bona*”.

Para se entender os *bonae fidei iudicia*, faz-se necessário, em primeiro lugar, entender o sistema processual romano, uma vez que eles eram invocáveis apenas no processo formulário.

O sistema processual romano era um sistema de ações, e não de direitos. “Roma não conheceu a *actio* (ação), mas, sim, as *actiones* (ações).” (ALVES, 2008, p.190). Os interesses só eram tutelados e qualificados como direito subjetivo se houvesse uma ação que os protegesse. Não havia um conceito abstrato da ação.

Foram três os sistemas processuais civis romanos. Roma inicialmente conheceu o sistema *legis actiones*, seguido pelo *per formulas* e *cognitio extraordinária*.¹⁶ Cada um dos sistemas se referiu, respectivamente, a um dos períodos da história interna do Direito romano: pré-clássico, clássico e pós-clássico. Pelo fato de não haver uma divisão cronológica para a

¹⁶ Os sistemas *legis actiones* e *cognitio extraordinaria* não serão estudados exhaustivamente, haja vista não ser objetivo da presente dissertação. O período formulário, por estar relacionado diretamente ao tema, será visto com maiores detalhes.

vigência de cada sistema, sua substituição foi paulatina, vigorando tanto o sistema de ações quanto o formulário, até que o primeiro caiu em desuso¹⁷.

O sistema das ações da lei, *legis actiones*, tinha por características o formalismo, a tipicidade e a oralidade. Tal processo era consubstanciado basicamente em cinco¹⁸ ações, as quais viabilizavam apenas a composição de pequena margem de litígios.

Com a evolução econômico-social decorrente da expansão do império romano, as *legis actionis* se mostraram incapazes de solucionar os litígios, tendo caído em desuso quando a *Lex Aebutia* (130 a.C.) oficializou o processo formulário, característico do período clássico.¹⁹

De acordo com José Carlos Moreira Alves (2008), o sistema *per formulas*, ou processo formulário, caracterizava-se por ser menos formal e mais rápido, possuir documento escrito (a fórmula), ter maior atuação do magistrado e a condenação ser exclusivamente pecuniária. Nesse período, não havia o risco de se perder causas por um desvio mínimo de formalidade. O traço marcante desse sistema, sem dúvida, é a fórmula, onde será fixado o ponto litigioso e outorgado ao juiz popular poder para absolver ou condenar o réu, caso fique provada ou não a pretensão do autor.

¹⁷ Vigorou, em ambos os sistemas, o arbitramento obrigatório para a solução de litígios. Nesta fase, já não existia a justiça feita pelos próprios ofendidos ou o arbitramento facultativo. O arbitramento era obrigatório, mas a escolha do árbitro era feita pelos litigantes. Nesses dois sistemas, vigeu o *ordo iudiciorum priuatorum* (ordem dos processos civis), sistema de divisão do processo em duas fases sucessivas, em que a decisão cabia a um árbitro, cidadão particular chamado de *iudex* (juiz popular). Tal sistema era marcado pela presença do Estado-Juiz em todas as etapas do processo. A primeira etapa era instaurada perante o magistrado (*in iure*) – que se chamava pretor – e a segunda (*apud iudicem*) se dava perante um juiz particular (*iudex*) que proferia a sentença mediante a análise dos fatos apresentados ao pretor, apurando a veracidade dos mesmos. Tal fase não se desenvolvia mais perante um funcionário público do Estado. Na *cognitio extraordinaria*, ou processo extraordinário, já não existe tal divisão. Não existe mais a presença do *iudex*, e sim de um juiz que é funcionário do Estado. A justiça, nesse sistema, não é mais privada, é totalmente pública, distribuída pelo Estado. Nesta fase era admitida uma série de atos escritos, o que fez que o processo deixasse de ser gratuito, como o era nas outras fases.

¹⁸ Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007, p 71) as ações eram: *sacramentum*, com aplicação mais geral, *per iudicis arbitrive postulationem*, para divisão de herança e obrigações *ex stipulatione*, *per conductionem*, para condenação em débitos certos e na restituição de coisa certa, *per manus iniunctionem*, para execução de obrigações dentro do esquema de responsabilidade pessoal, e *per pignoris capionem*, em certos casos restritos de responsabilidade patrimonial, já admitida.

¹⁹ Tal é a posição apresentada por Antônio Menezes Cordeiro (2007), mas segundo José Carlos Moreira Alves, Gaio atribui a introdução do processo formulário ao exagerado formalismo das *legis actiones*, que fazia com que uma das partes perdesse a lide por qualquer lapso no cumprimento das formalidades, e também à entrada em vigor das Leis *Aebutia* e *Iuliae Iudicariae*, em virtude das quais procedeu-se à substituição do sistema. Discorda José Carlos Moreira Alves em função das datas das promulgações de ambas as leis terem mais de um século de diferença. Expõe o referido autor algumas conjecturas apresentadas por diversos estudiosos, dentre os quais Huscke, cuja tese é a mais seguida. Segundo Huscke, a origem do processo formulário se encontra no processo que se desenrolava diante do pretor peregrino, não podendo ser aplicado o sistema *legis actione*. Nesse caso, o pretor peregrino redigia instruções aos *recuperatores*, que se baseariam nelas para julgar a causa. Tais instruções seriam o ponto de contato com a fórmula do processo formulário. Quanto à Lei *Aebutia*, José Carlos Moreira Alves também afirma que há opiniões divergentes sobre seu alcance, mas o certo é que as Leis *Iulias* judiciárias se generalizaram e tornaram obrigatório o processo formulário. Para maiores detalhes consultar a obra de José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, pág. 218/219.

No processo formulário, o pretor concedia a fórmula, após a apuração do litígio, destacando-se a *intentio* (parte da fórmula em que o autor expõe sua pretensão) e a *condemnatio* (ordem dada ao juiz para condenar ou absolver). Em seguida, o processo desenrolava-se perante o juiz e, respeitando a produção de provas, permitia a concretização da fórmula.

Nesse processo de criar e conceder fórmula, há várias classificações das diferentes *actiones* (ações). Para o presente trabalho, interessam duas classificações, a saber: quanto à origem da norma jurídica em que se baseia a *intentio* e quanto aos poderes atribuídos ao *iudex* para decidir o litígio²⁰.

Pela origem da norma jurídica, podem as ações ser *civiles* (civis) e *honorariae* (pretorianas). Nas primeiras, a *intentio* se baseia em norma do *ius civile*, possuindo *intentio in ius*. Caso seja de direito real, lê-se na *intentio* a expressão *esse ex iuri quiritium*, se for de direito de crédito, o verbo *oportere*. Nas segundas, a *intentio* se funda em normas de *ius honorarium*, descrevendo-se a situação que se deseja tutelar, e não a terminologia das ações civis.

Tendo em vista o meio utilizado pelo magistrado para obter a finalidade a que se propunha com as ações pretorianas, estas se enquadravam como *actiones ficticiae* (ações fictícias), *actiones* com transposição de sujeito e *actiones in factum*.²¹ Em relação à boa-fé, importam as *actiones in factum*, por serem aquelas que na *intentio* descreviam fatos que, se verdadeiros, determinavam a condenação do réu. Não havia nesse tipo de ação pretoriana a *intentio in ius* (no direito), como nas duas primeiras, mas sim com referência a um fato (*in factum conceptae*). Por esse tipo de ação, o magistrado tutelava ações não previstas no *ius civile*.

Pela segunda classificação apresentada por José Carlos Moreira Alves, quanto aos poderes atribuídos ao *iudex* para decidir o litígio, as ações se classificam em ações de direito estrito (*iudicia stricti iuris*), ações arbitrárias e ações de boa-fé (*iudicia bonae fidei*).²²

²⁰ Quanto à natureza do direito subjetivo tutelado, as ações podem ser *in rem* e *in personam*; quanto à natureza da condenação, as ações se classificam em penais, reipersecutórias e mistas; por fim, quanto ao prazo, elas podem ser perpétuas e temporárias. Para maiores detalhes consultar páginas 241 a 247 da obra de José Carlos Moreira Alves, Direito Romano.

²¹ Nas ações fictícias determinava-se ao juiz julgar a questão considerando uma circunstância que não existe, mas, caso existisse, seria a relação jurídica protegida por uma ação civil. Sua *intentio* é *in ius*, juntando-se a ela uma ficção. Já as ações com transposição de sujeito são aquelas que apresentam na *intentio* o nome de uma pessoa e na *condemnatio* o de outra, como é o caso, por exemplo, de representação em juízo. Maiores informações ver José Carlos Moreira Alves, p. 242.

²² As ações de direito estrito são aquelas em que o *iudex* está adstrito a julgar baseado apenas no fato de ser verdadeira ou não a pretensão do autor. Já nas ações arbitrárias, sua fórmula traz a cláusula arbitrária, em que o

O último tipo de ação é o que mais interessa. Os *iudicia bonae fidei*, ou ações de boa-fé, eram aquelas que davam ao *iudex* poder para apreciar os fatos mais livremente, julgando *ex fide bona* (de acordo com a boa-fé).

Assim, foi no sistema formular que surgiram os *iudicia bonae fidei* ou *actiones bonae fidei*.

Segundo Teresa Negreiros (1998), as *actiones bonae fidei* correspondiam a vários tipos de relações jurídicas, as quais foram aumentando ao longo do tempo e abrangiam não apenas relações fundadas na confiança mas também aquelas em que predominava a transferência de valor econômico.

No levantamento efetuado por Antônio Menezes Cordeiro (2007), o elenco de *actiones bonae fidei* varia de autor para autor, o que aponta para uma evolução, no sentido de alargamento da quantidade. Dentre as relações jurídicas participantes do elenco das *actiones bonae fidei* consideradas por Cícero estão mandato, tutela, sociedade, fidúcia, compra e venda e locação. As quatro primeiras são fundadas na confiança ou ligação pessoal dos intervenientes enquanto nas duas últimas sobressai o caráter econômico.

Quando da criação dos *bonae fidei iudicia* utilizou-se *fides*, pois entre os *bonae fidei iudicia* mais antigos (aqui consideradas as quatro figuras fundadas na ligação pessoal) estavam institutos ligados semanticamente à *fides*-poder dos períodos arcaico e pré-clássico. Agora eles apresentam uma natureza jurídica-técnica que a *fides* antiga não seria capaz de abarcar. Na Antigüidade, desta forma, teria sido a *fides* o elemento capaz de envolver consensualmente as partes (*cives* e *peregrini*) em uma situação de dever, haja vista que a manifestação da vontade livremente produzida como força vinculativa somente veio a ser divulgada nos sécs. XVII e XVIII, com a doutrina do Direito natural.

A presença, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), do *opertet ex fide bona* na fórmula dos *bonae fidei iudicia* tinha efeitos práticos na composição do litígio, mas tal fato não poderia ser considerado apenas “uma simples remissão do juiz para critérios de decisão éticos, sociais ou de equidade” uma vez que o Direito romano era “totalmente adverso a remissões para nebulosas ordens extrajurídicas. Toda a evolução eternizada na Lei das XII Tábuas pretendeu fundar e defender um Direito objectivo, seguro, previsível e coerente.” (CORDEIRO, 2007, p. 81)

juiz convida o réu a restituir a coisa ao autor nas condições em que se encontrava no momento da *litis contestatio*, antes mesmo de sua condenação.

Assim, diante do *opertet ex fide bona*, o juiz tinha papel fundamental. Devia ele levantar, independentemente de questionamento das partes, as *exceptiones*,²³ sendo que as mais relevantes eram a *exceptio doli*, *exceptio pacti*, *exceptiones metus e rei iudicatae*.

Para que as *exceptiones* constassem na fórmula, era necessário que a parte interessada solicitasse sua inserção para posterior indagação do juiz. Tratando-se de *bonae fidei iudicium*, isto não era necessário. Dessa forma, as mesmas eram inúteis diante da fórmula com *opertet ex fide bona*, devendo o juiz argüir sempre o dolo ou malícia das partes, a existência de pacto adveniente ou qualquer outro fator que pudesse ser prejudicial, caso admitido.

Além da especificidade em relação às *excepciones*, também eram possíveis ações contrárias, pressupostas pelo *opertet ex fide bona* na fórmula. As partes sempre dispunham de ação de sinal contrário, nominada ou não, como *actio empti*, *actio vendit*, *actio locati* e *actio conducti*. Nas inominadas, falava-se em *actio contraria*.

Através do *bonae fidei iudicia* também se possibilitou ao juiz compensar créditos e débitos, o que não era possível por implicar a apreciação de elementos estranhos ao pedido e à causa de pedir, tendo em vista a bilateralidade ou reciprocidade das fórmulas. Por fim, podia o juiz condenar na prestação de juros não convencionados.

Sintetizando acerca dos *bonae fidei iudicia*, Antônio Menezes Cordeiro (2007) retira deles um sentido geral, ao afirmar que eram instâncias em que o *iudex* tinha por função procurar descer à substância das questões, não se atendo a formalismos estritos e procurando uma solução material, não apenas formal. Sua importância foi a introdução de expedientes simples e concretos que revelam o esforço dos romanos para aperfeiçoar o direito das obrigações, não podendo ser ampliado para se reconhecer a equivalência das prestações, a *bona fides* como norma de comportamento ou da funcionalidade das obrigações, o que se deu muito depois.

Pelo paralelo feito por Tereza Negreiros (1998) entre a noção de boa-fé romana e a noção nos atuais ordenamentos, percebem-se pontos de contato entre o princípio da boa-fé objetiva e os *iudicia bonae fidei*. Ambos têm pertinência no campo obrigacional, além da conformação da boa-fé objetiva romana e atual se dar através de delegação de poderes ao juiz.

²³ *Exceptio doli*, como sua antecedente a *clausula doli* consistia em uma parte prometer à outra, na celebração do contrato, que não existiria qualquer *dolus malus*. A *exceptio pacti* era aplicada quando, após a celebração do contrato, as partes acordavam novo pacto incidente sobre o primeiro. Também entre as exceções citadas por Antônio Menezes Cordeiro (2007), constam as *exceptiones metus e rei iudicatae*. As primeiras são similares à *exceptio doli*, considerando os casos de coação moral. A segunda visava segundo *Iulianus*, *obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem, personas revocatur*.

Sobre a origem e natureza dos *bonae fidei iudicia* sua primeira explicação global, feita por Krüger, em 1890, em *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, liga o seu nascimento, designadamente, aos contratos consensuais. Isto se deu com o crescimento do comércio e a conseqüente necessidade de contratação com *peregrini*, os quais não eram destinatários das normas do *ius civile*.²⁴

Mediante tal contexto, a *fides* se desenvolveu como elemento objetivo e foi adjetivada de *bona*. A *fides bona*, ou *fides* objetiva atuaria segundo norma jurídica em duplo sentido, dominando o dever de cumprir a obrigação (respeitando o estipulado; interpretando seu conteúdo; incluindo junto ao dever principal outras convenções laterais; integrando lacunas no negócio) e constituindo a própria fonte da exigibilidade judicial das figuras *ex bona fides*, que careciam de base legal. Devido a sua origem extralegal, os *bonae fidei* apenas mais tarde foram recepcionados no *ius civile*.

Quanto ao fundamento da positividade dos *bonae fidei iudicia* há dois posicionamentos. O primeiro seria de que houve uma juridificação da *fides bona* com posterior reconhecimento pelo pretor; o segundo de que teria ocorrido uma positivação por força do pretor baseada em elementos pré-existentes.

Pelo primeiro posicionamento, defendido por Arangio-Ruiz, as realidades jurídicas *bonae fidei* ter-se-iam imposto por si próprias, não tendo o pretor admitido criá-las. O segundo posicionamento, defendido por Kunkel e apoiado por Magdelain, é de que houve uma criação pretoriana dos *bonae fidei iudicia* através de meios honorários típicos e, especialmente, a de *actiones in factum conceptae*. Teria o pretor aproveitado de realidades já juridificadas pela *fides*, tendo sido a *fidei bonae* posteriormente recebida no *ius civile*.²⁵

No posicionamento de Antônio Menezes Cordeiro (2007), os *bonae fidei iudicia* são criação do pretor decorrente de sua competência própria para *ius dicere*, e não derivada de normas oriundas da *fides*, por haver uma uniformidade do *opertere ex fide bona*, por ser a *fides bona* uma criação com sentido técnico-jurídico e, por fim, pela natureza pretoriana das regras aplicáveis nos *bonae fidei iudicia*. A *fides* não era capaz de dar cobertura a inovações jurídicas.

A expressão *fides bona* teria sido criada pelo pretor com sentido técnico-jurídico, uma criação hábil por se ter escolhido um termo que sensibilizava imediatamente o leigo, além de

²⁴ Em nota de rodapé, ressalta Antônio Menezes Cordeiro (2007) que, como antecedente a Krüger houve Bernhöft, em *Germanische und moderne Rechtsideen im rezipierten römisch Recht*, de 1882, o qual explica brevemente que, no início, os contratos *bonae fidei* eram exigíveis baseados apenas na honestidade mútua; depois de se tornarem judicialmente reconhecidos, a boa-fé manteve-se como regra de interpretação. (CORDEIRO, p. 90).

²⁵ Para maiores esclarecimentos, consultar Antônio Menezes Cordeiro, 2007, p. 90 e seguintes.

não perder sua potencialidade técnica e de máxima utilidade para o jurista. “*Fides*”, ligada a poder, confiança, garantia e respeito; “*bona*”, algo axiologicamente positivo. Bastava a expressão *oportet ex fide bona* para transmitir ao destinatário uma idéia técnica. Conseqüentemente, as regras aplicáveis aos *bonae fidei iudicia* possuem natureza pretoriana, pois muitas delas foram consagradas na instância do pretor peregrino. A criação do *dolus* e das *exceptiones* também se deu pelo pretor.

Assim, finaliza Antônio Menezes Cordeiro (2007), afirmando que o sentido da criação dos *bonae fidei iudicia* é o mesmo de seu regime, isto é, as transformações ocorridas em função da expansão territorial romana provocaram reformas jurídicas na instância do pretor e foram apelidadas por estes de *bonae fidei*. A inclusão de *ex fide bona* na fórmula era instrução dada ao juiz, através do processo de tecnicização, e não dada pelo juiz, que, apesar de possuir conhecimento jurídico, era despido do poder de *ius dicere*, nunca podendo alcançar as soluções novas decorrentes dos *bonae fidei iudicia*. Concorda o referido autor com o posicionamento de Kunkel e Magdelain de que os *bonae fidei iudicia* aparecem no *ius civile* e não no *honorarium*. Isso se deve ao fato de ser a divisão entre *ius civile* e *ius honorarium* posterior ao *bonae fidei iudicia*.²⁶ A afirmação de que a *fides bona* teria sido norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfego, apresenta incorreções. Numa interpretação atual se podem induzir normas jurídicas mais modestas, como a proibição de dolo, a permissão de compensação ou condenação de juro não pactuados.

3.1.3. De *fides bona* a *bona fides*

Foi a *fides bona*, como já visto, criada pelo pretor com sentido técnico-jurídico. Ao ser remetida ao juiz, junto do *oportet* de uma fórmula, enviava-se ao mesmo um comando para decidir a causa sem o formalismo habitual, levando em conta a ausência de dolo ao efetivamente combinado e o que já fora decidido anteriormente sobre o mesmo assunto, dentre outros comandos. Bastava o *oportet ex fide bona* para dar ao destinatário conhecimento imediato, preciso e eficaz de uma idéia complexa, técnica.

²⁶ Tal divisão pressupõe um trabalho de abstração e sistematização, posterior a muitas soluções concretas, base do *ius romanum*. Quando se impôs tal divisão, considerou-se *ius civile* um núcleo normativo inicial, ao qual foram sendo acrescentadas correções pretorianas, ditas *ius honorarium*. Ao ocorrer a sistematização, os *bonae fidei iudicia* foram integrados no núcleo inicial, dito civil.

No Império, esvazia-se o sentido de *fides bona* que impedia o dolo e permitia a compensação de valores, entre outras atuações. Vários fatores levam ao enfraquecimento da noção de boa-fé no sentido objetivo, na acepção técnica e objetiva da *fides bona*, dentre estes o sentido moral atribuído à boa-fé, que está presente, por exemplo, no instituto da usucapião.

Explicando tal evolução, Antônio Menezes Cordeiro (2007) ensina que houve, na compilação justiniana, uma diluição da boa-fé na ordem jurídica romana, o que se deu em função de ela ter sido utilizada repetidas vezes em situações jurídicas diferentes, no mesmo período histórico e na mesma ordem jurídica.

Tal diluição se deu através da difusão horizontal e vertical da *bona fides* no sistema romano. A difusão horizontal significa que a expressão que qualifica um instituto jurídico concreto passa a designar um diferente instituto. Já a difusão vertical significa que a expressão que qualifica um instituto jurídico concreto comunica-se a um princípio de direito e passa a traduzi-lo.

A concepção do período clássico de *fides bona* como um expediente técnico que permitia ao juiz decidir casos baseados no fato central apresentado pela parte e, também, por outros fatos ligados ao litígio, sem conotação moral, foi se modificando com o tempo.

Pelo processo da difusão horizontal, a *bona fides* passa a representar outro instituto jurídico, do domínio negocial ao campo dos direitos reais, segundo Martins Costa (2000, p. 123). No período clássico, a usucapião foi aperfeiçoada, requerendo a “nomação de uma realidade nova, apurada como requisito – o estado psicológico de ignorância, por parte do beneficiário – tendo para o efeito, sido usada a *bona fides*”. (CORDEIRO, 2007, p. 128).

Trata-se de um exemplo típico da difusão horizontal, já que o sentido da *bona fides* é diferente do sentido presente no *bonae fidei iudicia*. No instituto da *usucapio* a *bona fides* representava um dos requisitos, qual seja, a ignorância do possuidor-adquirente do vício ocorrido no negócio transmissivo do direito real, dadas as considerações de Antônio Menezes Cordeiro (2007) sobre as precisões colocadas pela historiografia moderna a respeito dessa afirmação.²⁷

Da mesma forma que o vocábulo *fides* foi aproveitado e seguido de *bona* para indicar uma norma de comportamento honesta e correta, respeitando o tráfego negocial, desta vez o

²⁷ De que o Direito romano no período clássico nunca definiu a *bona fides*-ignorância, limitando-se a indicar grupos de situações possessórias em que o denominador comum era o estado psicológico; de que nesta acepção a *bona fides* era apenas um estado de espírito, sendo caracterizado pelo desconhecimento do vício, sem componentes éticos e, por fim, de que a *bona fides* não projetava nenhuma norma jurídica, sendo um elemento fático extrajurídico. (CORDEIRO, 2007, p. 106/107).

vocábulo *fides* foi aproveitado e antecedido de *bona*, para batizar o aperfeiçoamento nos pressupostos da usucapião.

Não foi ainda explicada pelos jushistoriadores de forma concludente a transposição do termo. Antônio Menezes Cordeiro (2007) apresenta as teorias de L. Lombardi e Mayer-Maly. No entanto, adverte que, apesar da argumentação de Lombardi, ele não precisou o momento da subjetivação na *bona fides*. E, em relação à teoria de Mayer-Maly, não se explica como e por qual motivo se escolheu o termo *bona fides*.

Em termos resumidos, em sua teoria, L. Lombardi ensina que a transposição se deu através da *emptio* dos *bonae fidei iudicia*. Inicialmente os *bona fidei possessionis* por parte do comprador predominavam na compra e venda. Segundo Lombardi, tanto a *fides bona* quanto a *bona fides possessionis* eram utilizadas apenas por jurisconsultos, não fazendo parte da linguagem literária. Em termos filológicos quando a *bona* precede a *fides* tem-se uma expressão absoluta, sem necessidade de utilização do termo *ex*. Assim, *bona fides* seria a condição em que se encontra o sujeito quando exerce uma atividade, e não uma norma de comportamento da qual saiam deveres. Estatisticamente, em seus levantamentos, as referências clássicas à *bona fides* demonstraram que prevaleceram menções à *emptio* e ao *possidere*, sendo a *emptio* o único negócio *bonae fidei* de todas as *iustae causae* de aquisição da posse. Já na teoria de Mayer-Maly, o aparecimento da *bona fides* na posse ocorreu em função de uma penetração teórica mais forte e do lento desenvolvimento de uma distinção terminológica de pressupostos da usucapião, a partir de uma situação em que o limite à usucapião era a não-furtividade da posse.

Não há entre ambas as teorias incompatibilidade fundamental. O aperfeiçoamento nos pressupostos da usucapião pode ter sido dinamizado em torno da posse do comprador, paradigmática sempre, e, no Direito romano, desenvolvida em conexão com casos concretos. (CORDEIRO, 2007, p. 111). É de se ressaltar que, inicialmente a usucapião não tinha por requisito a necessidade de *bona fides* ou de *iusta causa*. Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), devido ao alargamento do espaço jurídico romano, ao fenômeno do absentéismo, às longas distâncias e ausências prolongadas dos cidadãos, emergentes do serviço militar, foi necessária reformulação no instituto da usucapião, com o aumento de prazos e a necessidade de requisitos como *bona fides* e *iusta causa possessionis*.

Apesar de ser um elemento psicológico, a *bona fides possessiones*, consistente na ignorância ou desconhecimento de vícios, sem conotação ética, também provocava no jurista e no cidadão o mesmo sentimento da *fides bona*, algo positivo, ligado ao bem, o que é uma possível explicação para o uso da expressão *bona fides*. Mesmo com a utilização de termos

similares, não há que se falar em confusão entre ambos: *opertet ex fide bona* dos *bonae fidei iudicia* e *bonae fidei possessio*.

A difusão horizontal da boa-fé, inicialmente para o *bonae fidei possessio*, intensificou-se, sendo empregada em outros institutos, como a boa-fé no casamento e na acessão, mas no mesmo sentido do *bonae fidei possessio*, de ignorância de vícios.

Pela difusão horizontal chega-se à vertical, quando a *bona fides* se misturou com a *aequitas* e o *bonum et aequum*.

Pelo *bonum et aequum* (*iudicia in bonum et aequum concepta*) deferia-se ao juiz competência para calcular o montante da condenação tendo em vista que não era possível, desde o início, a fixação clara do *quantum* condenatório, enquanto pelos *bonae fidei iudicia* concediam-se ao juiz vários poderes que implicavam a concessão dos meios para uma decisão qualitativamente mais perfeita. Em literatura não jurídica, no sentido utilizado por Cícero, corresponde *bonum et aequum* a certo e justo. Tal sentido foi, posteriormente, projetado em textos jurídicos justinianeus, após uma pausa no período do Direito romano vulgar, o que implicou na mistura dos termos *aequum et bonum* e boa-fé pelos compiladores.

Da mesma forma que no *bonum et aequum*, também nas *aequitas* houve difusão vertical, apesar de nesta última não ter havido apropriação técnico-jurídica precisa. Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), Pringsheim tripartiu o sentido da *aequitas*: como princípio de justiça, princípio de interpretação (leis, contratos e testamentos devem ser entendidos segundo o espírito e sentido de cada caso) e modo de decisão fundado no sentimento do juiz, e não segundo uma ordem concreta. O sentido que alcançou foi o de princípio abstrato de justiça.

Para Martins Costa (2000, p 124), a *aequitas* seria o comando de interpretação direcionado ao juiz, o que refletiria a conotação de justiça concreta.

Com essa difusão vertical, os termos *aequitas* e *bonum et aequum* se misturam a *bona fides* e vice versa. Naquele momento, *bona fides* significava justiça, honestidade e lealdade.

A vulgarização que se deu no Direito romano atingiu a boa-fé. A vulgarização correspondeu ao afastamento do direito da tradição clássica, a partir do império de Constantino Magno (307-37), perdendo-se a técnica jurídica de pensamento e expressão refinada dos juristas clássicos. Surgem, em substituição, leigos, práticos e professores que normalmente interpretam mal e falsificam a substância do direito clássico. As construções jurídicas do pensamento vulgar são reconhecidas e aplicadas na prática, mas divergem do direito clássico, recebendo a denominação de Direito romano vulgar. Tal direito vulgar pós-romano apresenta Direito romano na substância, mas muito grosseiro e materialmente

alterado, constituindo uma fase decadente da cultura jurídica, e por muitas vezes se liga ao pensamento do direito pré-científico e arcaico. Após a cisão do Império em Império Romano do Ocidente e do Oriente, a evolução jurídica segue separadamente. No Ocidente, continua a vulgarização do Direito privado. Já no Oriente, a vulgarização é parcialmente impedida, ocorrendo uma virada de origem classicista, tendendo a conservar e a utilizar a literatura jurídica clássica, sendo fruto dessa época o Corpus Iuris Civilis de Justinianeu. (KASER, 1999.)

A transposição da *fides bona* a *bona fides* foi um fenômeno considerado vulgarismo pontual. Também foi considerada vulgarismo pontual no Direito vulgar a difusão da *fides bona* para outras modalidades relacionadas como herdeiro de boa-fé, liberto de boa-fé e celebrante contratual de boa-fé.

No Direito vulgar, desapareceu o significado do *opertet ex fide bona* incluído nas fórmulas tendo em vista a supressão da bipartição processual entre pretor e juiz, sendo que os litígios eram compostos perante juízes da burocracia estatal. As *exceptiones* e a compensação estenderam-se a todos os juízos. Justinianeu, após o período do Direito vulgar, recriou a categoria dos *bonae fidei iudicia*, mas tal recriação permaneceu como referência formal apenas, perdeu-se seu sentido prático, dada a generalização do seu regime. Com a diluição da *bona fides* em seu sentido horizontal, o Direito romano conheceu as duas vertentes da boa-fé: a subjetiva e objetiva.

3.2. A boa-fé no Direito canônico

O Direito canônico, ao contrário do romano, que conheceu dois sentidos para a boa-fé, conheceu apenas seu sentido subjetivo. No Direito canônico, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), a boa fé – *bona fides* – sofreu uma unificação conceitual.

Consoante Judith Martins-Costa,

é que enquanto o direito romano, considerando a *dimensão técnica* da boa-fé promoveu a sua bipartição – consoante aplicada às obrigações ou à posse –, o direito canônico operou sua *unificação conceptual* sob o signo da referência ao pecado, o que equivale a dizer da ausência de pecado, situando-a em uma dimensão ética e axiológica compatível com o sentido geral do direito canônico. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 130).

O Direito canônico privilegiou a noção de boa-fé como ausência de pecado, revestindo-a de conotação moral e convertendo-a em valor. Nele, um dos mandamentos é o dever de amar o próximo, sendo que quem ama não trai ou mente. A palavra dada e a vontade manifestada eram sagradas, não agir de boa-fé ou faltar com a palavra dada era considerado pecado.

O sentido de boa-fé no Direito canônico deve advir do sentido do Direito da igreja, que tem fundamento teológico. Mesmo não regulando situações puramente profanas, a justificação do Direito canônico é transcendental. Nos dizeres de Antônio Menezes Cordeiro (2007, p. 159), “conceitos como a propriedade ou o contrato obrigam não apenas por terem, como subjacentes, certas sanções profanas, mas por se situarem numa escala que traduz a concretização da Lei de Deus. Valem.”

A passagem da *bona fides* do Direito romano para a boa-fé do canônico não se deu de uma forma brusca. O cristianismo se desenvolveu no seio do Direito romano, aceitou a maioria dos institutos jurídicos romanos mundanos e acolheu as virtudes romanas, em especial a *fides*. O que há é uma nova forma de pensar advinda do cristianismo. Muito do Direito canônico era do Direito romano, só que adaptado aos novos valores. A religião cristã é uma religião retórica, sendo seu meio de comunicação a palavra. É admissível a penetração cristã da *bona fides* nas compilações de Justinianus. Para Justinianus, o Império e a Igreja constituíam uma unidade. Ele foi um legislador cristão, respeitando nos Digesta o pensamento jurídico pré-cristão. O Direito canônico avança com cuidado sem inovações bruscas, só vindo estas a ser percebidas quando ampliadas em uma grande perspectiva histórica. (CORDEIRO, 2007).

Assim como no Direito romano, não há, no Direito canônico, uma definição de boa-fé. Neste, a referência à boa-fé se dá em dois aspectos. O primeiro deles está referenciado no *Corpus Iuris Canonici*, textos jurídicos formais imputáveis à Igreja, relacionados à prescrição. Na posse, a *bona fides* era exigida não somente no início do prazo, como no Direito romano, mas durante todo o período prescricional.²⁸

²⁸ A posição contida no Decreto é de se requerer a *bona fides* somente no início do prazo, ao passo que nas Decretais, ela deveria existir durante todo o período prescricional. Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), não há uma contradição entre tais documentos. O que ocorreu foi uma evolução no pensamento jurídico da Igreja quanto à boa-fé. No *Codex Iuris Canonici*, a posição que consta é da necessidade de *bona fides* durante todo o período prescricional, assim como no *Liber Sextus*. (CORDEIRO, 2007, p. 152).

O segundo aspecto está relacionado à legitimação dos *nuda pacta* (contratos consensuais)²⁹. No Direito romano, como acordos meramente consensuais, os pactos geravam apenas obrigações naturais e não civis, não obrigando as partes. Já no Direito canônico, em que a boa-fé sempre estava relacionada à consideração de pecado, tais pactos deveriam ser cumpridos sob pena de violação de valores transcendentais.

No Direito romano, a boa-fé subjetiva relacionada a *bonae fidei possessio*, consistia na ignorância de algum vício. O Direito canônico deu uma concepção ética a esse estado de ignorância. “A intervenção do Direito canônico cifrou-se, pois, na eticização da boa fé subjetiva”. (CORDEIRO, 2007, p. 156). Eticização esta que, para Martins-Costa (2000), indicava que não bastava a simples ignorância do vício, mas a consciência íntima e subjetiva da ausência de pecado, de agir corretamente, de não lesar regra jurídica ou direito de outrem.

Enquanto no Direito romano a boa-fé era bipartida – por um lado representava honestidade, fidelidade e conscienciosidade, e por outro representava uma ignorância justificada –, no Direito canônico há uma unificação no sentido de que a boa-fé dependeria da consideração do pecado. No campo dos acordos meramente consensuais e nas obrigações imperfeitas, não exerceu a boa-fé nenhum papel específico no Direito canônico, o que fez com que desaparecesse, na prática, do Direito das obrigações. A razão, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), foi renunciada pelo Direito romano vulgar. A decadência do processo bipartido clássico e a generalização da mensagem do *oportet ex fide bona* transformaram a referência aos *bonae fidei iudicia*, ressuscitada no *Corpus Iuris Civilis*, em uma categoria desprovida de conteúdo substancial, sem sentido material. Isso não condiz com o Direito canônico, o qual tem necessidade da prática social, não podendo ser sensibilizado por um instituto sem sentido material. Mediante tal situação, caiu em esquecimento a boa-fé nas obrigações relacionada aos *bonae fidei iudicia*, ficando a mesma limitada à prescrição e outras utilizações, sempre subjetivadas, relacionadas, como já visto, ao estado de consciência individual.

²⁹ No período republicano do Direito romano havia dois meios de se formar uma obrigação contratual, através do *contractus* ou do *pactum*, sendo ambos pertencentes à mesma espécie, *conventio*. Somente os *contractus* eram protegidos por uma *actio*, uma vez que eram celebrados de acordo com as formalidades e rituais estipulados. Havia três categorias de *contractus*: *litteris* (inscrição material no livro do credor), *verbis* (através de expressões orais e *re* (tradição da coisa). Já os *pacta* não obedeciam a forma alguma, apenas havia o acordo de vontades, não sendo protegidos por nenhuma *actio* para o caso de descumprimento de uma das partes. Os contratos geravam obrigações civis, enquanto os pactos apenas obrigações naturais, caso não fossem acessório de um contrato, ou recebessem força do Direito pretoriano ou de alguma Constituição Imperial (do período pós-clássico). *Nuda pacta* eram aqueles pactos que não se enquadravam em nenhum dos casos acima, gerando apenas obrigações naturais, sem possibilidade de exigir o cumprimento da avença. Vide Cesar Fiúza – Por uma redefinição da contratualidade.

A contribuição direta da boa-fé do Direito canônico se deu no casamento, através do matrimônio putativo. No caso de invalidez matrimonial, admitiu-se a manutenção de certos efeitos produzidos na constância do casamento, quando um dos cônjuges estivesse de boa-fé, acreditando na validade deste.

3.3. A boa-fé no Direito germânico

A grande contribuição da boa-fé do Direito germânico da Idade Média, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007, p. 175), “foi antes o de – num reflexo sectorial do seu contributo para a cultura do Ocidente – ter introduzido, no domínio da boa-fé, um conjunto de valores novos, que perduraria até à codificação alemã e, a partir daí, se radicaria nas outras codificações romanísticas”.

Através da expressão *Treu und Glauben*, introduziu-se no conceito de boa-fé um sentido diverso dos já conhecidos nos Direitos romano e canônico. Tal expressão, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), é uma fórmula par,³⁰ com conteúdo jurídico, muito utilizada em latim e alemão medieval. Ela objetiva ou reforçar o sentido comum dos termos, ou alterar o sentido de um deles ou ainda criar um novo sentido, sendo este último o que ocorreu com a expressão *Treu und Glauben*, que possui sentido diverso do significado atual de seus termos constitutivos.

Separadamente, *Treu* (ou *Treue*) significa lealdade, enquanto *Glauben* (ou *Glaube*) expressa a noção de crença, convencimento. Ambos os termos se relacionam a “qualidades ou estados humanos objectivados” (CORDEIRO, 2007, p. 167), sendo que a segunda expressão se liga a qualidade enquanto a primeira relaciona-se mais a um estado.

Por ter a fórmula *Treu und Glauben* assumido significação própria, independente de seus termos, Antônio Menezes Cordeiro (2007, p. 167) apresenta uma pesquisa dos significados anteriores dos termos que a compõem. Fruto dessas pesquisas tem-se que o termo *Treue* significava no velho-alto-alemão “firmeza, comportamento autêntico de alguém em consequência de um contrato concluído”, ao qual foi acrescido um sentido ético no médio-alto-alemão, característico do sistema de valores cavaleirescos, sendo que tal significado permanece como a fidelidade atual. *Glauben*, no velho-alto-alemão, indicava a *fides* latina, no

³⁰ A fórmula par também é utilizada em outra fórmula bipartida do débito-responsabilidade (*Schuld und Haftung*), a ser construída conceitualmente séculos mais tarde por Von Brinz.

sentido da fé e também de confiança e crença, sendo que este último significado desapareceu no novo-alto-alemão.

A utilização em separado dos termos encontra-se documentada desde o século XIV. Eles tinham as mesmas acepções: ambos significavam crença, confiança, honra e lealdade à palavra dada. Por expressarem as mesmas idéias, foi possível a junção das duas expressões em uma fórmula par. Assim, a fórmula *Treu und Glauben* surge em 1346, como *Treuwe ind gelawen*. Em sua evolução significou confiança e boa-fé no sentido subjetivo, correspondente à *bonae fidei possessio* – hoje representada pela expressão *guter Glauben* – confiança e credibilidade, confiança e regra de comportamento.

Ocorre aqui o mesmo fenômeno que ocorreu com a *bona fides* no *Corpus Iuris Civilis*, a qual se transformou em uma categoria desprovida de conteúdo substancial. Somente o contexto poderia indicar o seu significado.

Só a partir do instituto medieval do juramento de honra³¹ é que a boa-fé germânica se tornou uma representação jurídica mais concreta. O sentido que assumiu foi o conteúdo do juramento de honra, como o dever de garantir a manutenção e cumprimento da palavra dada. Seria o juramento de honra fonte de responsabilidade pessoal, estando ligada a honra, lealdade e respeito. Tal concepção acerca da boa-fé não se encontra em nenhum outro sentido do instituto conhecido até então. É totalmente nova.

O juramento de honra feito pelos cavaleiros, além de reportar ao “ideal de vida sublime” e ao “sonho de heroísmo” da cultura cavaleiresca, também se relaciona, no direito, a uma questão ética. Segundo Judith Martins-Costa,

Com efeito, para além das manifestações amorosas, políticas e militares, os ideais cavaleirescos englobados no juramento de honra prendem-se, no direito, a uma questão ética: a garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada, *garantia esta, contudo, não vinculada a uma perspectiva subjetivista* – o olhar sobre a pessoa do garante –, mas a uma *perspectiva objetiva, ligada à confiança geral, estabelecida a nível de comportamento coletivo*, uma vez que a atitude cortês sempre implica numa *reciprocidade de deveres*. “Fiadores e defensores”, como no *Lancelot*, os *chevaliers* não agem por interesse próprio, mas tendo em vista os interesses do *alter* – da sua dama, do seu soberano, da sua coletividade.(grifo no original). (MARTINS-COSTA, 2000, p. 125).

A influência dos ideais da cavalaria, como honra, bravura e lisura na boa-fé, se deu em dois aspectos: na objetividade e no irracionalismo. Objetividade no sentido de que a boa-fé germânica se preocupava com a exterioridade, e não com o estado de ciência. O que

³¹ Que, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), é o instituto através do qual o jurante se manteria sujeito ao poder de agressão pessoal do credor.

importava era a opinião pública, e sua aprovação ou censura iriam ditar a atuação jurídica medieval. Quanto ao irracionalismo, este é consequência do primeiro. A boa-fé germânica não foi utilizada como expressão técnico-jurídica, nem foi integrada em uma ciência do discurso criada para convencer juízes, contraditores ou assembléia. Ao contrário, provocava ela reações de adesão ou repulsa de acordo com os padrões culturais da época.

Surge, assim, a boa-fé com sentido distinto dos já conhecidos, relacionada à confiança, à reciprocidade de deveres, à preocupação com os interesses da outra parte, corporificando-se em regra de conduta a ser observada no cumprimento das obrigações.

É a demarcação do universo da boa-fé obrigacional traduzindo conotações diversas daquelas que marcaram o Direito romano (numa das acepções da *fides* com a idéia de fidelidade ao pactuado), assumindo o conteúdo de cumprimento exato dos deveres assumidos ao qual corresponde o dever de consideração para com os interesses da contraparte (MARTINS-COSTA, 2000). Contudo, o aspecto de cumprimento exato dos deveres assumidos iria desaparecer na evolução subsequente.

A falta de correspondência lingüística entre a boa-fé alemã, representada pela expressão *Treu und Glauben*, e a *bona fides* romana contribuiu para a vitalidade da primeira. Pode-se explicar isso. Por não ter a *Treu und Glauben* atingido um emprego técnico-jurídico antes da codificação, ela ficou livre dos entraves da tecnificação, o que possibilitou seu desenvolvimento. A *bona fides*, mais especificamente a *bonae fidei possessio*, conheceu uma tecnificação que acarretou para a boa-fé romana e canônica dois entraves.

Antônio Menezes Cordeiro (2007) os relaciona. Em primeiro lugar, a dificuldade, após a adoção de um sentido técnico, de alcançar novas acepções para a boa-fé a partir de componentes diluídos. Em segundo lugar, o fascínio que o emprego técnico do termo exerce sobre a doutrina jurídica confina-a à utilização já existente do termo, prejudicando ou dificultando a busca de novas vias.

Sua importância, como já citado, é ter introduzido valores que perduraram até a codificação alemã e ter migrado para outras codificações. Ela tornou-se apenas um elemento afetivo exterior, sendo considerada “como bem não racional, fruto de opinião pública mas, apesar disso, positivo”.(CORDEIRO, 2007, p. 202).

Não é decorrente do Direito germânico o princípio geral da boa-fé ditando o comportamento das pessoas no tráfego. O Direito medieval alemão não anteviu as soluções concretas que poderiam ser proporcionadas através da boa-fé objetiva atual.

3.4. O fenômeno da recepção

A história do Direito privado moderno se inicia na Europa, consoante Wieacker (1967), com a redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* de Justinianeu. Surge, assim, uma ciência jurídica européia no início da Alta Idade Média com a aplicação de comentário e de ensino do *trivium*,³² herdados da Antigüidade, ao estudo do *Corpus Iuris* justinianeu. O jurista formado nessas escolas começou a desempenhar atividades técnicas na diplomacia, na administração e na jurisprudência dos territórios e Estados nacionais europeus. A partir daí, há uma expansão espacial desse fenômeno científico e social, a qual se consolida com a chamada “recepção” do Direito romano na Europa ocidental e central.

Passa-se de um estágio em que os litígios eram resolvidos irracionalmente para o estudo e pesquisa de formas racionais de composição e o surgimento de uma ciência. Foi o fenômeno da recepção, com a cientificação jurídica iniciada nas universidades e propagada na Europa pelos juristas que nelas se formavam, baseado no *Corpus Iuris Civilis*, promovendo a redescoberta da Ciência Jurídica romana. Há de se destacar o papel da Igreja e dos estudiosos medievais nesse fenômeno, sendo os mesmos responsáveis pela divulgação e assimilação desta ciência. Quanto à Igreja, foi responsável pela conquista da Germânia, onde se impôs o latim como língua oficial, o Direito canônico e a administração eclesiástica. Os juristas medievais, por sua parte, foram os propagadores, na Europa, dessa nova ciência. (CORDEIRO, 2007).

Normalmente, na seara da boa-fé, há um salto da Antigüidade para a codificação, não passando pelo período da recepção. Tal fato indicaria o papel secundário que ocupa a boa-fé nesse período. Destaca-se que no *Corpus Iuris Civilis*, como já visto, a boa-fé se restringia à sua concepção subjetiva junto à posse e outros institutos: a *bona fides* era citada apenas formalmente, sem nenhum conteúdo material. Sendo a recepção uma retomada do *Corpus Iuris*, nada de novo surgiu nesse período da história. Referências a ela se resumem a três, nos contratos consensuais, na garantia das obrigações e na prescrição.

A juridicidade dos contratos consensuais já se encontrava amparada no *ius* romano, já se tendo alcançado o princípio da consensualidade. Não haveria que se fundamentar a positivação dos mesmos baseado na boa-fé. Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), em pesquisas realizadas por Acúrsio e Bártolo (expoentes máximos dos glosadores e pós-

³² O *trivium* consistia no ensino de gramática, lógica e retórica.

glosadores, respectivamente) sobre a *Glosa ordinária*, não se permite detectar indícios da *bona fides* como fundamento para a juridicidade dos contratos, sejam ou não consensuais.

Na garantia das obrigações, a boa-fé estava relacionada à *fides facta*, caracterizando um ato solene próximo das juras germânicas formais. A natureza e rituais presentes na celebração desses negócios indicaram sua origem germânico-medieval e não romana.

Por fim, foi a prescrição o campo privilegiado de aplicação da boa-fé neste período, decorrente da conservação no *Corpus Iuris Civilis* de uma aplicação técnica relativa à posse, posteriormente expandida pelos glosadores e pós-glosadores. O reforço a essa boa-fé subjetiva, com aplicação primeiramente na posse e depois na prescrição, foi ocasionado pelo paralelo canônico, que deu atenção de primeiro plano à boa-fé na prescrição.

A boa-fé, no período da recepção e daí no Direito comum, era a acepção subjetivo-psicológica do convencimento do possuidor de ser o proprietário ou de não lesar direitos alheios. A boa-fé objetiva só iria desabrochar a partir do momento em que a sistematização se colocou a serviço do direito, o que se concretizaria apenas com o humanismo e o jusnaturalismo.

3.5. A boa-fé na primeira e na segunda sistemática

3.5.1. A primeira sistemática

Eis o panorama histórico antes da primeira sistemática:

A Ciência do Direito europeia, firmada pelos pós-glosadores e assente na recepção prática, chegara a um beco sem saída. O material acumulado pelas glosas e, depois, pelos comentários, estreitamente ligado a uma leitura a-histórica dos textos justinianeus, dificultava, em extremo, o ensino do Direito e inviabilizava quaisquer veleidades de inovação. O quebrar do círculo exigia a intervenção de forças exteriores à Ciência do Direito. (CORDEIRO, 2007, P. 189).

A mudança do quadro apresentado se deu a partir do século XIV, com o Renascimento, mais especificamente com o humanismo. “A visão humanista pressupõe um Universo com o homem por foco e a Antiguidade, sem mediações, por modelo”. (CORDEIRO, 2007, p. 190).

O fenômeno do Renascimento não foi um reviver ou uma ressurreição dos modelos da Antigüidade, mas consistiu na renovação desses modelos de forma a que pudessem ser aplicados no momento para o qual foram transpostos. A restauração do Direito romano consistiu em uma nova abordagem pedagógica, não tendo surgido novos institutos jurídicos nem ressurgido os institutos antigos.

Com a Renascença, a exaltação dos estudos clássicos se projeta para o campo do direito, acarretando o aparecimento da Escola dos Cultos e posteriormente da Escola Holandesa ou Elegante, sendo ambas adeptas do humanismo e tendo como expoentes Cuiacius, Donellus, Vínio, Bynkershoek, dentre outros. O objetivo era restaurar o Direito romano clássico (ALVES, 2008) por suas qualidades, procurando a verdadeira ciência jurídica romana.

No campo do direito, a ciência até então produzida foi criticada, numa reação contra a ciência jurídica medieval e contra os autores da compilação justinianéia, ganhando o Direito romano um impulso especial ao ser buscado diretamente nas fontes, e não em glosas ou comentários. Como consequência, tem-se a primeira aplicação da idéia de sistema, que na concepção kantiana é “a unidade de conhecimentos variados sob uma idéia” ou “conjunto ordenado de conhecimentos segundo princípios”. (KANT *apud* CORDEIRO, 2007, p. 194)

O Direito romano da Antigüidade tinha um sistema interno,³³ através de formulações ideais, em que para cada situação igual se aplicava saída igual e para cada questão diferente se aplicava resposta diferente. Em relação ao sistema externo, o mesmo era incipiente. Na *Institutiones* de Gaius e posterior projeção na de Justinianus, surge uma certa ordem, que renunciava uma sistematização, mas no *Digesto* sua falta era decisiva. Assim, apesar de progressos em Bártolo, os medievais não atingiram um sistema externo.

Os humanistas, na busca de idéias gerais imutáveis, deram sua sistematização própria ao direito. A preocupação maior com as idéias gerais contidas nos textos, e não com os textos em si mesmos, tornou possível uma arrumação sistemática da matéria jurídica. O que se buscou foi detectar as idéias gerais do Direito romano que pudessem ser extraídas do conjunto e que serviriam como ponto de ligação entre as diversas regras, ao contrário da abordagem

³³ Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007, p. 195), sistema externo seria a exposição ordenada de conhecimentos, em função de idéias-chave ou de princípios. Já sistema interno seria a unidade intrínseca conferida a uma realidade pelas suas próprias concatenações ônticas, opondo-se à tópica material. Enquanto a primeira apresenta conhecimentos não unificados ou expressos em séries ordenadas de acordo com fatores acientíficos, a segunda pressupõe a busca de soluções materiais com recurso, caso a caso, a opiniões específicas, não integráveis numa ordem conjunta, sendo de formação renovada, sempre que se apresentem problemas novos.

dos glosadores e pós-glosadores, que estudavam pontos isolados e específicos e os memorizavam. (DANTAS JUNIOR, 2008, p. 52).

Isto posto, a ordenação que se verificou foi uma sistematização empírica, que aceitou elementos dispersos exteriores e destes partiu para a estrutura, sendo chamada de sistemática periférica. Não havia um desenvolvimento abstrato a ponto de guiar uma sistematização em si, como a que ocorreria mais tarde ditada pelo jusracionalismo. A importância da primeira sistematização foi quebrar a ligação estrita ao Digesta e propor a busca de novas soluções pela posteridade, uma vez que, ao se capturar as idéias gerais, o jurista diante de novas realidades poderia encontrar soluções que mantivessem a coerência com o conjunto.

Em relação à *bona fides*, a primeira sistemática reviveu aspectos que se perderam na Idade Média e produziu a primeira tentativa de tratar globalmente o assunto. Cuiacius (Cujas – 1522-1590) e Donellus (Doneau – 1527 – 1591) foram dois juristas franceses de base humanista que se referiram ao tema e que ficaram conhecidos como jurisprudentes elegantes.

Cuiacius, ao se referir aos contratos *stricti iuris*, estende-lhes a *bona fides*. Em seu estudo do *Corpus Iuris Civilis*, a boa-fé é definida cada vez que surge, não ficando esquecido nenhum de seus sentidos, mas permanece a confusão entre boa-fé e *aequitas*, conservando-se a diluição da mesma. O que de importante Cuiacius fez foi recolocar em evidência a boa-fé nos contratos e restabelecer a *bona fides-aequitas*, evitando que ela fosse relegada apenas no sentido subjetivo e como elemento da usucapião. Já Donellus define a boa-fé possessória aproximando-a da idéia de lealdade, como Cícero, deixando de ser meramente subjetivo e indicando o comportamento correto com ausência de dolo. Donellus dá à boa-fé possessória uma dimensão normativa, além do fato apenas psicológico, explicitando seu conteúdo. Para ele, a *bona fides* assume duplo aspecto na dimensão contratual, obrigando a prestar à outra parte o que é justo (aspecto positivo) e impondo a abstenção do dolo, fraude e coação, física ou moral, indicando a *fides* o respeito pelo dito e acordado.

Em seus estudos, Donellus deu à boa-fé uma idéia unitária como princípio geral do direito. Com isso, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), avançou mais de três séculos no futuro, mas seu pensamento na área de boa-fé é quase desconhecido. Foi o primeiro grande sistêmico que iniciou a História moderna da boa-fé apenas com recurso à tradição romana. Apenas a terceira sistemática – pandectística – voltaria a colocar a boa-fé nos termos iniciados por Donellus.

3.5.2. A segunda sistemática

Assim se apresenta o quadro da boa-fé para os racionalistas:

Perante os operadores racionalistas, a boa fé surge, assim, com uma série de potencialidades, contraditórias até, por vezes: por um lado, um conceito técnico-jurídico, de conteúdo psicológico, dobrado, no texto do *Corpus Iuris Civilis*, de uma menção diluída puramente retórica, na génese da qual, não obstante, era possível detectar o vector da busca de soluções materiais, tidas por equilibradas, no domínio contratual; por outro, uma representação ética, também subjectivada, a entender dentro da escala axiológica ocidental cristã; por fim, um factor afectivo, dominado por padrões sociais objectivos. (CORDEIRO, 2006, p. 202)

O jusracionalismo é o período no qual o jusnaturalismo atuou no direito. Nos séculos XVII e XVIII, devido aos jusnaturalistas, adeptos da Escola do Direito Natural, o Direito romano sofreu o primeiro abalo. Tal abalo refere-se à busca do movimento jusracionalista por princípios que justificassem e informassem o direito para que ele fosse justo. Tais princípios informadores teriam sua validade em função de suas qualidade intrínsecas, e não em função de sua origem.

Os jusnaturalistas partem da premissa de que o homem, por necessidade, havia renunciado a alguns de seus direitos para o Estado, e este, posteriormente, invadiu a esfera jurídica reservada ao indivíduo, motivo pelo qual se fazia necessária uma nova legislação com o intuito de restabelecer os direitos individuais. Pregavam a elaboração de codificação do direito, conservando-se os princípios que coadunassem com os preceitos de Direito natural, e repudiando-se aqueles que não fossem coincidentes com tal doutrina. Tornou-se, pois, o Direito natural medida de aferição de valor do Direito romano, pois os seus princípios é que determinariam os preceitos romanos a serem considerados. Entre seus adeptos, destacam-se Grotius, Puffendorf, Tomásio e Wolff. (ALVES, 2008).

Grotius desenvolveu um sistema de Direito natural que tinha por característica a possibilidade de se conhecer seus princípios previamente com o uso da razão. No que concerne à boa-fé, o pensamento grociano não lhe dá nenhum destaque, não havendo, em sua obra, nenhuma definição sobre ela. No entanto, isola cinco aspectos acerca da boa-fé: entre aliados, como fase contratual, perante o inimigo, no exercício dos direitos e como fundamento do Direito internacional. Estabelece uma gradação entre eles, dando maior importância à *fides* entre as partes envolvidas em um contrato – pois a intensidade do vínculo é maior –, sendo

que os efeitos da declaração da vontade não decorrem apenas de elementos internos ao sujeito, uma vez que os efeitos sociais decorrerão daquilo que exteriorizar.

No campo contratual, dá relevo à boa-fé na natureza vinculativa da promessa, estando seu fundamento no promitente e em sua liberdade. A *fides* requer pessoas de iguais direitos e, por isso, responsáveis por aquilo que prometam, o que significa respeito à palavra dada. Também dá relevância à *fides* no sentido de interpretação. Sua contribuição consistiu em não ter esquecido a boa-fé em seus escritos básicos para o racionalismo, tendo sido a mesma recebida num novo estágio histórico-jurídico, com potencialidades culturais novas.

A elaboração de um pensamento sistemático no Direito privado deve-se a Descartes, cuja doutrina é “a superioridade do pensamento unitário que, partindo de uma base bem determinada, seja conduzida por um só critério”. (CORDEIRO, 2007, p. 218). Tal pensamento unitário seria conseguido através dos princípios gerais do ordenamento jurídico, os quais lhe dariam uma unidade. A sistemática desenvolvida nesse momento é do tipo central, em oposição à primeira sistemática, estabelecendo-se primeiro as idéias básicas do sistema.

A transposição desse pensamento para as ciências humanas se deveu a Hobbes, que, desenvolvendo-o, lançou as bases da nova sistemática jurídica ocidental. O bem humano prevalece sobre a razão e, como forma de sobrevivência do indivíduo, funda-se a sociedade civil e o Estado em troca da liberdade. A lealdade nos contratos se impõe, desta forma, também como meio de manutenção da paz.

Pufendorf foi um pensador que efetuou sínteses fundamentais. De Grotius aproveita a sociabilidade básica e otimista do homem e sua capacidade de entrar em uma relação duradoura. A partir de Hobbes, cria um sistema lógico-dedutivo de tipo central. Da tradição romana aproveita o sistema interno. Do jusracionalismo aproveita a fundamentação e o desenvolvimento, isto é, o sistema externo que representa a síntese. Pufendorf descobre no homem a sua inclinação de automanutenção e instinto social. Disto resultariam deveres individuais e sociais. Segundo ele, a base da celebração de contratos estaria na liberdade das partes: uma vez celebrados, sua natureza social exige sua observância estrita. Pufendorf liga a vinculabilidade dos contratos ao Direito natural remetendo para a *fides*, cuja quebra seria motivo de guerra. Outras referências à boa-fé estão na usucapião (como fator subjetivo da crença na transferência do domínio a favor do usucapiente) e também na distinção entre contratos *bonae fidei* e *stricti iuris* sendo, que no primeiro, tem o juiz um poder *arbitrandi* e *aestimandi* sobre as conseqüências da violação. Em outros ramos, a boa-fé está ausente, não sendo usada nem mesmo para fundamentar os contratos consensuais ou definir o dolo.

Os trabalhos de Pufendorf não reagiram à boa-fé, faltou neles uma tentativa de reagrupá-la como fez Donellus. O pensador utiliza a *fides* somente como reforço à adstringibilidade contratual e à manutenção da *bona fides* com sentido técnico, com acepção psicológica, na usucapião. Por ocasião dos estudos de Pufendorf, a boa-fé já estava segura na ciência jurídica e o mesmo, deixando de lado a herança de Donellus, mantém as referências romanas psicológicas e uma presença discreta no fenômeno contratual, legando à evolução uma boa-fé dispersa e difusa, com um papel secundário nas vinculações pandectísticas.

Esse retrocesso aparente na boa-fé pode ser traduzido por uma regra histórica de comportamento desse instituto. Estando em um sistema periférico, a boa-fé é reconduzida a princípio geral e único em virtude da ordenação de elementos culturais díspares. Parte, assim, de conceitos diluídos à sua reconstrução unitária, ao passo que, em uma sistematização central, a diluição é mantida, não sendo possível a constituição do fator diluído.

3.6. A boa-fé nas codificações francesa e alemã

Em que pese a importância da primeira e da segunda sistemática, após o estudo dos Direitos romano, canônico e germânico, o mais importante momento para a boa-fé é o das codificações francesa e alemã.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, seja nos países do sistema romano-germânico seja nos do *common law*, encontra-se positivada a boa-fé objetiva. Por não ser escopo deste trabalho o estudo do direito comparado, ele restringir-se-á ao estudo dos sistemas francês e alemão, que foram os mais representativos, em sua respectiva época, no que diz respeito à positivação do princípio da boa-fé. O Code Napoléon foi o primeiro a se referir à boa-fé nas relações contratuais e, foi com o Bürgerliches Gesetzbuch ou BGB – Código Civil Alemão –, que o princípio da boa-fé objetiva se desenvolveu.

3.6.1. A primeira codificação: o Código Napoleão ou Code Civil

Consoante Antônio Menezes Cordeiro (2007, p. 226) “depois do Digesto, em 529, o acontecimento jurídico mais marcante foi o aparecimento do Código Napoleão, em 1804”.

Segundo o mesmo autor, a data tem um sentido formal e, em certos parâmetros, o Digesto é a cristalização do Direito romano, ao passo que o Código Napoleão é o formar do Direito europeu anterior. Antônio Menezes Cordeiro assim trata desse diploma legislativo:

Redigido no rescaldo da Revolução Francesa, numa altura em que a instabilidade constitucional era, ainda, acentuada, e depois de várias tentativas de codificação ocorridas no auge do período revolucionário, o Código Napoleão é, com facilidade, considerado o produto inovador de alterações jurídico-sociais profundas. Há muito, porém, que a historiografia mais atenta aponta o infundado dessa consideração. (CORDEIRO, 2007, p. 226).

Não diretamente relacionado à boa-fé, mas ponto histórico de suma importância é tal consideração feita por Antônio Menezes Cordeiro (2007). Segundo ele, o Código Napoleão nada mais seria que o ponto culminante de uma evolução iniciada com os comentaristas, renovada pelo humanismo e primeira sistemática, e por fim, influenciada e conduzida pelo jusracionalismo. Tal diploma “acertou o passo” do que já vinha acontecendo desde o séc. XVI, com a revolução jusracionalista, sendo que no fim do séc. XVIII a Ciência do Direito já havia ultrapassado a ordem naquela época positivada. A expressão “o formar do Direito europeu anterior” quer indicar não ter havido ruptura significativa entre a codificação francesa³⁴ e a doutrina jurídica pré-revolucionária. As inovações ocorridas no Direito privado nesta época se devem, portanto, à pré-codificação e ao jusracionalismo.³⁵ A novidade material foi escassa, sendo seu essencial a exigência da simplicidade, de ordenação, de clareza.

Isto posto, com exceção dos pilares do Código Napoleão – os artigos 544 e 1134/1, que tratam respectivamente da propriedade como direito de gozar e dispor dos bens de forma absoluta, observando-se apenas que não se faça deles um uso proibido pelas leis e regulamentos e que as convenções formadas legalmente valem como leis para aqueles que as

³⁴ De inovador, fruto da revolução, apenas no âmbito dos direitos reais, que em muitos casos foram apenas formais. As disposições revolucionárias acerca do divórcio no sentido de seu alargamento, por exemplo, foram perdidas. No campo dos direitos reais, na desvinculação da propriedade, os antigos ônus feudais que foram abolidos em 1789 não tinham qualquer significado econômica. De importante, vale destacar o sistema sucessório positivado no Código de Napoleão, que refletiu na repartição da propriedade e formação de uma importante classe média a partir da conjunção legítima-igualdade, com a finalidade de dificultar a formação de grandes fortunas. Vide Cordeiro, 2007, p. 227, 230 e 231.

³⁵ Ou mais longe, a pré-codificação também não trouxe alteração jurídica profunda, estando as raízes no Direito romano, mas os pré-codificadores sempre se preocuparam com a simplificação do direito e sua ordenação.

fizeram –, poucas são as inovações³⁶. Há “remodelações lingüísticas flutuantes e pouco substantivas, continua sempre a vigorar o Direito romano”. (CORDEIRO, 2007, p. 235).

Assim, antes do Código Napoleão, a referência à boa-fé na pré-codificação ficou sob a responsabilidade de Domat e Pothier.

Como expoente da segunda sistemática, Jean Domat (1625-1696)³⁷ realizou uma sistematização do tipo central puro e, com base religiosa, desenvolveu o Direito privado baseado no pensamento de que os homens devem amor mútuo uns aos outros e de que Deus estabelece relações mais precisas, das quais decorrem vinculações que unem certas pessoas. Recorrendo sempre ao Direito romano (*Corpus Iuris Civilis*) e adaptando-o à realidade de sua época, Domat fez uma obra fundamental para a pré-codificação francesa. Em relação à boa-fé, sua obra foi de “relevância escassa”, se comparada à de Donellus e de Pothier.

Sua referência à boa-fé se restringiu às referências genéricas às vinculações – para as quais apresenta uma classificação e sobre as quais assenta sua obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694) –, indicando que o dolo e a má-fé são proibidos em todas elas.³⁸ Quanto à posse, ele caracteriza a boa-fé como a situação daqueles que, tendo justa causa para julgar-se dono da coisa, a tenham em seu poder.

A boa-fé presente em Domat – sem prejuízo da possessória, que mantém seu sentido técnico-psicológico criado pelos romanos –, é classificada por Antônio Menezes Cordeiro (2007) como boa-fé axiológico-verbal. Tal classificação decorre do fato de Domat utilizar uma boa-fé axiológica geral, sem eficácia jurídica própria, sem comunicação com equidade ou noção semelhante. O emprego dela se dá como “um arrimo explicativo”: não se trata do inverso do dolo ou fraude, mas traduz a idéia de um valor a prosseguir, corroborando as apreciações moralizantes de Domat.

Pothier (1699-1772), em seguida, escreve as *Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae* (1748-1752), ao ordenar o Digesto. Em 1761 elabora o *Tratado das Obrigações*, que influenciou o Código Napoleão. Além destas, Pothier publicou várias outras obras, no total de trinta e dois volumes nas primeiras edições, acerca de contratos e outras figuras do Direito civil.

³⁶ No primeiro caso, os limites impostos concretizam-se de acordo com a natureza do regime político-social vigente e da prática social dominante. No segundo, somente as convenções legalmente instituídas valeriam como leis, o que exigia formalidades excessivas. (CORDEIRO, 2007, p. 232 e 233).

³⁷ Conhecedor de Grotius, além de dominar o Direito romano.

³⁸ Consoante citação de Menezes de Cordeiro, 2007, p. 241 da obra de Domat, “a liberdade de aumentar ou diminuir as vinculações é sempre limitada ao que é possível, na boa fé e sem dolo nem fraude. E o dolo é sempre excluído de toda a espécie de convenções”.

Pothier desenvolve o tema boa-fé a partir de Domat. Em sua obra,³⁹ a boa-fé está situada no domínio das obrigações, no capítulo que trata do dolo na formação dos contratos. Segundo Pothier, há dois tipos de boa fé: a do foro interno, como tudo aquilo que se afaste da sinceridade mais exata e mais escrupulosa, por mínimo que seja; e a do foro externo, como dolo verdadeiro, ensejando causa à rescisão contratual. Já no *Tratado do contrato de venda* há uma confusão no que se refere à boa-fé: ao mesmo tempo em que afirma que a sociedade civil permite não revelar aquilo que os outros tenham interesse em saber ou quando tenhamos interesse em não dizer, afirma que na venda a boa-fé proíbe a mentira ou qualquer reticência naquilo que o outro tenha interesse em saber, pois a justiça e a equidade consistem na igualdade, sendo que a reticência fere tal princípio. No *Tratado de locação*, a boa-fé já impõe ao locador as obrigações de não dissimular o conhecimento que tenha da coisa locada, de não locar acima do preço justo e de indenizar o locatário por benfeitorias que porventura tenha feito. Além dos casos citados de boa-fé, Pothier ainda trata do tema em relação à posse e prescrição. Em relação à posse, ele considera a má-fé o vício mais freqüente derivado da posse sem justo título. Não há novidades no sentido que apresenta, ou seja, a má-fé como o conhecimento que tem o possuidor de que a coisa possuída não lhe pertence. Ao se referir à prescrição, Pothier diz que a boa-fé equivale à convicção de ser proprietário.

Se comparado com os juristas elegantes, verifica-se uma certa decadência do tema. Ora ele é tratada por Pothier como a proscrição do dolo, ora como dever absoluto de sinceridade. Como Domat, Pothier conserva o axiologismo verbal da boa-fé, o que, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), pode explicar-se pelo fato de ambos trabalharem com sistema do tipo central, desenvolvido a partir de pressupostos de origem, em que a boa-fé tem pouca possibilidade de efetivação, isto é, concepções centrais que não levam em conta os problemas que se pretenda resolver com a boa-fé.

Permanece a boa-fé ora como axiologismo-verbal, apenas como referência apreciativa para considerações moralizantes, ora como instrumento técnico relacionado à posse e usucapião. Em relação aos contratos, não há decisões práticas baseadas no instituto.

Em que pese o fato de não ser inovação o que ali foi positivado, o Código Civil Francês, ou *Code Civil*, influenciou diversos ordenamentos jurídicos, dentre eles o brasileiro. Suas maiores qualidades, de acordo com Antônio Menezes Cordeiro (2007), são a clareza, a precisão e a completude. Além de seu pioneirismo – ter sido o mais antigo código moderno –, foi o único que se manteve em vigor por longo período de tempo sem ficar inadequado. O

³⁹ Para Antônio Menezes Cordeiro (2007), perfeita em sua sistematização e clara em sua linguagem, síntese dos costumes franceses e do Direito romano, do juraracionalismo e da tradição humanista.

fato de ter surgido após a Revolução Francesa, a epopéia napoleônica e o desenvolvimento econômico e cultural que o acompanharam fizeram dele um acontecimento único.

Baseado no individualismo e no voluntarismo, tem como pilar a autonomia da vontade. Como afirma Marques (2004, p. 46), “Marco da história do direito, esta codificação, [...] coloca como valor supremo de seu sistema contratual a autonomia da vontade, afirmando, em seu artigo 1.134, que as convenções legalmente formadas têm lugar das leis para aqueles que as fizeram”.

O referido Código mencionou a boa-fé em diversos artigos, seja relacionada ao casamento putativo; ao possuidor de boa-fé, face aos frutos; à acessão; ao dever de executar as convenções de boa-fé; ao pagamento feito e recebido de boa-fé; à cessão judiciária de bens; à boa-fé na dissolução da sociedade por renúncia; à venda da coisa depositada pelo herdeiro do depositário feita de boa-fé; aos terceiros de boa-fé na cessação do mandato; à boa-fé na prescrição ou em qualquer outro dispositivo do Código, haja vista ser apenas um rol exemplificativo.

Durante a vigência do Código, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), há duas outras linhas de expansão da boa-fé, sendo a primeira resultado da aproximação doutrinária de figuras codificadas sob outros nomes e a boa ou a má-fé⁴⁰ e a segunda, o de adicionar o requisito da boa-fé, pela jurisprudência, a institutos que não eram exigíveis segundo a letra do Código⁴¹.

Em relação à boa-fé possessória presente no *Code*, ela se liga à boa-fé da doutrina da pré-codificação, relacionada à tradição romanística sedimentada na boa-fé subjetiva do Direito comum e significa situação de ignorância por parte das pessoas.

A boa-fé do artigo 1134 – as convenções devem ser executadas de boa-fé –, ao contrário, não estaria ligada à tradição romanística. Neste caso, trata-se da boa-fé relacionada ao jusracionalismo, no papel específico de fortalecimento dos contratos e não dos *bonae fidei* ou dos *stricti iuris iudicia*.

Antônio Menezes Cordeiro (2007) resume assim a posição do Código Civil francês em relação ao instituto da boa-fé nos seguintes termos:

O Código Civil francês assume, desta forma, um interesse experimental de primeiro plano. Compreendendo os dois termos de um oscilar perpétuo – a continuidade

⁴⁰ No art. 1150, o Code limita a indenização do devedor inadimplente aos danos previstos ou previsíveis quando da contratação, salvo o caso de inexecução dolosa. Neste caso detecta-se consideração pela boa ou má-fé do devedor.

⁴¹ No art. 2270 tem-se, como exemplo, o da regra “posse vale título”.

juscultural e a possibilidade voluntarística da inovação – vertidos, respectivamente na boa fé possessória e na contratual, ele vai permitir, em quase dois séculos de vigência, observar o alcance efectivo que os dois modos possíveis de operar têm numa ordem jurídica. (CORDEIRO, 2007, p. 248)

Quando da promulgação do Código francês, em 1.804, imperava a escola da exegese, a qual não possibilitou o desenvolvimento da boa-fé. Consistiu a exegese em ligar ao Código Napoleão todas as soluções que viessem a se apresentar. Em relação à boa-fé, tal realidade é reforçada, pois somente nos grandes comentários do século XIX é que se encontram referências. Assim, “a sua análise, repartida consoante esteja em causa a boa fé possessória ou a boa fé na execução dos contratos – portanto a boa fé subjectiva e a objectiva – é fácil, dada a aderência estrita dos seus autores à letra napoleônica”. (CORDEIRO, 2007, p. 252). Mediante o exposto, a exegese provocou a decadência da boa-fé.

Em relação à boa-fé subjectiva, no artigo 550 do Código Napoleão, há uma definição psicológica da mesma relacionada à ignorância do possuidor, a qual foi estendida às outras referências da boa-fé subjectiva, que permanecem até hoje.⁴² Trata-se do seguinte: o possuidor está de boa-fé quando possui como proprietário, em virtude de um título translativo de propriedade cujos vícios ignore.

Não prosperou, no Código Civil francês, o carácter objetivo do princípio da boa-fé, restringindo-se ao aspecto subjectivo já tratado. Em seu artigo 1134/3, o citado Código mandava executar as convenções de boa-fé, o que para a escola da exegese era impossível, uma vez que “remetia para uma cultura jurídica que não se podia, sem mais, depreender da letra da lei”. (CORDEIRO, 2007, p. 257). Era necessária, para a concretização da boa-fé objetiva, a atividade discricionária do julgador, o que não era possível na época, e que se seguiu com pouca evolução. Hodiernamente, a literatura francesa, em relação à boa-fé objetiva, mantém referência à extinção da diferença entre os *bonae fidei* e os *stricti iuris iudicia*, ou a ignora ou lhe concede pequenos desenvolvimentos, sem relevância jurisprudencial.

Desta forma, fracassou a boa-fé na França, mesmo com as tentativas de uma unificação conceitual proposta por alguns autores, ou mesmo a bipartição ou tripartição, sem maiores sucessos. A bipartição em objetiva e subjectiva foi a menos mal sucedida.

Pelo conceito unitário, ou se utilizavam menções que confluíssem em outra linha ou se elaborava regra comum a partir de várias previsões legais, tornando a boa-fé vaga, imprecisa e dependente de uma abstração extrema. Nesse sentido e, reduzindo a boa-fé ao carácter

⁴² Para estudo mais detalhado, ver Antônio Menezes Cordeiro, 2007, p. 253/254.

subjetivo, pode-se citar: Jaubert, para quem a boa-fé estaria sempre relacionada ao foro interior das pessoas, não estando presente a boa-fé dos romanos no *Code*; Breton, que afirma que a boa-fé do art. 1134/3 como proibição de fraude não tem relevância por ser amplo para basear um princípio jurídico; Gorphe, que defende a idéia de que a boa-fé obrigacional não é muito diferente da possessória através de um princípio geral que equivale na ordem jurídica à boa vontade na ordem moral, seria assim a via pela qual a moral penetra no direito; e Volansky, que entende boa-fé como o estado de espírito que resulta da conformidade moral das suas manifestações ou a conformidade do espírito nas suas manifestações.

A bipartição teve origem no Código Civil suíço, consoante Antônio Menezes Cordeiro (2007), e teve mais adeptos. Neste, a boa-fé foi utilizada tanto para designar a boa-fé objetiva, que correspondia ao comportamento de pessoas honestas baseado na lealdade, como a subjetiva, caracterizando a hipótese de crença errônea. A utilização do termo boa-fé com duas acepções foi utilizada por motivos lingüísticos pelo Código suíço em sua versão francesa, pois a expressão boa-fé deveria remeter aos sentidos da versão original alemã *Treu und Glauben e guter Glaube*.

A tripartição da boa-fé foi proposta por Gorphe ao distinguir boa-fé critério de avaliação e interpretação dos atos jurídicos – equidade, boa-fé objeto de obrigação –, comportamento leal e honesto e boa-fé crença. A boa-fé objetiva, neste caso, desdobrou-se em duas, como boa-fé equidade e como ausência de fraude.

A boa-fé não prosperou na França: não houve uma aplicação jurisprudencial desse instituto e, no pós-Segunda Guerra, desapareceram os estudos dedicados a ele. Restou aplicação apenas tímida no âmbito possessório. Não podia o Direito francês julgar sem solução aquilo que era solucionado em outros países através da boa-fé.

O Código de Napoleão influenciou diversos outros ordenamentos, divulgando um modo de pensar pouco favorável à boa-fé, dentre eles o Código Civil italiano de 1865 e o Código Civil português – Código de Seabra, de 1867, citados por Antônio Menezes Cordeiro (2007). No primeiro, ainda havia o artigo 1124, segundo o qual “os contratantes devem ser executados de boa-fé e obrigam não só a quanto, neles próprios, está expresso, mas também a todas as conseqüências que, segundo a equidade, o uso ou a lei derivam dele”. Por se estar no domínio da exegese, a boa-fé não causou interesse: ora era contraposta ao dolo, ora se afirmava que tal artigo visou apenas suprimir a contradição entre os *stricti iuris* e os *bonae fidei iudicia*. Já o Código de Seabra nem sequer menção fez à boa-fé no âmbito contratual.

Para se acolher a boa-fé e as soluções dela advindas, era necessário um novo modo de considerar o direito e seu sistema, o que se deu na Alemanha através de uma nova sistemática

e de uma nova natureza de codificação. Ao lado do fenômeno do *Code Civil* e da escola da exegese influenciando diversos outros ordenamentos, surgem na Alemanha novas construções jurídicas sinalizando uma nova sistemática e outro tipo de codificação.

Após as duas sistematizações anteriores, com a contribuição da sistematização do tipo periférico de Donellus, na primeira, e da sistematização do tipo central de Pufendorf, ocorre como que uma síntese de ambos os sistemas. Tal síntese, a princípio, foi apenas empírica, dominando a figuração da segunda sistemática, mas com a elaboração da escola histórica, ocorreu uma síntese científica, propiciando uma nova sistemática de tipo integrado – a terceira sistemática.

Surge a chamada escola histórica em contraposição à escola do Direito natural, cujo expoente é Savigny, que apresenta o Direito romano como modelo de trabalho científico, através do qual é possível resolver problemas jurídicos em concreto. Para seus seguidores, o direito é um produto de sua história, e não criação arbitrária de um legislador. Ao contrário da escola dos cultos, que se utilizava do Direito romano como um direito histórico, separando a teoria da prática, a escola histórica atualizou o Direito romano para sua aplicação na Alemanha do século XIX. Seu precursor foi Gustavo Hugo, mas Savigny foi seu expoente. Quando os adeptos da escola histórica escreviam Direito romano puro, as obras eram denominadas Instituições, ao passo que, quando tratavam do Direito romano aplicado à Alemanha, denominavam-se Pandectas. Daí o fato de serem conhecidos como pandectistas. (ALVES, 2008).

Savigny também trabalha a idéia de sistema, a qual foi trabalhada de forma periférica pelo humanistas e de forma central pelos jusracionalistas. Em sua teoria da posse, Savigny trabalha uma noção subjetiva-psicológica, com algum traço de objetividade, haja vista entender que apenas a vontade do possuidor permitia transformar a detenção em posse e que tal posse seria de boa-fé quando estivesse o possuidor convencido de existir fundamento jurídico para sua posse. Era necessário para a posse de boa-fé um título que a amparasse, configurando uma situação objetiva.

Quanto à boa-fé obrigacional, Savigny a desenvolve, mas não insere historicamente em seu discurso os *bonae fidei iudicia* no contexto em que lhes deu sentido. Em não o fazendo, apenas indica que a eficiência dos *bonae fidei iudicia* está na existência de um campo maior de manobra por parte do juiz e na relevância da inerência das *excepciones*. Não trabalha a boa-fé como norma de conduta.

Foi, assim, exemplificativo da pandectística em geral, ao conservar a dualidade da boa-fé possessória e contratual. Teriam sido as referências à boa-fé apenas considerações de

natureza documental. O mérito das pandectística foi manter a boa-fé nas obrigações e direitos reais: apesar de não possuir conteúdo próprio e autônomo, ela está disponível para exprimir novas realidades.

Dessa forma, na pandectística ou terceira sistemática, a boa-fé foi bloqueada por falta de estímulos periféricos. No século XIX, tais estímulos vieram a ocorrer, quais sejam, problemas concretos que buscavam saída nesse instituto. Duas eram as áreas principais, possessória e composição contratual equilibrada. Como a boa-fé possessória apresentava flutuações de linguagem, ela teve impacto na Ciência do Direito ao se solucionarem diversos casos concretos de formas diferentes.

3.6.2. A segunda codificação: o Código Civil alemão ou BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*)

O BGB alemão, de 1.869, entrou em vigor em 1.900 e foi o precursor da segunda codificação, consagrando a boa-fé subjetiva em termos éticos e a boa-fé objetiva no âmbito contratual. Em levantamento efetuado por Antônio Menezes Cordeiro (2007), verificou-se que constam no BGB cinco dispositivos acerca da boa-fé objetiva – representada pela expressão *Treu und Glauben* – e dezesseis acerca da boa-fé subjetiva – correspondente à expressão *guter Glauben*.⁴³

Dentre os cinco dispositivos, importante destacar o §242, onde se lê: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Tal artigo representou a positivação da cláusula geral da boa-fé das obrigações. Também o §157 trata da boa-fé objetiva de alcance geral, ao dispor que “os contratos interpretam-se como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

Pela diversidade lingüística propiciada pela língua alemã, a boa-fé subjetiva se contrapõe claramente à boa-fé objetiva. Quanto à boa-fé subjetiva, não havia dificuldades em sua apreensão, haja vista suas referências na pandectística. O mesmo não se pode dizer com relação à boa-fé objetiva. Apesar da vasta jurisprudência alemã em termos comerciais, o âmbito e alcance da boa-fé objetiva foram limitados em sua positivação em decorrência da falta de base teórica nas decisões uma vez que os pandectistas – assentados na sistematização periférica e no Direito romano – conheceram apenas os *bonae fidei iudicia*, cujo papel era

⁴³ Os dispositivos do BGB alemão estão relacionados na obra de Antônio Menezes Cordeiro, 2007, p. 325/326.

distinto. Apesar disso, a boa-fé sobressai como necessidade de cumprir efetivamente os deveres contratuais assumidos em oposição ao cumprimento formal, que não leve em conta o seu conteúdo verdadeiro. É o fortalecimento e a materialização do contrato.

Desde 1815, já havia na Alemanha um tribunal superior de apelação comercial, o qual recorria a diversas fontes para fundamentar suas decisões, como o *Corpus Iuris Civilis*, doutrina, diplomas estrangeiros, usos comerciais e outros lugares normativos, destacando-se a boa-fé. Suas decisões eram tópicas, não se falando em um direito jurisprudencial. A boa-fé surge, nesta seara, em seu sentido subjetivo – de situação de ignorância das pessoas perante certos atos que lhes são desfavoráveis – e em seu sentido objetivo – para indicar uma forma de exercício das posições jurídicas, de interpretação objetiva dos contratos e fonte de deveres independentemente do contrato.

Em 1861 surge o Código Comercial alemão, que não se refere à boa-fé por se tratar de um trabalho científico dos juristas (para os quais a boa-fé tinha apenas sentido cultural), sem levar em conta a atuação prática já consolidada. Tal fato fez com que a boa-fé continuasse na órbita jurisprudencial, inclusive depois da criação do Tribunal Comercial Superior da União (BOHG) em 1869, que prosseguiu em soluções baseadas na boa-fé objetiva como fonte de normas de conduta, delimitação ao exercício de posições jurídicas, elemento de reforço da ligação obrigacional e norma para interpretação negocial. Era pacífico o reconhecimento da boa-fé como princípio geral do tráfego comercial, apesar de não haver apoio legislativo. Em 1871 o BOHG foi convertido, depois da proclamação do Império, em Tribunal Comercial Superior do Império (ROHG), continuando com a mesma orientação acerca da boa-fé. Em 1879 foi o ROHG integrado no Reichsgericht (RG), o Tribunal Imperial, fazendo com que as decisões acerca da boa-fé se incorporassem no âmbito geral da ordem privada. E, a partir daí, as decisões em matéria civil consideravam o princípio da boa-fé objetiva.⁴⁴

Dessa forma, a explosão que se deu de aplicações jurídicas da boa-fé foi em decorrência não do novo código, mas da continuidade da jurisprudência comercial alemã. A repercussão de §242 do BGB não foi imediata, por ele estar inserido em um sistema do tipo fechado, que impedia a aplicação da cláusula geral da boa-fé. Isso pode ser visto no texto de Teresa Negreiros:

Inicialmente, a disposição transcrita não foi aplicada com a autonomia e os efeitos transformadores de todo o direito obrigacional que mais tarde vão caracterizar a

⁴⁴ Como é o caso RG 8-Dez.-1883, em que se discutia o alcance de um contrato de seguro e que o RG entendeu que cabia ao segurado, pelo princípio da boa-fé, colocar-se a par das cláusulas contratuais, a partir da leitura das condições gerais que havia recebido.

construção e a síntese judiciais a ela reconduzidas. Ao contrário, o §242 configurou-se, nos primeiros tempos de vigência do BGB, como um mero “reforço material ao contrato”, em complemento, assim, à regra do §157, que determinava fossem os contratos interpretados segundo a boa-fé. Este escopo limitado atribuído ao §242 justificava-se e vista do espírito – sobrevivo por algum tempo após a promulgação do BGB – do sistema projetado pela codificação. Neste sentido, Judith Martins-Costa observa que, tendo nascido com a pretensão de se constituir em um sistema fechado, por isso que seguro, o BGB supunha uma atividade interpretativa do tipo subsuntivo, a qual, por si, impedia a aplicação da cláusula geral da boa-fé. (NEGREIROS, 1998, p.50).

Consoante Antônio Menezes Cordeiro (2007, p. 395), “no BGB, a boa fé fora incluída com o fito de apoiar, a nível figurativo, o fenómeno contratual”. Apesar disto, baseando-se na boa-fé, a jurisprudência civil desenvolveu-se de forma a ultrapassar as intenções dos codificadores, com o surgimento de figuras como a culpa na formação do contrato, a violação positiva do contrato, o exercício inadmissível do direito e a eficácia jurídica da alteração das circunstâncias. Grande parte do avanço nas soluções concretas do civilismo no século XX decorreu da utilização da boa-fé e, em última análise, da jurisprudência alemã, pois nela é que ocorreu a consolidação das três funções da boa-fé.

A partir daí, a boa-fé objetiva se difundiu para as codificações de outros países. Em muitas delas, se deu conforme o *Code Civil* francês, de acordo com a primeira codificação, como é o caso do Código Civil brasileiro de 1916. Em outras, já com reflexo do BGB.

No próximo capítulo, adentrar-se-á na diferenciação conceitual entre boa-fé objetiva e subjetiva, o que, de certa forma, já foi aqui iniciado, restando pouco a ser trabalhado no capítulo quatro.

4. AS DUAS VERTENTES DA BOA-FÉ

“A boa-fé é uma noção jurídica tão antiga quanto obscura.” (NEGREIROS, 1998, p.1). Em sua evolução histórica, a boa-fé apresentou distintos sentidos. No Direito romano, em duas vertentes: a *fides bona* dos *bonae fidei iudicia* – em seu sentido objetivo como norma de comportamento no tráfego negocial –, e a *bona fides* do *bonae fidei possessio* – em seu sentido subjetivo de elemento psicológico consistente na ignorância ou desconhecimento de vícios. No Direito canônico, apenas a sua vertente subjetiva, significando ausência de pecado. E, no Direito germânico, com o sentido de cumprimento dos deveres assumidos levando em consideração os interesses da contraparte, sentido totalmente distinto dos já conhecidos.

Como já visto, a boa-fé é de difícil conceituação por ser uma expressão que possui várias acepções. Em que pese a existência de sistemas jurídicos em que não há distinção entre boa-fé como dever de conduta exigido no direito das obrigações e como elemento psicológico, isto é, sistemas em que há um conceito uno, o presente trabalho abordará os dois sentidos da boa-fé.⁴⁵

Segundo Clóvis do Couto e Silva,

a boa-fé possui múltiplas significações dentro do direito. Refere-se, por vezes, a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, em outras, diz respeito à aquisição de determinados direitos, como o de perceber frutos. Seria fastidioso enumerar as diferentes formas de operar desse princípio nos diversos setores do direito. Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos. (SILVA, 2006, p.33)

Isto posto, a boa-fé se apresenta sob duas vertentes: subjetiva e objetiva. A que mais se desenvolveu no decorrer dos tempos foi a subjetiva, daí o desconhecimento, pela grande maioria, do aspecto objetivo da boa-fé.

A boa-fé, em sua vertente subjetiva, é mais conhecida no ordenamento jurídico brasileiro tendo suas origens, como já demonstrado, na *bonae fidei possessio* do Direito romano, que vigora até a atualidade.

⁴⁵ Tereza Negreiros (1998, p.13-16), em nota de rodapé, cita autores que entendem ter a boa-fé conceito único, como F. Gómez-Acebo, Ernesto Eduardo Borba e De los Mozos. No Brasil, Caio Mario e Orlando Gomes referem-se à boa-fé em matéria contratual, não especificando a diferença em relação a remissões à boa-fé em matéria possessória, por exemplo. Contra a distinção, Stefano Rodotà e Emilio Betti. Este discorda da duplicação subjetiva-objetiva da boa-fé, mas reconhece a distinção entre boa-fé contratual e as demais referências no Código civil italiano.

O antigo Código Civil brasileiro⁴⁶ refletiu normas condizentes com o Estado Liberal, voluntarista e individualista. Segundo Paulo Ribeiro Nalin (2000), não havia limitação da vontade, apenas a meia limitação imposta pelo Estado que se referia à proibição dos declarantes em não censurarem a autonomia garantida pelo Direito.

Esse posicionamento não reflete ou representa a boa-fé objetiva, na qual se faz presente o cuidado e lealdade para com o seu *alter*. Sob tal enfoque, não era possível cogitar da boa-fé objetiva, conceito coadunante com o solidarismo, princípio constitucional do Estado Democrático de Direito.

A boa-fé subjetiva se contrapõe à má-fé, vista como a intenção de lesar outrem, e é composta por convicções internas do indivíduo. Está relacionada à intenção das partes, à ignorância do agente sobre determinada situação que possa prejudicar terceiros e que atua convencido de que a sua ação está amparada pelo direito. Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007, p. 407), “a boa fé subjectiva é uma qualidade reportada ao sujeito. A lei civil, que também conhece a locução inversa – a má-fé – consagra-a, associando-lhe efeitos diversos. Opõe-se, deste modo, à boa fé objectiva que traduz, de imediato, uma regra de comportamento”.

Segundo Sette (2003, p.118), há duas concepções acerca da boa-fé subjetiva. Pela concepção psicológica, se a pessoa ignorar os fatos reais, mesmo agindo com culpa (exceto se culpa grave ou dolo), a boa-fé estará presente. Já pela concepção ética, a boa-fé se caracteriza se a ignorância for escusável ou, se agindo com os cuidados necessários, ainda assim, provocar lesão ao direito de outrem, pois outro não era o comportamento exigido. Será considerada má-fé quando a pessoa age com culpa, desrespeitando os deveres de cautela que deveria ter observado. Esta última concepção é a predominante no direito brasileiro.

Interessa ao direito contratual a boa-fé objetiva, aquela que independe de intenção, que é modelo de conduta social, é dever de lealdade. Tem por pressuposto que ninguém contrata para se prejudicar e que as partes têm que usufruir as vantagens do contrato. Em tal concepção, a boa-fé se contrapõe à ausência de boa-fé, e não à má-fé.

Paulo Ribeiro Nalin trata deste assunto de forma clara e precisa:

Não é essa, porém, a boa fé adequada a matéria contratual e particularmente ao momento da execução da obrigação contraída. Exige a atual conjuntura

⁴⁶ No antigo Código Civil de 1916, a boa-fé subjetiva era facilmente encontrada em vários artigos do seu texto, como “na posse de boa fé (art. 490 e 491), nos efeitos da posse de boa fé (art. 510 e seguintes), na aquisição dominial pela ação de usucapião (art. 550 e 551), naquele que traz, em boa fé, título ao portador (art. 1.507), nos efeitos extraídos do casamento putativo (art. 221) e em tantas outras hipóteses legais”. (NALIN, 2000, p. 195).

dos contratos uma manifestação desprendida de subjetivismo, em que possam os contratantes, independentemente do pólo contratual que ocupem (credor ou devedor), ou da fase de execução da obrigação em análise, atingirem a plena satisfação de seus interesses econômicos. Não é dada a possibilidade de frustração das legítimas expectativas contratuais formuladas na esfera jurídica de qualquer dos contratantes, devendo, ambos, proceder (conduta objetiva) **comportamentalmente** de boa fé. Aplicam-se à execução do contrato, portanto, as concepções da boa fé objetiva, não podendo remanescer dúvida quanto ao seu uso neste momento do contrato. (grifo no original). (NALIN, 2000, p. 195).

À boa-fé objetiva está relacionada a regra de conduta baseada na honestidade, retidão e lealdade, na consideração para com as legítimas expectativas geradas em outrem pela conduta da parte. É uma norma comportamental cujo conteúdo não pode ser fixado *a priori*. É regra de caráter “técnico-jurídico, porque enseja a solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, à vista de suas particulares circunstâncias”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 413).

A boa-fé objetiva é uma “norma proteifórmica” no dizer de Martins-Costa (2000), que convive com um sistema aberto ensejando sua permanente construção e controle. Alguns de seus campos de atuação, nos exemplos citados pela autora: norma ordinatória da consideração aos interesses alheios, norma ordinatória da atenção ao fim econômico-social do negócio, norma que consubstancia os requisitos impostos à justa oposição da exceção de contrato não cumprido pelo desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação.

Ambas as vertentes da boa-fé desempenham papel na teoria da aparência. Enquanto a boa-fé subjetiva valoriza a conduta da parte prejudicada, por ter agido na crença, a objetiva valoriza a conduta da parte que, por ação ou omissão, permitiu ou contribuiu para que se criasse uma aparência errônea. (MARTINS-COSTA, 2000).

A aferição da boa-fé objetiva dá-se externamente, dirigindo-se à conduta do contratante, independentemente de sua convicção. Deve-se questionar qual é a conduta leal e honesta de acordo com os padrões culturais do lugar e do tempo de sua celebração. É tal padrão de comportamento que permite valorar casos concretos, e não a intenção da parte.

A boa-fé objetiva exige comportamento negativo, como o de não frustrar o interesse do outro, e também positivo, no sentido de fazer tudo o que for possível para a consecução dos objetivos traçados no contrato. Ela possui funções conhecidas como interpretativa, integrativa e limitativa, as quais serão vistas posteriormente.

Enquanto o princípio da função social do contrato tutela as repercussões exteriores da relação contratual, o princípio da boa-fé objetiva procura tutelar as repercussões internas do

contrato, reduzindo a autonomia dos contratantes, que devem respeitar os direitos e também os interesses e expectativas da outra parte.

Segundo leciona Cláudia Lima Marques,

... a boa-fé objetiva é um *standard*,⁴⁷ um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas 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 refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom final das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (MARQUES, 2004, p.181).

Para a concretização da boa-fé objetiva, o intérprete deve desprender-se da pesquisa da intenção das partes. Não importa para a aplicação de tal princípio a sua consciência individual de não estar violando regra jurídica ou lesando direito de outrem, o que importa é o padrão de conduta objetiva, é o comportamento externo (MARTINS-COSTA, 2000), o qual passa “pelas variantes da lealdade e cooperação” (NALIN, 2000, p. 197).

A lealdade contratual relaciona-se à obrigação de informação, que permanece após a execução contratual, a chamada eficácia pós-contratual. Já o dever de cooperação se relaciona à obrigação de facilitar o cumprimento contratual, seja na tendência de favorecer o devedor seja exigindo de ambas as partes contratantes uma atitude de solidariedade (NALIN, 2000).

Ponto principal da presente dissertação é a boa-fé objetiva, não se tratando a partir deste momento da boa-fé subjetiva, a qual somente foi introduzida a título de evolução histórica do instituto da boa-fé e para diferenciá-la da boa-fé objetiva.

⁴⁷ Consoante Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2008, p. 95), entende-se por *standard* um parâmetro, uma referência para fins de comparação, ou seja, um modelo de conduta social, em relação ao qual o juiz, em um caso concreto, deverá fazer a comparação de um comportamento, para aferir se o mesmo foi, ou não, adequado ao padrão utilizado.

5. A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO

Não é a relação obrigacional um vínculo estático, caracterizado por uma prestação isolada constituída de débito e crédito, isto é, do direito subjetivo de crédito e do dever jurídico caracterizado no título, constringendo uma parte a fazer algo em favor da outra.

A relação obrigacional é contínua. No lapso de tempo entre o nascimento da obrigação e a satisfação da mesma, há deveres de conduta impostos pelo princípio da boa-fé objetiva que vinculam as partes. Essa é a nova forma de ver a obrigação como um ato complexo de condutas e deveres a se prolongar no tempo, desde seu nascimento até sua extinção. O credor não deixa de ser o sujeito ativo, mas cabem a ele também deveres para a consecução da obrigação principal, como o de indicar ou impedir que sua conduta possa dificultar a prestação do devedor.

A obrigação nessa perspectiva, qual seja, como um ato complexo de condutas a se prolongar no tempo, foi proposta na doutrina brasileira por Clóvis do Couto e Silva em sua tese de concurso de cátedra na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1964. Sua obra intitulada “A obrigação como processo” tornou-se referência no assunto. Karl Larenz, segundo Clóvis do Couto e Silva, chegou a definir a obrigação como processo, apesar de não ter utilizado referido conceito de forma explícita.

Para referido autor, “com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.” (SILVA, 2006, p.20).

Tais fases são consideradas pelo mesmo como um dos princípios condicionantes do desenvolvimento da relação obrigacional, a qual está polarizada⁴⁸ pelo adimplemento. Além do princípio da separação entre as fases ou planos, quais sejam, do nascimento e desenvolvimento do vínculo e a do adimplemento, também os princípios da autonomia da vontade e o da boa-fé condicionam o desenvolvimento da relação obrigacional.⁴⁹

⁴⁸ No dicionário *on line* Michaelis.uol.com, uma das significações apresentadas para o verbete “polarização” é “situação observável nas concentrações populares quando a atenção de todos se volta para uma pessoa, idéia ou símbolo”.

⁴⁹ Às vezes, o nascimento e o adimplemento ocorrem em um ato único, impedindo perceber a obrigação como processo. No caso de compra e venda, por exemplo, a diferença é percebida. Na obrigação de dar, por exemplo, a fase do adimplemento se desloca para o campo do direito das coisas.

Os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé são, segundo o autor, princípios gerais comumente citados na doutrina.⁵⁰ Tais princípios estão intimamente ligados, uma vez que dizem respeito ao nascimento, fonte e desenvolvimento do vínculo obrigacional. Quanto ao princípio da separação entre os planos, este “delimita o mundo, a dimensão na qual os aludidos deveres surgem, se processam e se adimplem”. (SILVA, 2006, p. 24).

Na concepção de Clóvis do Couto e Silva, o processo obrigacional é constituído de duas fases, a do nascimento e desenvolvimento e a de seu adimplemento. Dogmaticamente há uma distinção entre obrigação e adimplemento, surgindo este último desligado dos atos que o antecederam, havendo, assim, uma distância entre o primeiro e último ato do processo. Enquanto obrigar-se é submeter-se a um vínculo, adimplir determina a liberação, o afastamento.

Entretanto, para que se entenda a obrigação como processo, deve-se supor a teoria do nascimento de deveres, a que se ligam o desenvolvimento e o adimplemento. Para tanto é necessário examinar a teoria das fontes das obrigações, a qual está vinculada aos princípios que irão reger os deveres e obrigações.

A inovação ocorrida na teoria das fontes é o fato de existirem deveres resultantes da concreção do princípio da boa-fé, isto é, outros fatores influenciam o nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional. Disto resultam novos deveres não fundamentados na autonomia da vontade, implicando alteração do desenvolvimento do processo da obrigação, como se entendia tradicionalmente. Mediante a boa-fé, instaura-se uma ordem de cooperação entre os partícipes da relação obrigacional, sendo que os deveres resultantes da boa-fé podem perdurar após o adimplemento da obrigação principal.

Uma categoria que aparece para justificar o nascimento de direitos e obrigações e propiciar “a sistematização – isto é, ordenação ou a modelação unitária – das várias fontes de relação obrigacional e das várias espécies que compõem o direito das obrigações” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 401) é o conceito de contato social desenvolvido por Clóvis do Couto e Silva, o qual seria comum aos negócios jurídicos, atos ilícitos ou delitos e atos existenciais (aqueles atos necessários à vida humana, referentes às necessidades básicas dos indivíduos, como alimentação e vestuário, por exemplo) e que também abrange as hipóteses conhecidas como de *culpa in contrahendo*.

O contato social varia de intensidade em cada relação jurídica, produzindo conseqüências jurídicas de densidade variada independentemente da vontade, podendo se

⁵⁰ Em relação aos princípios aplicáveis aos contratos especificamente, os mesmos já foram tratados no capítulo anterior.

afastar ou se aproximar desta. Assim, a autonomia privada como fonte exclusiva de criação de relações obrigacionais, a qual explicava a teoria dos atos jurídicos e sua distinção entre atos jurídicos estrito senso, atos-fatos e negócios jurídicos, já não vigora.

Não se pode mais tratar a relação obrigacional como uma soma de direitos e deveres, mas como uma totalidade concreta. Consoante Clóvis do Couto e Silva, o que permitiu tratar a relação jurídica como totalidade foi o conceito do vínculo como “uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem” (SILVA, 2006, p.19), sendo que credor e devedor não estão mais em posições antagônicas.

Segundo Martins-Costa (2000), foi a compreensão da relação obrigacional como uma “totalidade concreta”, que se desenvolve por um processo dinâmico polarizado por uma finalidade, que tornou possível a utilização da boa-fé objetiva antes de sua positivação como cláusula geral no CC/2002.

Tal concepção de relação jurídica como totalidade não é antiga. Deve-se a Savigny, que definiu a relação jurídica como um organismo. Tal concepção foi utilizada no século XIX nas relações entre Estado e particulares, como contribuição para a construção do conceito de pessoa jurídica, mas não se projetou no campo das obrigações. (MARTINS-COSTA, 2000).

Somente no início do século XX é que o conceito de totalidade ressurge, a partir da superação das idéias atomísticas, tendo sido aplicado na biologia e na psicologia por Driesch e Ehrenfels, respectivamente (SILVA, 2006). Ainda segundo Clóvis do Couto e Silva, somente decorridos quase dois milênios da aplicação do vínculo como totalidade à teoria dos bens é que a Ciência do Direito se orientou para tal concepção.

A relação jurídica obrigacional se classifica *lato sensu* e *stricto sensu*. No sentido lato, abrange todos os direitos, inclusive formativos, pretensões e ações, deveres, obrigações, exceções e, ainda posições jurídicas. Já em seu sentido estrito, leva em consideração os elementos que compõem o crédito e o débito, assim como o faziam os romanos. (SILVA, 2006).

Para Clóvis do Couto e Silva (2006), o vínculo passa a ter sentido próprio a partir da perspectiva da totalidade, diferentemente do que seria se fosse apenas a mera soma de suas partes. É mais do que a soma dos elementos que a compõem. Se não fosse algo de “orgânico”, como ele diz, o desaparecimento de um dos direitos ou deveres alteraria a estrutura do vínculo. E isto não ocorre. Mesmo depois de adimplido o dever principal, pode a relação jurídica permanecer em razão de um dever secundário independente ou como fundamento da aquisição (dever de garantia).

Na concepção de relação obrigacional como um vínculo estático, apenas sobressai o aspecto externo da mesma, quais sejam, sujeitos, objeto e vínculo de sujeição do devedor ao credor. Já na obrigação vista como um processo, examina-se o seu aspecto interno: os múltiplos deveres, estados, situações e poderes decorrentes do vínculo e a conduta das partes no desenvolvimento da relação obrigacional.

Larenz, citado por Martins-Costa (2000), afastando a perspectiva organicista de que a totalidade seria resultante da soma das partes, ao tratar do conceito de relação obrigacional, buscou reformular os elementos da obrigação a partir da perspectiva da totalidade concreta.⁵¹ Totalidade concreta porque o conceito exige, para sua formação, a apreensão da totalidade dos sentidos possíveis de relacionar concreta e individualmente com cada conceito abstrato. Assim, apreendendo-se todas as circunstâncias passíveis de se relacionar ao conceito, este perde sua abstração, tornando-se unitário no sentido de unidade concreta.

A totalidade concreta leva em consideração que os elementos se interligam, sendo o todo concretizado por elementos múltiplos, que se encadeiam processualmente em atenção a uma finalidade. Larenz, citado por Judith Martins-Costa, assim entende:

Passemos, pois, agora, a estudar a relação de obrigação como um todo. Sob este conceito entendemos a relação de obrigação não apenas como o faz a lei (p. ex., no §362), quer dizer, como a relação de prestação isolada (crédito e dever de prestação), mas como *uma relação jurídica total* (p.ex., relação de compra e venda, de locação, de trabalho), fundamentada por um fato determinado (p. ex., este contrato *concreto* de compra e venda, de locação ou de trabalho) e que se configura como uma relação jurídica especial entre as partes. Nesse sentido, a relação de obrigação compreenderá uma série de deveres de prestação e conduta, *e além deles pode conter para uma e outra das partes direitos formativos* (p. ex., um direito de renúncia ou um direito de opção) *e outras situações jurídicas* (p. e., competência para receber uma denúncia). É, pois, um conjunto não de fatos ou de acontecimentos do mundo exterior perceptível pelos sentidos, mas de ‘conseqüências jurídicas’ quer dizer, *daquelas relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica.* (grifos da autora). (MARTINS-COSTA, 2000, p. 392)⁵²

⁵¹ Segundo Judith Martins-Costa (2000), a totalidade concreta se dá por duas vias, a neo-romântica (ou organicista) e a dialética. Na primeira, a perspectiva é de que tudo está em relação com tudo (perspectiva holística) e o todo é mais do que a soma das partes (visão aristotélica). Na segunda perspectiva, “a totalidade não é um todo já pronto que se recheia de um conteúdo, com as qualidades das partes ou com as suas relações”, “não é apenas criação do conteúdo, mas também criação de um todo”. A oposição em relação à teoria organicista é a idéia de que os fatos isolados são abstrações, somente adquirindo verdade e concentricidade ao serem inseridos no todo.

⁵² Tradução de Judith Martins-Costa. Versão original : “Pasaremos, pues, ahora a estudiar la relación de obligación como un todo. Bajo este concepto entendemos la ‘relación de obligación’ no solo como lo hace la ley (p. ej., en el §362), es decir, como la relación de prestación aislada (crédito y deber de prestación, sino como la relación jurídica total (p. ej., relación de compraventa, de arrendamiento, de trabajo) y que se configura como una relación jurídica especial entre las partes. En este sentido la relación de obligación comprenderá una serie de deberes de prestación y conduta, y además de ellos puede contener para una o otra de las partes derechos de formación (p. ej., un derecho de denuncia o un derecho de opción) u otras ‘situaciones jurídicas’ (p. ex, competencia para recibir una denuncia). Es, pues, un conjunto no de hechos o de acontecimientos del mundo

Assim, conclui Martins-Costa que o vínculo obrigacional para Larenz é bipolar, mas não visto de uma perspectiva atomista e estática, isto é, que separa as partes que o compõem e o vê como resultante da mera soma das partes. Ao contrário, engloba os elementos de todas as relações obrigacionais concretas que se apresentam na prática jurídico-social.

Através de seus exemplos, Larenz entende que se encontra o conceito de obrigação somente a partir da totalidade de sentidos possíveis de se atribuir a este termo, o qual não inclui apenas a figura das partes e seus correlatos dever e direito, abstratamente considerados. Ele inclui, por igual, a totalidade das circunstâncias concretas – isto é, a relação contratual como um todo unitário de direitos de crédito, deveres de prestação, direitos formativos (ex. um direito de denúncia ou um direito de opção), deveres instrumentais, laterais, secundários, anexos, etc., muitos dos quais só se revelam à vista das circunstâncias concretas do desenvolvimento da relação – que, singularmente, lhe podem ser reconduzidas –, apreensíveis desde cada contrato determinado.

Em vista do exposto, a relação obrigacional pode gerar direitos e deveres não expressos na lei ou no contrato, poderes formativos, modificativos ou extintivos, e correlatos estados de sujeição, criação de ônus jurídicos e deveres laterais ou secundários ao dever principal, ao qual corresponderão outros direitos subjetivos. Todas essas vicissitudes podem ocorrer ao longo da existência da relação obrigacional. Uma vez ocorridas, elas e seus efeitos jurídicos devem ser reconduzidos ao conceito, completando-o ou formando-o para que se torne concretamente geral e seja verdadeiramente dotado de uma unidade.

Pela concepção de obrigação como processo e como uma totalidade concreta, inaugura-se um novo paradigma para o direito obrigacional, baseado na boa-fé, e não mais no dogma da vontade. Os elementos integradores da relação obrigacional complexa e o caráter indeterminado de alguns deles ligam-se à aplicação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo que integrem essa relação fatores extravoluntarísticos, atinentes à concreção de princípios e *standards* de cunho social e constitucional. É o caso dos deveres de informação, que existem atrelados à incidência de referidos princípios e *standards*, isto é, de exigências do tráfico jurídico-social viabilizadas pela boa-fé objetiva. É através do princípio da boa-fé objetiva inserido em cláusula geral que o conteúdo desse dever poderá ser densificado em cada relação concreta. (MARTINS-COSTA, 2000).

exterior perceptible por los sentidos, sino de ‘consecuencias jurídicas’, es decir, de aquellas relaciones y situaciones que corresponden al mundo de la validez objectiva del orden jurídico”.

5.1. Cláusula geral

Aqui não se pretende trabalhar o tema “cláusula geral”,⁵³ mas apenas indicar o significado desse termo que será citado diversas vezes na presente dissertação, pois é através desta forma de legislar que a boa-fé objetiva assume suas potencialidades.

Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), não comporta a boa-fé objetiva uma interpretação-aplicação nos moldes clássicos, sendo impossível o processo de subsunção. Por ser entendida como de domínio do direito jurisprudencial, seu conteúdo adviria de sua aplicação pelo juiz, e não da lei. A base essencial de uma investigação sobre a boa-fé é o estudo do litígio concreto, sua comparação com casos similares, sua dogmatização e sistematização freqüente.

Pelo exposto, percebe-se que a boa-fé necessita de um meio para sua positivação não sendo através da casuística ou da subsunção do fato à norma. Ao contrário do CC/1916, o atual Código Civil brasileiro inovou com a adoção, em alguns casos, das chamadas cláusulas gerais, inclusive em relação ao princípio da boa-fé objetiva positivado no artigo 422.

O princípio da boa-fé objetiva é um exemplo de cláusula geral que apresenta conteúdo vago, de preenchimento apenas no caso concreto, permitindo ao poder judiciário a aplicação do princípio sem a necessidade de prévia e específica previsão legal.

Segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), a boa-fé é um conceito indeterminado, que carece de concretização e valoração. Apenas tendo em conta a regulação cabal em jogo no caso a decidir e as características deste próprio, é possível determinar se os deveres de indagação e de cautela, em que ela assenta, foram acatados.

Na técnica legislativa em que se adotam cláusulas gerais, utiliza-se uma linguagem aberta, fluida ou vaga, caracterizada pela ampla extensão de seu campo semântico. (MOTA, 2001, p. 192) O papel do juiz é de fundamental importância, uma vez que o remete para a busca específica da solução para o caso concreto.

A origem histórica das cláusulas gerais está no Código Civil alemão, do qual se extraem vários dispositivos (§138, §157, §226, §242, §826, etc). O §242, inicialmente positivado com o objetivo de reforçar o vínculo contratual, transformou-se em uma porta por onde o poder do juiz foi ampliado tendo em vista a formação cultural dos juristas alemães, os quais, pertencentes à escola histórica, entendiam que o direito não correspondia apenas à lei,

⁵³ Para estudo detalhado acerca do tema, vide Judith Martins-Costa (2000) e Antônio Menezes Cordeiro (2007).

mas ao “espírito do povo”. Por não haver rigor na separação entre os poderes e pela não-observância estreita do positivismo, na Alemanha o uso de cláusulas gerais foi aceito facilmente. O que se verificou na Alemanha não ocorreu na França, que, além de positivista, tinha como dogma a separação dos poderes. Na França, o direito se confundia com a lei, não permitindo interpretação da mesma, a não ser a interpretação exegética. (DANTAS JÚNIOR, 2008).

Segundo Judith Martins-Costa (2000, p.273), “são proteiformes as cláusulas gerais porque assumem, seja qual for o ângulo da análise do estudioso, uma diversa significação”. Busca-se com as cláusulas gerais formular a hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos sejam vagos e abertos, os “conceitos jurídicos indeterminados”. (MARTINS-COSTA, 2000.)

De acordo com Antônio Menezes Cordeiro (2007), dentre várias definições acerca de cláusulas gerais,⁵⁴ ficou um traço distintivo: a amplitude de sua extensão pela comparação com as regulações específicas que as acompanham faz com que elas atinjam uma série elevada de situações. É o caso, por exemplo, do §242 do BGB (com exceção do §157 que trata da interpretação dos negócios jurídicos), no qual se encontra a única referência à boa-fé e do qual se devem tirar todos os seus efeitos, desde a culpa na formação dos contratos, até à alteração das circunstâncias.

O que irá influenciar na efetiva aplicação da cláusula geral é o critério de interpretação, o qual hodiernamente está condicionado ao papel central da Constituição Federal. A positivação de cláusulas gerais, por si só, nada significa, já tendo sido utilizada no Código Comercial de 1850 e não tendo surtido nenhum efeito, o que será visto *a posteriori*. Tal técnica não coaduna com o sistema jurídico fechado com pretensão de ser completo e que não permita interpretação, pois por ser um conceito vago necessita de complementação e sua concretização se dará apenas no caso concreto. As cláusulas gerais são indicadas para um sistema aberto.

É indiscutível a necessidade de desenvolver cláusulas gerais, cuja adoção evita as lacunas causadas pela evolução da sociedade e pela dificuldade do legislador de acompanhar todos os acontecimentos, não apenas dificuldade, mas impossibilidade de tentar tipificar todas as situações jurídicas, principalmente em uma sociedade como a contemporânea, marcada pela diversidade dos projetos de vida coexistentes e baseada em uma Constituição democrática que garante o direito de autodeterminação aos indivíduos.

⁵⁴ Vide Antônio Menezes Cordeiro, 2007, p. 1182 e seguintes, que relaciona vários estudiosos e suas definições acerca de cláusulas gerais.

6. FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Várias são as classificações doutrinárias acerca das funções da boa-fé objetiva, mas aqui se optou pela apresentada por Judith Martins-Costa (2000, p. 427), que informa serem imputadas tradicionalmente à boa-fé objetiva três funções principais: “a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos”. Tais funções também são conhecidas na doutrina como interpretativa, integrativa e limitativa.

6.1. Função hermenêutico-integrativo do contrato

A função mais conhecida da boa-fé objetiva é a interpretativa. Para Martins-Costa (2000, p. 428), a função hermenêutico-integrativa atua como “*Kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes”. Assim, a boa-fé atua como cânone hermenêutico-integrativo perante a necessidade de qualificar comportamentos das partes envolvidas não previstos em um contrato, mas essenciais à salvaguarda da *fattispecie* contratual e à produção plena dos efeitos contratuais previstos.

Segundo Clóvis do Couto e Silva (2007), existe uma relação entre o princípio da boa-fé e a hermenêutica integradora. Tal interdependência se observa mais nos sistemas que não reconhecem o princípio da boa-fé, seja como norma geral no direito civil seja como forma restritiva no direito das obrigações.

Nem sempre é fácil perceber o que é resultado da aplicação da boa-fé e o que é interpretação integradora. Em muitos casos, quando se pensa que se está fazendo interpretação integradora, está-se aplicando o princípio da boa-fé. Por meio da interpretação da vontade, pode-se integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não os diretamente declarados. Assim, a interpretação integradora aumenta o conteúdo do negócio jurídico, mas se restringe à pesquisa e explicação da vontade das partes no momento da formação do contrato. Já a boa-fé é bem mais ampla: além de assumir a função de limitadora de direitos, contempla a relação contratual em todas as suas fases. Serve a boa-fé para delinear o campo que será preenchido pela interpretação integradora, pois ao se questionar os

propósitos dos contratantes, verifica-se se o ato é contrário ou não à boa-fé e aos bons costumes. A boa-fé, nessa função, atua determinando o comportamento devido dos contratantes.

A boa-fé não pode permitir que o contrato atinja finalidade diversa do seu objetivo. O juiz tem o dever de “tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criada”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 437). No desenvolvimento desse dever do juiz, passa-se à outra função da boa-fé objetiva, que é a sua função integrativa, a ser posteriormente analisada.

Tal função possui a mesma idéia presente no Direito romano dos *bonae fidei iudicia*, em que o árbitro estava autorizado pela fórmula a decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas, podendo até mesmo efetuar compensações, levar em conta o dolo dos litigantes e incluir na condenação valor de frutos e juros não convencionados.

Segundo Mota (2001), tal função possui duas acepções. A primeira delas é que os contratos e negócios jurídicos unilaterais devem ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo ou aparente, exceto quando o destinatário conheça, por diligência, a vontade real do declarante.

A segunda acepção diz respeito ao significado que se deve atribuir a cláusulas ambíguas do contrato. Caso o sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á adotar aquele que a boa-fé apontar como mais razoável. Em tais casos, a jurisprudência vem adotando as seguintes hipóteses: aplicação do princípio da conservação do contrato, do princípio do menor sacrifício e do princípio da interpretação contra o predisponente.

Segundo Orlando Gomes (2002, p. 198), por ser um contrato duas declarações distintas de vontade que se integram, ele requer “sempre *interpretação*, mormente quando [suas cláusulas] são obscuras, ambíguas ou duvidosas. Interpretar um contrato é, afinal, esclarecer o sentido dessas declarações e determinar o significado do acordo ou consenso.”

Como tipos tradicionais de interpretação dos negócios jurídicos surgiram, a partir das teorias da vontade (*Willestheorie*) e da declaração (*Euklarungstheorie*), a interpretação subjetiva e a objetiva.

A teoria da vontade, que tem como propagadores Savigny e Windscheid, explica o negócio jurídico como declaração de vontade dirigida à provocação de determinados efeitos jurídicos. A teoria da declaração, esboçada por Von Bulow, explica o negócio jurídico como um instrumento ou meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos, criando as normas jurídicas que irão disciplinar as relações estabelecidas.

Quando a vontade exteriorizada for diferente da vontade real, para os partidários da teoria da vontade o que irá produzir efeitos jurídicos é a vontade real, enquanto para os partidários da teoria da declaração os efeitos jurídicos são produzidos pela declaração, independentemente de esta corresponder ou não à vontade. Enquanto a teoria da vontade protege a vontade como fonte criadora do negócio jurídico, numa concepção liberal, a teoria da declaração privilegia a segurança aos contratantes nas relações contratuais.

De tais teorias, como já citado, surgiram dois tipos de interpretação dos negócios jurídicos: a subjetiva e a objetiva. Enquanto a interpretação subjetiva verifica a vontade real dos contratantes, a objetiva procura esclarecer o sentido das declarações.

De acordo com Orlando Gomes (2002), ambas as interpretações têm regras prescritas em códigos mais recentes (como o italiano e o português), sendo as seguintes as disposições legais da interpretação subjetiva:

- Na interpretação de um contrato deve-se indagar qual foi a *intenção comum* das partes;
- o intérprete não deve limitar-se ao sentido literal da linguagem, mas averiguar o espírito do contrato;
- tal como a lei, o contrato deve ser interpretado *sistematicamente*, interpretando-se suas cláusulas umas por meio das outras e atribuindo-se a cada qual o sentido que emerge da totalidade;
- as cláusulas de um contrato de adesão ou predeterminadas por um dos contraentes em fórmula impressa interpretam-se, na dúvida, em favor do outro (*interpretação contra stipulatorem*).

Já as regras de interpretação objetiva dispostas em tais legislações obedecem a três princípios:

- O contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé (princípio da boa-fé);
- a interpretação deve conduzir à conservação do contrato, de modo que este produza efeitos, como também devem produzi-los suas cláusulas (princípio da conservação dos contratos);
- no caso de permanecer obscuro depois de observadas as regras hermenêuticas estabelecidas, deve o contrato gratuito ser interpretado no sentido menos gravoso para a parte com posição de devedor, enquanto no contrato oneroso a interpretação deve

conduzir ao maior equilíbrio das prestações *extrema ratio* (princípio da *extrema ratio* – menor peso e equilíbrio das prestações).

Como resposta às críticas formuladas a essas duas teorias, surge a teoria da responsabilidade e da confiança. A teoria da responsabilidade, consoante Noronha (1994, p. 87), é “formulação mitigada da teoria da vontade: para ela, o negócio sem vontade interna será válido quando se possa atribuir culpa à parte pela declaração viciada”.

Já a teoria da confiança ou do crédito social – segundo a qual, “em caso de conflito entre vontade real e declaração, esta deve prevalecer se estiver imbuído no destinatário confiança suficiente, segundo critérios objetivos” (NAVES, 2003, p. 69) – objetiva estabelecer não uma segurança individual, como na teoria da declaração, mas uma segurança social, através da confiança despertada pelo comportamento dos contratantes. A teoria da confiança mantém íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, sendo formulação mitigada da teoria da declaração.

Por fim, também a interpretação do negócio jurídico comporta a interpretação restritiva e a extensiva, da mesma forma que a interpretação da lei, conferindo-se à norma o mais amplo raio de ação ou limitando-se a incidência da mesma.

6.1.1. Regras de interpretação dos contratos no Código Civil brasileiro

A interpretação dos negócios jurídicos, tanto no Código Civil de 1916 quanto no atual, não foi tratada em capítulo específico. Em relação ao Código vigente, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 193), pelo fato de o legislador trabalhar “com *conceitos jurídicos indeterminados*, a serem preenchidos pelo magistrado no caso concreto, não há como deixar de reconhecer a coerência sistemática desse *não-estabelecimento de regras formais e genéricas de interpretação*”.

No revogado Código Civil – fruto do Estado Liberal, em que predominava o dogma da autonomia da vontade como princípio basilar das relações contratuais –, a regra geral de interpretação dos negócios jurídicos estava disciplinada no artigo 85, que assim dispunha: “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da

linguagem”.⁵⁵ Tendo em vista a importância que se dava à vontade, adotou-se, nesse dispositivo, a teoria da vontade, que visava proteger o interesse dos declarantes e sua vontade real, em detrimento da teoria da declaração.

O atual Código Civil tratou da interpretação dos negócios jurídicos em alguns artigos,⁵⁶ dois dos quais – os artigos 112 e 113 – são objeto do presente trabalho. Dispõe o artigo 112 que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Em sua exposição de motivos sobre a Parte Geral do Código Civil, afirma José Carlos Moreira Alves que em tal artigo se determina o atendimento à intenção consubstanciada na declaração, e não ao pensamento íntimo do declarante. O ministro esclarece, em nota de rodapé, que não adotou a teoria objetiva, preferindo a concepção subjetiva por considerá-la mais consentânea com a realidade, entretanto se afastou na maioria das vezes dos exageros do dogma da vontade e recorreu aos princípios da responsabilidade do declarante e da confiança da parte a que se dirige tal declaração. (FARIAS; ROSENVALD, 2006).

Mediante o exposto na redação de tal artigo, o legislador procurou evitar a adoção de uma das duas teorias extremas de interpretação do negócio jurídico – a teoria da vontade ou a teoria da declaração –, preferindo adotar a teoria da confiança, que guarda estreita relação com a boa-fé, traduzindo-se no dever de cada parte agir com respeito e lealdade, não lesando o outro contratante ou frustrando suas expectativas.

Não há que se falar, na vigência do atual Código Civil, de prevalência da teoria da vontade (subjetiva) ou da declaração (objetiva), como defendido por Orlando Gomes (2002, p. 202), para o qual “a interpretação objetiva é subsidiária, pois suas regras só se invocam se falharem as que comandam a interpretação subjetiva”. Ao se eleger a teoria da confiança, torna-se necessária uma releitura da interpretação negocial, em que a boa-fé objetiva ganha um papel de destaque.

Tal papel de destaque está positivado no artigo 113, que dispõe: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Esse artigo representa a regra geral de interpretação dos negócios jurídicos.

Os artigos 112 e 113 devem ser interpretados em complementaridade, uma vez que ambos têm a boa-fé como cláusula geral. O artigo 112, ao adotar a teoria da confiança, elegeu

⁵⁵ Além do referido artigo, o artigo 1090 tratava dos contratos benéficos, que deveriam ser interpretados estritamente.

⁵⁶ Também tratam de dispositivo específico sobre interpretação os artigos 110, 111, 114, 423 e 819.

também a boa-fé como princípio norteador da interpretação contratual, uma vez que a boa-fé tem como pressuposto a lealdade e a confiança despertada no destinatário da declaração.

Segundo Miguel Reale, “em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas ‘para todo o sistema’”. Para ele, “nenhum dos artigos do novo Código Civil parece tão rico em conseqüências como o artigo 113”, que fixa a “*eticidade* de sua hermenêutica, em função da *boa-fé*, bem como a sua *socialidade*, ao se fazer alusão aos usos do lugar de sua celebração”. (REALE, 2003, p. 1).

Tal artigo demonstra a incidência dos três princípios fundamentais do novo Código Civil: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Eticidade, pois nos dias atuais é “indeclinável a participação dos *valores éticos* no ordenamento jurídico”, sendo a boa-fé o seu cerne. Socialidade, no sentido de superação do caráter individualista presente no Código Civil de 1916. E, por fim, a operabilidade, pela adoção da cláusula geral de boa-fé, cujo conteúdo será preenchido *in concreto*, permitindo a solução de casos que antes não eram regulados pelo ordenamento jurídico. (REALE, 2002).

No atual Código Civil, a boa-fé objetiva foi consagrada como regra geral de interpretação do negócio jurídico. É uma norma de conduta a ser observada por todos os contratantes, que devem agir de forma leal e honesta. Não representa apenas um conceito ético, mas um princípio jurídico que, como qualquer norma jurídica, gera conseqüências pela sua não-observância.

O dever de interpretar segundo a boa-fé objetiva encontra-se informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social da livre iniciativa privada, da solidariedade social e da igualdade substancial. Interpretar segundo a boa-fé é garantir a funcionalidade do negócio jurídico, e a boa-fé objetiva, na atual perspectiva civil-constitucional, é regra fundamental de qualquer atividade negocial. (FARIAS; ROSENVALD, 2007).

6.2. Função de limitação ao exercício dos direitos subjetivos

A função limitativa ou de controle da boa-fé objetiva guia a conduta dos contraentes, reduzindo-lhes a liberdade de atuação e definindo algumas condutas e cláusulas como

abusivas, em observância à função social do contrato. Dessa forma, a autonomia privada é limitada pela boa-fé no momento em que esta exerce uma função de controle dos contratos.

Aqui se encontra a figura do abuso do direito,⁵⁷ presente no artigo 187 do atual Código Civil brasileiro, segundo o qual “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”. (BRASIL, 2005, p.209)

A expressão “abuso do direito” deve-se, segundo Antônio Menezes Cordeiro (2007), ao autor belga Laurent. Ele a criou para nominar situações jurídicas em que os tribunais franceses, reconhecendo na questão de fundo o direito do réu, condenaram-no em virtude de irregularidades no exercício desse direito. As primeiras decisões acerca do abuso do direito datam de 1808, fase inicial da vigência do Código Napoleão. Eis algumas decisões dos tribunais de apelação franceses selecionadas por Antônio Menezes Cordeiro (2007):

- 1808 – Condenação do proprietário de uma fábrica de chapéus que provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança;
- 1820 – Condenação de um construtor de forno que, por falta de precauções, prejudicava um vizinho;
- 1853 – Condenação de um proprietário que, por desavenças com o vizinho, construiu uma falsa chaminé para vedar a luz à janela do vizinho. Tal decisão ficou universalmente conhecida;
- 1854 – Condenação de um proprietário que bombeava para um rio a água do seu próprio poço, para baixar o nível do poço do vizinho;
- 1861 – Condenação de proprietário que efetuou perfurações no seu prédio, provocando desabamentos no prédio do vizinho, por falta de cuidados;
- 1913 – Condenação de proprietário que ergueu em seu terreno um dispositivo dotado de espigões de ferro para danificar os dirigíveis construídos por seu vizinho. Em 1915 a condenação foi confirmada pela Cassação. Esta decisão é amplamente citada como exemplo ao se tratar da teoria do abuso do direito. É o famoso caso Clement Bayard.

⁵⁷ A doutrina também utiliza os termos “abuso de direito” e “abuso do direito”. Na presente dissertação, utilizar-se-á o termo “abuso do direito”. Consoante Pontes de Miranda, “a expressão ‘abuso de direito’ é incorreta. Existe ‘estado de fato’ e ‘estado de direito’: porém, não ‘abuso de fato’ ou ‘abuso de direito’. Abusa-se de algum direito, do direito que se tem. Leis falam de ‘abuso de direito’, expressão que aparece em certos juristas desatentos à terminologia científica e indiferentes à sua exatidão. ‘Abuso do direito’, ou abuso do exercício do direito é que é. Recebemo-la dos livros franceses e, lá, só se usa **abus du droit**”. (MIRANDA *apud* DANTAS JÚNIOR, 2008, p. 255).

Na justificação da decisão no caso da falsa chaminé, considerou-se que o exercício do direito de propriedade, ainda que absoluto, autorizando ao seu dono usar e abusar da coisa, deve ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo, e ainda, que os princípios da moral e equidade se opõem a que a justiça sancione uma ação inspirada pela “malquerença” e provoque um prejuízo grave a outrem. (CORDEIRO, 2007).

Segundo Menezes de Cordeiro, a orientação original do abuso do direito não se conectou à boa-fé, mas ao conceito de direito subjetivo. Sua admissão foi fundada na necessidade de respeitar direitos alheios, na violação de normas éticas pelo titular exercente do direito, na ocorrência de falta e na não-consideração do fim preconizado pela lei.

A teoria do abuso do direito surgiu na França, não havendo nenhuma referência no Direito romano que tenha fundamentado a terceira sistemática.⁵⁸ Do campo francês veio para a seara alemã, em que a teoria do abuso era algo estranho. Na Alemanha, aquilo que se caracterizava como abuso no direito francês seguiu a linha da *exceptio doli* e da *chicana*. *Exceptio doli* é um tipo de exceção, é “a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efectivação da pretensão correspondente”. (CORDEIRO, p. 719). “É o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo.” (CORDEIRO, p. 720). Já a *chicana* seria o exercício do direito para prejudicar outrem, em seu sentido lato, ou o exercício do direito sem interesse próprio para prejudicar outrem. Nenhum desses institutos prosperou no direito alemão, abrindo espaço para a ascensão da boa-fé.

Era necessária uma norma que contivesse um princípio geral do Direito positivo e objetivo para controlar o exercício de qualquer direito privado. Positivo, por prescrever condutas, e não somente indenizações posteriores; objetivo, por ignorar elementos relativos ao agente, como dolo e negligência. Apesar de existir no BGB o §226 e §826,⁵⁹ estes foram insuficientes para solucionar casos que neles não se enquadravam. Tal norma justificadora restou findada no §242 do BGB, que estabelece a origatoriedade do devedor de executar a prestação tal como o exige a boa-fé, com consideração dos costumes do tráfico. Jurisprudencialmente se assistiu a uma sedimentação de situações abusivas e referidas aos bons costumes. Após uma prática jurisprudencial consolidada, passou-se a considerar a boa-fé

⁵⁸ Contudo, há autores alemães que defendem a *aemulatio* do Direito romano, que era “o exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem”. (CORDEIRO, p. 673).

⁵⁹ § 226: o exercício de um direito é inadmissível se ele tiver por fim, somente, causar um dano a outrem.

§ 826: quem, de um modo atentatório contra os bons costumes, causar, dolosamente um dano a outro, estará obrigado, para com o outro, à indenização do dano.

como elemento central para se definir limites que, uma vez ultrapassados, caracterizariam o abuso do direito.

Antônio Menezes Cordeiro (2007) diferencia os bons costumes da boa-fé, os quais, na imaginação das pessoas, expressam o mesmo significado. Segundo ele, depreende-se do BGB que os bons costumes são algo exterior que delimita a autonomia privada e que não prescreve o comportamento.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2007, p.509), “a boa-fé é afirmativa, pois elabora modelos de comportamentos a assumir; já os bons costumes se limitam a suprimir efeitos da atividade negocial nociva”.

Os referidos autores ensinam que o critério do abuso do direito no campo obrigacional parece localizar-se no princípio da boa-fé, uma vez que em todo ato considerado abusivo há uma violação ao dever de agir de acordo com a boa-fé, com lealdade e confiança, independentemente do propósito de prejudicar. Segundo os mesmos, o que há é uma área comum: no campo obrigacional, especificamente nos limites ao exercício dos direitos subjetivos, percebe-se a confluência entre ambos. Não se pode, portanto, deixar de reconhecer uma ligação entre boa-fé objetiva e abuso de direito através da função da primeira, de limitação do exercício dos direitos subjetivos ou posições jurídicas.

A doutrina alemã vinculou, desta forma, a figura do abuso do direito ao princípio da boa-fé. Nos dizeres de Dantas Júnior

uma vez revelada pela doutrina alemã a íntima relação entre a boa-fé e a figura do abuso do direito, os Códigos Civis em geral se valeram da primeira para poder apresentar um conceito para o segundo, ou seja, para caracterizar o abuso do direito em função da boa-fé, sendo que aquele começa a partir do ponto em que cessam as condutas admissíveis, pois estas se encontram no domínio da boa-fé, e além delas já se adentra o campo do abuso do direito. (DANTAS JÚNIOR, 2008, p. 285)

Segundo Maurício Jorge Mota (2001), a idéia do abuso do direito se desdobrou em duas concepções, a subjetivista e objetiva. Na primeira, para a configuração do abuso de direito, é necessário que a pessoa aja com intenção de prejudicar sem necessidade de exercer seu direito, ao passo que na segunda, para o ato ser considerado abusivo, basta o propósito de realizar objetivo distinto para o qual o direito subjetivo foi preordenado, basta o exercício anormal do direito contrariando sua finalidade econômica ou sua função social. No CC/2002, não se fala em intenção, basta que a pessoa, no exercício do seu direito, exceda manifestamente seus limites, coadunando com a concepção objetivista e com a boa-fé objetiva.

Na concepção objetivista do abuso da boa-fé estão enquadradas as figuras de *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*. Tais figuras são modalidades específicas de atos abusivos, possuindo características próprias. Os mesmos não serão abordados detalhadamente por não ser objetivo da presente dissertação.

A *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), consoante definição de Antônio Menezes Cordeiro (2007, p. 742), “traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”. Tal instituto requer dois comportamentos divergentes entre si, da mesma pessoa, em momentos diferentes e lícitos, sendo que o primeiro comportamento é contrariado pelo segundo (*factum proprium*).

Duas são suas modalidades. A primeira é quando uma pessoa manifesta a intenção de não praticar ato determinado, seja um direito subjetivo, potestativo ou uma permissão genérica de atuação, e posteriormente o pratica; a segunda é quando uma pessoa declara praticar determinado ato e posteriormente se nega a fazê-lo. Segundo o autor, diante de comportamentos contraditórios, não visa a ordem jurídica manter o *status* que se gerou na primeira atuação, mas proteger a pessoa que a teve por boa justificadamente. O *factum proprium* não se caracteriza por derivar da regra do *pacta sunt servanda*, mas por exprimir um fator assegurado pela concretização da boa-fé.

Surge tal figura da violação do princípio da boa-fé, estando amparada na tutela da confiança de quem criou legítimas expectativas em relação ao primeiro comportamento, a qual decorre da cláusula geral de boa-fé.

Supressio é “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercida durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, por de outra forma, se contrariar a boa fé”. (CORDEIRO, 2007, p. 797). Sua criação é jurisprudencial, sendo que sua consagração dogmática definitiva se deveu a perturbações econômicas decorrentes da primeira guerra mundial e à inflação.

Com a primeira guerra, os preços de determinadas mercadorias aumentaram demasiadamente, fazendo com que o exercício retardado de determinados direitos levasse a desequilíbrio inadmissível entre as partes. A jurisprudência alemã, em 1923, reconheceu a perda do direito à correção monetária a um empreiteiro que retardou por mais de dois meses a notificação a seu cliente da pretensão do reajuste. A inflação, ou o direito de valorização monetária, consagrou definitivamente a *supressio*. (FARIAS; ROSENVALD, 2007).

A possibilidade de revalorização monetária proporcionada pelo RG ao credor veio a ter a *supressio* por contrapeso, ao assegurar o interesse do devedor. A boa-fé atua, nesse

sentido, na busca da equivalência das prestações e do equilíbrio da situação das partes. Ao mesmo tempo em que permite a valorização monetária em função da inflação, ela exige que tais reajustes sejam feitos em um prazo razoável e sem atingir valores que o devedor não possa pagar.

A *supressio* há que ser analisada, assim como a *venire contra factum proprium*, na perspectiva da contraparte perante o não-exercício do direito, protegendo-se a confiança deste de que não haverá mais exercício. Também a *supressio* representa, em última análise, um comportamento contraditório. Pressupõe-se o decurso de prazo, a inatividade do sujeito de direito, a confiança legítima da contraparte e o posterior exercício do direito. Elas se diferenciam principalmente, consoante Farias e Rosenthal (2007), pelo fato de que a confiança no comportamento da parte, na *venire*, é delimitada com a conduta anterior e, na *supressio*, a expectativa é projetada pelo não-exercício do direito por determinado tempo e pelos indícios de que ele não seria exercido.

Ao passo que a *supressio* corresponde à perda de um direito ou de uma posição jurídica (direitos, pretensões, poderes formativos, dentre outros), a *surressio* é a sua outra face, correspondendo à aquisição de direito ou posição jurídica pela outra parte em consequência da inatividade do exercício pela contraparte e posterior exercício tardio e desleal do direito. *Surressio* é a posição que nasce para o beneficiário da *supressio*, sendo a criação de um direito em função do não-exercício por um lapso de tempo pela contraparte.

Tu quoque “traduz, como generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que violar uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”. (CORDEIRO, 2007, p. 837). Aquele que violou uma norma ou um dever jurídico não pode se beneficiar da situação. Representa o *tu quoque* um comportamento desleal, contrário à boa-fé objetiva, frustrando a legítima expectativa da contraparte.

Se a parte não cumpriu seu dever, não pode exigir que a outra o faça. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2007, p. 523) afirmam que “imprescindível é que sempre exista um nexos entre a obtenção indevida do direito e o seu posterior exercício abusivo”. Também o *tu quoque* tem semelhança com o *venire* pelo dever de se adotar uma linha de conduta uniforme e por haver duplicidade de comportamento. A diferença reside no fato de que, no *tu quoque*, a primeira conduta já é incompatível com a segunda, ao passo que, no *venire*, as condutas não são irregulares, apenas se tomadas em conjunto e pela quebra da confiança em consequência das condutas opostas.

Cita Antônio Menezes Cordeiro (2007) que, desde 10 de janeiro de 1908, é orientação do RG que aquele que violar o contrato e colocar em perigo o escopo contratual não terá, no caso de violação posterior pela contraparte, direito à indenização por não-cumprimento ou rescisão contratual, como se não tivesse sido ele o responsável por violações antecedentes e por não ter se portado de maneira leal no contrato.

Para o referido autor, poder-se-ia classificar como exceção do contrato não cumprido, o qual é uma concretização histórica da boa-fé, e não como apelo imediato à boa-fé para justificar seu fundamento. A boa-fé, neste caso, teria dois papéis: o de determinar os deveres de cada parte ao firmar a estrutura real do sinalagma e o de exigir que a exceção seja movida apenas por modificações sinalagmáticas materiais e não formais, sob pena de abuso.

Estão aqui delineadas, em poucas linhas, algumas das figuras decorrentes do abuso do direito, sendo todas elas fundamentadas na confiança despertada no parceiro contratual, elemento caracterizador da boa-fé objetiva.

6.3. Norma de criação de deveres jurídicos

A terceira função, chamada de norma de criação de deveres jurídicos, é de suma importância haja vista criar deveres não previstos no contrato. É fonte autônoma de deveres independentemente da vontade contratada, impondo obrigação de conduta transparente e leal aos contratantes desde as tratativas preliminares até após o adimplemento da obrigação principal.

Segundo Martins-Costa (2000), a doutrina⁶⁰ indica que, em toda relação contratual, há deveres de prestação principais, secundários e laterais (anexos ou instrumentais). Os deveres principais ou primários da prestação constituem o núcleo da relação contratual e definem o contrato: a obrigação de dar, restituir, fazer e não fazer. Os deveres secundários são subdivididos em deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal e deveres secundários com prestação autônoma, sendo os do primeiro tipo aqueles que se destinam a

⁶⁰ Segundo Mario Júlio de Almeida Costa, Antunes Varela e Carlos Alberto da Motta Pinto. Na classificação de Couto e Silva (2006), os deveres sofreram divisão em deveres principais e secundários (anexos ou instrumentais), e estes últimos em dependentes e independentes pelo fato de alguns ultrapassarem o término da obrigação principal, assumindo, assim, vida própria. Em virtude disso, podem ser acionados independentemente da prestação principal. Em sua origem, dependem da obrigação principal, por isso são secundários. Os deveres secundários ou obrigações anexas dependentes são aqueles que pertencem às obrigações principais. Seu descumprimento implica descumprimento do dever principal, não podendo, dessa forma, serem acionados independentemente.

assegurar ou preparar o cumprimento da obrigação principal e os do segundo tipo, as prestações autônomas ou coexistentes com a principal (que podem até vir a substituir a obrigação principal). E por fim, os deveres laterais, anexos ou instrumentais – para citar apenas algumas de suas várias denominações – são aqueles derivados de cláusula contratual, de dispositivo da lei *ad hoc* ou da boa-fé objetiva, que interessa destacar neste trabalho.

Os deveres anexos são impostos tanto ao credor quanto ao devedor, não estando diretamente relacionados com o adimplemento da obrigação principal, como é o caso dos deveres secundários. Estão relacionados ao processamento da relação obrigacional como um todo, desde o primeiro contato social até após o adimplemento da obrigação principal. São os chamados deveres de cooperação e proteção dos interesses recíprocos.

Os deveres anexos não são enumerativos, são apenas exemplificativos, pois não é possível estabelecê-los previamente. São aferidos no decorrer da relação contratual, de acordo com as especificidades do caso concreto.

O problema que se apresenta em relação à função integrativa do princípio da boa-fé objetiva é saber quais são as conseqüências jurídicas advindas da não-observância dos deveres anexos impostos pelo princípio da boa-fé objetiva, positivado no artigo 422 do Código Civil, que assim dispõe: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Antes de responder à questão formulada, é necessário definir o que são esses deveres e sua importância.

Há várias classificações para os deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva.⁶¹ Antônio Menezes Cordeiro (2007) efetua uma tripartição, identificando deveres de proteção, de esclarecimento e lealdade.

Os deveres de proteção são aqueles em que as partes devem evitar danos mútuos a suas pessoas ou a seus patrimônios, enquanto perdurar o fenômeno contratual. Cita o referido autor um caso clássico de 1911,⁶² quando um telhador, ao tirar medidas para uma placa de zinco a ser instalada em um telhado, caiu sobre uma tábua podre colocada no topo da construção, vindo a ferir-se gravemente. O BGB entendeu que, por força do contrato, o proprietário deveria ter tomado medidas para manter a segurança do local, o que não fez, violando o dever de segurança derivado da boa-fé.

⁶¹ Judith Martins-Costa exemplifica com: deveres de cuidado; previdência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; dever de prestar contas; deveres de colaboração e cooperação; deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte e deveres de omissão e segredo.

⁶² Conforme nota de rodapé pág. 604, Antônio Menezes Cordeiro (2007): RG-7-dez.- 1911, RGZ 78 (1912), 239-241.

Tal dever é, na classificação de Cláudia Lima Marques (2004), o dever de cuidado. Este tem por objetivo preservar danos à integridade do contratante, seja integridade pessoal (física ou moral) seja integridade patrimonial. É também chamado de dever de proteção ou segurança. Ao se fazer um contrato de passageiro e de sua bagagem, o transportador deverá cuidar para que o meio de transporte esteja em boa e adequada condição, para que não ocorra problema algum por falta de segurança. Ou ainda, o dever de prestar contas do mandatário ou o dever do depositário de guardar e acondicionar de forma cuidadosa e segura a coisa deixada em depósito.

O segundo grupo de deveres, consoante classificação de Antônio Menezes Cordeiro (2007), são os deveres de esclarecimento, que obrigam as partes a “informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir”. (CORDEIRO, 2007, p. 605).

O dever de esclarecimento na doutrina estrangeira, de acordo com Cláudia Lima Marques, é um dos tipos do dever de informação, assim como o dever de conselho.⁶³ Segundo a autora, o dever de informar é o primeiro e mais conhecido dos deveres anexos, que “é ‘anexo’ a toda a relação contratual, acompanhando-a do nascimento à morte total, não se esgotando na fase pré-contratual”. (MARQUES, 2004, p. 189).

O dever de informar consiste na comunicação que uma parte deve fazer à outra de circunstâncias ou fatos relevantes capazes de influenciar na formação da declaração negocial. Ao contratar, a parte deve ter conhecimento prévio dos elementos que irão constituir o contrato. Tal dever é o mais importante na fase pré-contratual. Todas as informações são fundamentais para a tomada de decisão do contratante, devendo o mesmo tomar conhecimento de todas as cláusulas contratuais, de suas obrigações e de seus direitos. Nas relações de consumo, é um dever essencial, que se encontra consolidado entre os direitos básicos do consumidor, no artigo 6º do CDC.⁶⁴

O dever de esclarecimento encontra um campo maior nos contratos de prestação de serviços médicos. Eis jurisprudências alemãs selecionadas por Antônio Menezes Cordeiro (2007) a esse respeito:

⁶³ Nessa classificação, o dever de conselho existe entre um profissional especializado e um leigo no assunto, como nas relações médico-paciente, advogado-cliente. Já o dever de esclarecimento é o dever de explicitar à parte as condições gerais do contrato, riscos, garantias, cláusulas de exclusão, etc.

⁶⁴ Art. 6º: São direitos básicos do consumidor: III: a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

- RG 8-Mar.-1940 – é o caso de uma mulher que, reclamando de abscesso no peito, ficou em observação por um mês, após o qual foi operada. Passado efeito da anestesia, a paciente percebeu que tinha sido praticada a mastectomia total da mama, o que implicava efeitos secundários danosos como a funcionalidade do braço. Em exame microscópico anterior, percebera-se a presença de tumor benigno. O médico assegurou que observara todas as regras da profissão, além dos sintomas e antecedentes familiares sendo que, no estágio em que se encontrava o tumor, a medicina indicava a necessidade de operar imediatamente a paciente para salvar-lhe a vida. Como não foi possível ao RG controlar ou mensurar os procedimentos médicos, ou avaliar se eram corretos ou não, condenou-se o médico pelo não-esclarecimento à paciente, antes da operação, de todas as conseqüências que poderiam advir da intervenção.
- BGH 16-Jan.-1959 – em um hospital ou se intervinha cirurgicamente no caso de um câncer ou seguia-se um tratamento com raio-X e rádio. Pelo estágio do caso, optou-se pelo tratamento com raio-X e rádio. Em função das radiações, a paciente apresentou perturbações, o que a obrigou a interromper o tratamento. Vários médicos foram acionados, e o Tribunal Federal entendeu ter sido violado o dever de esclarecimento à paciente das conseqüências do tratamento.

No aspecto patrimonial, o OLG Düsseldorf 23-Ag.-1968 decidiu a questão baseado no dever contratual de esclarecimento. Eis o caso: uma pessoa sacou uma quantia em um banco e o caixa, erroneamente, lhe entregou valor maior que o devido. A pessoa percebeu e recebeu o valor indevidamente. Devia, neste caso, por força do dever de esclarecimento, ter percebido o erro e devolvido a quantia recebida a maior.

Por fim, há o dever acessório de colaboração, que, como ensina Antônio Menezes Cordeiro (2007), obriga as partes a se absterem de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar a jogo das prestações por elas consignado. Não somente deveres de abstenção, mas também deveres de atuação. Enquanto vigente um contrato, há deveres como a não-concorrência, não-celebração de contratos incompatíveis, sigilo, por exemplo. Tais deveres são decorrentes da boa-fé, e não do contrato.

O dever de cooperação e colaboração consiste no dever de colaborar de acordo com a boa-fé objetiva durante a execução do contrato. “Cooperar é agir com lealdade e não obstruir ou impedir.” (MARQUES, 2004, p. 195). É o dever de cooperar para o adimplemento da obrigação principal, mantendo-se as partes fiéis à finalidade contratual e às expectativas da outra parte, não inviabilizando a atuação do outro contratante.

Dificuldades excessivas impostas pelas partes implicarão descumprimento de obrigações acessórias, contribuindo para a resolução do contrato. Pode-se citar o sigilo sobre atos ou fatos que se conheceu em função das negociações ou do contrato como um dever de lealdade, decorrente do dever de colaboração.

7. POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Apesar da presença da boa-fé em projetos e anteprojetos no âmbito da legislação civil anterior ao Código Civil de 1916, a primeira referência ao princípio da boa-fé objetiva na legislação brasileira se deu no Código Comercial de 1850,⁶⁵ mesmo assim apenas como cânone interpretativo. Sua efetiva aplicação se deu somente após a promulgação da Lei 8.078, de 1990, o chamado Código de Defesa do Consumidor (CDC). Foi a partir daí que o princípio da boa-fé assumiu uma notoriedade nunca vista, pondo fim a qualquer dúvida acerca da sua vigência no ordenamento brasileiro.

Anteriormente ao Código Comercial, já havia referência ao princípio da boa-fé na legislação vigente no país, mas de origem portuguesa: as Ordenações Filipinas de 1603, em seu Livro I, Título LXII, §53.⁶⁶

Em trabalho intitulado “A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro”, Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002) efetua um levantamento histórico de projetos de Código Civil anteriores e posteriores ao de Clóvis Beviláqua, os quais faziam menção à boa-fé e que serão aqui citados para demonstrar que, muito antes do CDC ou do atual Código Civil, já havia a preocupação com tal princípio.

Segundo Slawinski (2002), no Projeto de Código Comercial de 1911,⁶⁷ organizado por Herculano Marcos Inglez de Souza, estava presente a boa-fé como regra de interpretação.

65 Art. 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

66 "E, por não convir em duvida 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 hajam 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 hajam 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, posto que 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."

67 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.

Dentre os dois artigos que, no referido projeto, incluíam tal princípio, há o artigo 715, que retrata o artigo 131 do Código de 1850.

No Esboço do Código de Teixeira de Freitas, de 1855,⁶⁸ deu-se a primeira referência à boa-fé no âmbito da legislação civil. O jurista dedicou alguns artigos a essa matéria na Parte Geral, Livro Primeiro, Seção III, identificando-a como “elemento inerente à substância dos atos jurídicos”.

Outros dispositivos com teor próximo à boa-fé também podem ser encontrados no Projeto do Código Civil Brasileiro e Commentário de Joaquim Felício Santos, de 1881, no projeto de Código Civil Brasileiro de A. Coelho Rodrigues, de 1893, e, por fim, na obra do advogado Carlos Augusto de Carvalho, Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civas vigentes em 11 de agosto de 1899.⁶⁹

Mesmo com tais referências à boa-fé, no Código Civil de 1916, apenas no artigo 1443 houve menção expressa à boa-fé objetiva, não havendo uma regra geral no campo obrigacional. O artigo 1444 também trata de declaração verdadeira e completa, retratando a conduta exigida pela boa-fé.⁷⁰

Nos projetos que se seguiram ao Código das Obrigações de 1941 e ao Código Civil, também havia dispositivos referentes à boa-fé, mas basicamente em sua função interpretativa. No Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941,⁷¹ havia três artigos acerca da boa-fé: os dois primeiros tratavam de sua função interpretativa, enquanto o terceiro já dispunha acerca

⁶⁸ Alguns artigos selecionados pela autora. " 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 erro, 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, equidade, ou costume.**" (Grifo da autora).

⁶⁹ Por ser um elenco com vários dispositivos, os mesmos poderão ser consultados no artigo citado. Vide “A trajetória da boa-fé objetiva no direito civil brasileiro”.

⁷⁰ Eis aludidos artigos: 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.

⁷¹ Neste Anteprojeto havia três artigos no Título I – Da Constituição das Obrigações, sendo os dois primeiros no Capítulo I – Da Declaração da Vontade e o outro no Capítulo VI – Da Reparação Civil - 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.

da função de controle ou limitação dos direitos subjetivos. Já no Anteprojeto de 1963,⁷² também de Código das Obrigações, a boa-fé foi registrada em dois artigos. Por fim, no Anteprojeto de Código Civil de 1972, foram inseridos dois artigos referentes à boa-fé.⁷³

O Código Civil vigente no País à época da promulgação da atual Constituição Federal, datado de 1916, foi influenciado pelas idéias liberais resultantes do Código de Napoleão e representava a concepção clássica da teoria contratual, que tinha como fundamento o patrimônio, em torno do qual tudo girava. Diante de tal contexto, não haveria que se cogitar na boa-fé objetiva como princípio das relações contratuais, que até então estavam baseadas no princípio da autonomia da vontade.

Com o advento da Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, apesar de permanecer em vigência o Código Civil de 1916, iniciou-se o movimento de constitucionalização do Direito Civil. Isso significou uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição.

Nos ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 199), “a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.

A partir daí, o Código Civil Brasileiro, conhecido como a “Constituição do Direito privado”, deveria ser interpretado consoante à nova ordem constitucional, que tem como princípio fundamental, em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana. Os paradigmas do Direito privado foram sendo reconstruídos dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, em que qualquer cláusula contratual deve atentar para o texto constitucional.

Maria Celina Bodin de Moraes, no prefácio de “Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé”, de autoria de Teresa Negreiros, acerca da perspectiva constitucional de interpretação do direito civil, assim discorre:

⁷² São os seguintes artigos: 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 as partes ao que é usual no lugar do cumprimento da obrigação.

⁷³ Na Parte Geral, Livro III – Dos fatos jurídicos, Título I – Do Negócio Jurídico, Capítulo I – Disposições Gerais: Art. 111 – Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Art. 112 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...] por força da cláusula geral de tutela relativa à dignidade da pessoa humana – princípio constitucional fundamental -, nas relações intersubjetivas os valores existenciais se contrapõem às situações patrimoniais, numa perspectiva inversa à que predominava no direito contido no Código Civil. Esta abordagem metodológica, utilizada por número cada vez maior de juristas nacionais e estrangeiros, vem gerando algumas das principais transformações por que passa o direito privado neste final de século e tem recebido as designações, já bem conhecidas, de “socialização” e de “despatrimonialização” do direito civil. (NEGREIROS, 1998, p. 3, prefácio).

A Constituição Federal, que tem como centro de proteção a pessoa humana, não protege o patrimônio como um fim em si mesmo, apenas como meio de proteção da dignidade da pessoa humana. É sob essa perspectiva civil-constitucional que devem ser analisadas as relações contratuais e seus princípios informadores, dentre eles, o princípio da boa-fé objetiva.

O ressurgimento ou renascimento do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento brasileiro possibilita a efetivação dos objetivos do texto constitucional, contribuindo para a existência de uma sociedade livre, justa e solidária.

Apesar de, até então, não estar positivado no Código Civil vigente quando da promulgação da nova Constituição Federal, como princípio das relações contratuais, a boa-fé objetiva já tomava forma em nosso ordenamento.

Ressalte-se que, por falta de aplicação da doutrina e da jurisprudência, não se conseguiu extrair – seja da norma positivada no Código Comercial, em seu artigo 131, seja do artigo 1443 do Código Civil de 1916 – um modelo de conduta social. Pouco ou nenhum uso se fez do princípio da boa-fé objetiva fundamentando-se nos artigos citados, já que a forma de interpretação à época era exegetica.

De acordo com Martins-Costa (2000), o Código Civil de 1916, influenciado pelas codificações francesa e alemã, tinha o espírito oitocentista, e a concepção de sistema que nele pode ser retratado como ordem e unidade interna tinha a pretensão de completude ou plenitude legislativa. Tal pretensão, além da preocupação com a segurança, certeza e clareza, inviabilizou a inserção de cláusulas gerais em seu bojo. Coadunando com tais preocupações, os métodos de interpretação posteriores à codificação, como o exegetismo, o legalismo e o formalismo conceptual, reduziram o direito a um sistema absolutamente fechado, no qual a interpretação das normas jurídicas estava atrelada unicamente ao texto legal.

Mediante o exposto, o Código Civil de 1916 não consagrava a boa-fé objetiva. Já em relação à boa-fé subjetiva, eram vários os dispositivos nele existentes.⁷⁴

⁷⁴ Alguns artigos que tratam da boa-fé no Código Civil de 1916: 112, 490, 491, 510, 511, 514, 516, 549, 551, 612, 619, 622, 933, § único, 938, 968, 1072, 1272, 1318, 1321, 1382, 1404, 1443, 1444, 1477 e 1507. Dentre estes, apenas dois tratam da boa-fé objetiva, como já visto.

Apesar da existência do artigo 1443 do antigo Código Civil de 1916, que reportava à boa-fé objetiva no contrato de seguro, não ocorreu naquele código a recepção do princípio como regra geral nas relações contratuais.

A regulamentação da boa-fé como princípio deu-se em 1990, no Código de Defesa do Consumidor, que, por ter como objetivo proteger a parte vulnerável em uma relação de consumo, não se aplicava a todo o direito privado, mais de forma específica às relações contratuais civis.

A cláusula geral de boa-fé contida no artigo 51, IV, da Lei 8.078 foi uma importante inovação no campo contratual trazido pelo CDC, ao positivar em seu corpo uma série de deveres anexos às relações contratuais. Em seu artigo 4º, III, ocorreu a positivação como linha teleológica de interpretação.

De acordo com esse artigo, a Política Nacional das Relações de Consumo tem como objetivo, dentre outros, harmonizar os interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Já o artigo 51, IV, do mesmo estatuto legal, dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabelecerem obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou forem incompatíveis com a boa-fé ou equidade.

A utilização da boa-fé, antes da Constituição Federal de 1988, tinha por obstáculo o fato de ser compreendida como “questão de fato”, sendo dificilmente examinada pelo Supremo Tribunal Federal, e não se modificou o quadro mesmo após a criação do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto o STF se ocupa do controle constitucional das leis, atos e decisões, o STJ examina as questões de direito de processos provenientes de instâncias inferiores. A boa-fé, portanto, por ser uma questão de fato, muitas vezes não chega às instâncias superiores. Entretanto, a situação poderia ser resolvida demonstrando-se, “com muita astúcia”, a existência prévia de um problema na qualificação jurídica da matéria decidida na instância inferior. (AZEVEDO *apud* SLAWINSKI, 2001).⁷⁵

⁷⁵ Slawinski (2001), baseada nos ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, afirma que os conceitos indeterminados como a boa-fé importam em questão de direito e não de fato. Ao invocar regra de experiência, verificando-se a viabilidade de enquadrar ou não a situação concreta na moldura abstrata, está a se interpretar a norma. Com essa prévia interpretação e verificando-se a correlação entre fato e norma, impõe-se a aplicação da

Apesar do princípio da boa-fé objetiva estar previsto apenas no CDC, ele começa a ganhar efetividade com sua utilização pela jurisprudência no âmbito obrigacional.

Já dizia Clóvis do Couto e Silva (2006, p.33) que “a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito de obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta”.

No entendimento de Judith Martins-Costa, o princípio da boa-fé objetiva, antes mesmo de sua positivação no Código Civil atual como cláusula geral nas relações contratuais, vinha sendo utilizado pela jurisprudência gaúcha como *se o fosse*.

Não tendo sido posto no Código Civil como cláusula geral, o princípio da boa-fé objetiva tem sido utilizado pela jurisprudência gaúcha, principalmente nos últimos anos, como se o fosse, mediante um engenhoso artifício, qual seja o de dar caráter e, principalmente, função de cláusula geral ao princípio inexpressivo que resultaria do conjunto das disposições do Código Civil em matéria obrigacional. (MARTINS-COSTA, 2000, p.382).

No mesmo sentido, apesar do Código de 1916 não conter norma específica sobre o princípio da boa-fé, a doutrina e jurisprudência entendiam, em unanimidade, que ele prevalecia como princípio geral do direito. (THEODORO JÚNIOR, 2001). Um dos meios a que recorria a jurisprudência e os teóricos, segundo Slawinski (2002), para suprir a ausência do princípio da boa-fé, era utilizar o artigo 85 do Código Civil de 1916 e o artigo 4º da LICC.⁷⁶

Das modificações introduzidas pelo Código Civil brasileiro de 2002, uma das mais importantes foi com relação aos negócios jurídicos, com a inclusão da boa-fé objetiva. Somente com a promulgação desse novo Código Civil, a boa-fé objetiva foi alçada à categoria de princípio a ser observado nas relações contratuais, em seu artigo 422: **“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”**. (grifo nosso) (BRASIL, 2005, p.209)

Segundo Caio Mário da Silva Pereira,

a maior crítica que certamente se podia fazer ao Código Civil de 1916 era a de que nele não se tinha consagrado expressamente o princípio da boa-fé como cláusula

regra. Portanto, trata-se de uma questão de direito e existe a possibilidade de se controlar a aplicação de tal regra mediante recurso especial e extraordinário aos Tribunais Superiores.

⁷⁶ Art. 85 – Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. Art. 4º LICC - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

geral, falha imperdoável diante da consagração do princípio nos Códigos a ele anteriores, como o francês (art. 1.134) e o alemão (par. 242). (PEREIRA, 2005, p.20).

Em seu bojo, o CC/2002 faz referência à boa-fé em mais de 40 artigos e, em sua grande maioria, reporta-se à boa-fé subjetiva.⁷⁷ Além de estar presente no artigo 422, que trata especificamente das relações contratuais, a boa-fé objetiva foi objeto de posituação nos artigos 113 (“os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”) e 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”) do novo Código Civil, ao tratar da interpretação dos negócios jurídicos e do abuso do direito, respectivamente.

Ressalte-se que, com a posituação da boa-fé objetiva tanto no CDC quanto no CC/2002, não há que se falar em antinomias entre seus princípios. Há, isto sim, uma proximidade de princípios entre os dois diplomas legais, no âmbito da teoria contratual, haja vista uma convergência entre os princípios positivados em ambos, como a função social do contrato, o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva.⁷⁸ Tal proximidade principiológica resultou no Enunciado 167 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, 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”.

7.1. Redação do artigo 422 do Código Civil

A boa-fé contratual traduz-se no dever de cada parte agir com respeito e lealdade, não lesando ou frustrando as expectativas do outro. Nesse sentido, o CC/2002 assim dispõe em

⁷⁷ Alguns artigos referentes à boa-fé no CC/2002: 113, 128, 164, 167, 187, 242, 286, 307, 309, 422, 523, 686, 689, 765, 814, 878, 896, 925, 1049, 1149, 1201, 1202, 1214 § único, 1217, 1219, 1222, 1228 §4º, 1242, 1243, 1243, 1247 e § único, 1255 e § único, 1258, 1259, 1260, 1261, 1268 e §§1º e 2º, 1270, 1561, 1563, 1741, 1817, 1827 e 1828.

⁷⁸ Para detalhes acerca da convergência ou divergência entre as normas do CDC e CC/2002, vide Cláudia Lima Marques, “Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: o diálogo das fontes”, em Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.

seu artigo 422: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Grande parte da doutrina criticou tal redação, alegando que a mesma foi insuficiente, contemplando a aplicação da boa-fé objetiva apenas na conclusão e execução do contrato, o que gerou o questionamento sobre a possibilidade de sua aplicação nas fases pré e pós-contratual.

Tantos foram os questionamentos, que tal artigo foi objeto de estudo por parte de especialistas nas Jornadas I e III de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, resultando na elaboração de enunciados acerca do tema.⁷⁹

As críticas existem desde que o projeto do Código Civil se encontrava em tramitação. Em seu artigo intitulado “O princípio da boa-fé nos contratos”, Antônio Junqueira de Azevedo, em 1999, teceu comentários ao então artigo 421 do projeto do Código Civil, no qual se encontrava presente a cláusula geral de boa-fé nos contratos (atual artigo 422 do Código Civil). Apontou o autor três razões da insuficiência do artigo:

Uma delas é que não sabemos se representa uma norma cogente ou se é uma norma dispositiva [...]. Segunda insuficiência: o art. 421 se limita ao período que vai da conclusão do contrato até sua execução [...]. A terceira insuficiência é na fase pós-contratual, porque se está dito “boa-fé na conclusão” e “na execução”, nada está dito sobre aquilo que se passa depois do contrato. (AZEVEDO, 1999, p. 41).

Em seu ponto de vista,

o artigo está insuficiente, pois só fala em conclusão – o momento em que se faz o contrato – e execução. Não fala nada do que está para depois, nem do que estava antes. Finalmente, ainda a propósito das insuficiências, o artigo trata apenas da execução, no momento final, e muitas vezes o caso na verdade não chega a ser de execução, mesmo que dilatemos a expressão “execução”. (AZEVEDO, 1999, p. 42).

Apesar de a redação do artigo não ser suficientemente clara a ponto de contemplar expressamente as fases pré e pós-contratual, a maioria dos doutrinadores entendem que não há óbice à sua utilização em todas as fases contratuais, pois a boa-fé objetiva se faz presente por

⁷⁹ Enunciado 25: Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

Enunciado 170: Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato. Disponíveis em <http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm>.

ser uma regra de conduta ética e haveria de se irradiar por toda a relação contratual. A seguir serão apresentadas algumas opiniões acerca do assunto.

Tem-se em Caio Mário da Silva Pereira, que

Esqueceu-se o legislador de incluir expressamente na fórmula do art.422 os períodos pré e pós-contratual, dentro dos quais o princípio da boa-fé tem importância fundamental para a criação de deveres jurídicos para as partes, diante da inexistência nessas fases de prestação a ser cumprida. Essa omissão não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedente e posterior ao contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas no seu espírito. (PEREIRA, 2005, p. 20).

Nesse mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa (2005, p.2) considera que o princípio da boa-fé contratual caracteriza-se como o dever das partes de agir corretamente antes, durante e depois do contrato (regra de conduta). Para tal autor, a boa-fé objetiva é fator basilar de interpretação nas tratativas, na execução e na fase posterior do “rescaldo” do contrato já cumprido, pois mesmo após o cumprimento de um contrato podem restar efeitos residuais (a chamada responsabilidade pré-obrigacional).

Para Maurício Jorge Mota (2001), o princípio da boa-fé objetiva constitui um processo, e deve ser observado nas várias fases das relações contratuais: da pré à pós-contratual. A pós-eficácia de deveres anexos ao contrato – advinda da função integrativa da boa-fé objetiva – é possível, caso se entenda a obrigação como um processo cuja vocação é o adimplemento e no qual as partes se incumbem de cumprir deveres impostos com vistas a um resultado positivo do contrato.

Segundo Éster Lopes Peixoto (2003), baseada nos ensinamentos de Judith Martins-Costa, imputa-se às partes responsabilidade pré-negocial com o objetivo de se firmar convicção na realização do contrato e de se impedir a burla de interesses legítimos da outra parte. Confiança despertada e expectativa legítima é o que se tutela nesta fase. Já em relação à responsabilidade pós-contratual, é possível imputá-la em função do descumprimento de deveres que impeçam a realização do contrato.

De acordo com Álvaro Villaça Azevedo (2003), não somente o Código Civil brasileiro, como também os códigos civis alemão, italiano e português, não trataram da boa-fé objetiva de forma completa, abrangendo, além das tratativas iniciais, a conclusão, a execução e também sua pós-eficácia. O autor ressalta que o Código Civil italiano superou tal deficiência com seu artigo 1366, que estabelece a interpretação do contrato segundo a boa-fé aplicável a todas as fases contratuais, inclusive a pós-contratual.

Utilizando o mesmo raciocínio, o citado autor entende que no atual Código Civil brasileiro, o artigo 113 elide qualquer intento de descumprimento de deveres de lealdade entre as partes, mesmo após a extinção contratual. Em tal artigo, inserido na parte geral do Código, tem-se que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. (AZEVEDO, 2003, P.13).

Para Cláudia Lima Marques, como resultado do princípio da boa-fé objetiva na formação e execução das obrigações, ocorreu uma modificação, na maneira de se entender a relação contratual, de estática para dinâmica. (MARQUES, 2004, p. 182). Assim, concebe-se o contrato como um “processo em que há um começo, prosseguimento, meio e fim” (AZEVEDO, 1999, p.41). São deveres de conduta ordenados logicamente para o cumprimento de uma finalidade que

É a realização dos interesses legítimos das partes [...]; realização do objetivo do contrato e o posterior desaparecimento da relação [...]. Trata-se de um processo que se desenvolve no tempo [...] irradiando uma série de efeitos jurídicos [...] durante a sua realização, antes mesmo dessa e após. (MARQUES, 2004, p. 183).

Tal visão dinâmica de contrato permite observar que, desde as tratativas até o momento posterior à sua conclusão, nascem direitos e deveres resultantes da obrigação principal. De fato, não há sentido algum no fato de o contratante se portar de maneira desleal nas tratativas e após a execução contratual, respeitando apenas as etapas de conclusão e execução.

A positivação do princípio da boa-fé objetiva na parte geral dos contratos reafirma sua aplicação sobre o sistema contratual do novo Código Civil. Apesar de não haver menção expressa no artigo 422 acerca da boa-fé objetiva em todas as etapas da contratação, ela se faz presente por ser uma regra de conduta ética, havendo de se irradiar por todo o período que envolve o contrato: fase pré-negocial, conclusão e execução e, por fim a fase pós-contratual. Tal conclusão baseia-se na visão da obrigação como processo.⁸⁰

Além desse fundamento, não estando expresso no CC/2002 que a boa-fé se aplica às fases pré e pós-contratuais, qual é o fundamento jurídico para essa interpretação ampliativa do artigo 422?

Como já exposto, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, o Código Civil deve ser interpretado consoante a nova ordem constitucional, que tem por princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

⁸⁰ Vide tópico “A obrigação como processo”.

Segundo Teresa Negreiros,

O impacto que a invocação da boa-fé tem sobre a forma de se conceber a aplicação-realização do Direito é referenciado a uma interpretação constitucionalizada do direito contratual, segundo a qual, também nas relações patrimoniais, impera o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, neste domínio consubstanciado no imperativo da solidariedade contratual. (NEGREIROS, 1998, p.9)

O princípio da dignidade da pessoa humana reorienta as relações patrimoniais, influenciando nos contratos, que não interessam mais apenas às partes. Ele possui uma função social, não podendo haver nele nenhum tipo de injustiça, é um espaço em que deve haver cooperação e solidariedade, contribuindo para o desenvolvimento da pessoa humana. É o que ensina Teresa Negreiros, baseada nos ensinamentos de Lorenzetti:

A novidade está, precisamente, na tentativa de entrever na incidência do princípio da boa-fé a impreterível conformação do direito contratual aos princípios constitucionais, uma vez que o contrato deixa de ser considerado como um “instrumento economicamente neutro”, porquanto “seus efeitos transcendem a ‘privacidade’ das partes”, devendo ser, por isso, diretamente informado pelo “quadro axiológico do direito civil-constitucional”. (LORENZETTI, Ricardo Luiz. Analisis Crítico de la Autonomia Privada Contractual. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, abril-junho de 1995, p 10-11 *apud* NEGREIROS, 1998, p. 190).

Assim, a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional por ser decorrente dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, funcionando como um instrumento jurídico eficaz para que se estabeleça a justiça e o equilíbrio nas relações contratuais. Tem por finalidade implementar o equilíbrio nas relações contratuais, com a redução das desigualdades e imposição de novos deveres jurídicos, se necessário. Teresa Negreiros (1998) conclui que a incidência da boa-fé objetiva sobre as obrigações determina a valorização da dignidade da pessoa humana em substituição à autonomia do indivíduo, ao encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação, solidariedade entre as partes e desenvolvimento da personalidade humana.

Mediante o exposto, não há que se falar na aplicação do princípio apenas na formação e execução do contrato, uma vez que os contratantes têm deveres gerais de conduta desde o primeiro contato. Não estão eles autorizados, por não estar positivado no Código Civil, a agir de forma contrária à boa-fé ou de forma desleal, senão estariam desrespeitando os princípios constitucionais estabelecidos.

Consta do Projeto de Lei nº. 6.960/02, de autoria do deputado Ricardo Fiúza, proposta para alterar o artigo 422, 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 das exigências da razão e da equidade”.

Ora, não há necessidade, no momento atual, de tal alteração, haja vista que a boa-fé objetiva é uma cláusula geral e, consubstanciada no entendimento da obrigação como um processo, permeado por diversas fases, entende-se que a conduta do contratante há de ser leal e correta desde o primeiro contato. Quando da apresentação do projeto, poder-se-ia justificar tal redação, uma vez que não se tinha ainda a dimensão que alcançaria o artigo 422, cuja aplicação já se encontra consolidada doutrinaria e jurisprudencialmente em todas as fases contratuais, desde as tratativas até após o adimplemento, em sua pós-eficácia.

8. CONSEQUÊNCIAS PELA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: O DEVER DE INDENIZAR

A não-observância do princípio da boa-fé objetiva e suas funções pode resultar em anulação, modificação ou resolução do contrato, e, concomitantemente, no dever de indenizar, o que antes era inimaginável.

Ressalte-se que, dentre as consequências da violação do princípio da boa-fé, a modificação ou revisão contratual é a mais apropriada, tendo em vista a função social e o princípio da conservação do contrato. Da boa-fé não decorrerá somente a anulação ou resolução contratual. O princípio da boa-fé objetiva visa atender às legítimas expectativas dos contratantes, significando que a anulação ou resolução contratual pode não ser a melhor saída – o que mais interessa ao contratante é conservar o contrato e, para tanto, caberia sua revisão.

O princípio da boa-fé objetiva é um conceito que somente adquire conteúdo no caso concreto, não é possível *a priori* apresentar uma relação exaustiva das consequências de sua violação.

Consoante Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2008), como hipóteses mais frequentes no caso de descumprimento do princípio da boa-fé, têm-se: a declaração de invalidade de uma cláusula contratual específica; a modificação equitativa de uma cláusula contratual; a determinação para que o sujeito adote um comportamento, seja a imposição de obrigação de fazer, a rescisão contratual justificada ou a determinação da manutenção do contrato; a condenação ao pagamento de uma indenização; por fim, a consideração dos efeitos jurídicos do negócio, mesmo que este tenha sido anulado ou a consideração de efeitos típicos do contrato, ainda que o contrato não exista.

Concomitantemente às hipóteses apresentadas acima, caberá sempre o dever de indenização por parte daquele contratante que frustrou a legítima expectativa e a confiança geradas na contraparte.

De acordo com Noronha (2002), a violação do dever de agir em conformidade com a boa-fé objetiva pode ocorrer nos âmbitos pré, supra ou pós-contratual, gerando uma obrigação de responsabilidade civil e chegando a justificar a extinção de obrigações com a resolução de contratos.

A frustração da finalidade contratual ou sua impossibilidade econômica podem ensejar a extinção do contrato por violar o princípio da boa-fé. Contudo, não é todo e qualquer

inadimplemento que irá gerar a resolução contratual, apenas aquele que, devido a sua gravidade, invalide o contrato.

A boa-fé objetiva permeia todas as fases da relação contratual, e de sua ruptura, em qualquer uma delas, advém a responsabilidade civil. Se a ruptura ocorrer na fase pré-contratual, justifica-se a aplicação do princípio por já existirem, entre as pessoas dispostas a contratar, deveres de correção de comportamento de uma em relação à outra. Na pós-contratual, a boa-fé também exige deveres anexos, como os de sigilo, colaboração e informação.

A seguir será analisada cada fase da relação contratual e o conseqüente dever de indenização decorrente da violação dos deveres anexos criados pela boa-fé objetiva.

8.1. Responsabilidade pré-contratual

Segundo Luiz Edson Fachin (2000), à liberdade privada de contratar liga-se o sentido de responsabilidade uma vez que os contratos, especialmente os mais importantes do ponto de vista jurídico e os onerosos, geralmente são precedidos de um período no qual as partes trocam idéias, discutem acerca das cláusulas contratuais e de outros aspectos que possam influenciar o contrato, de forma a obterem o máximo de condições favoráveis na contratação.

Os atos praticados nesse período caracterizam as chamadas tratativas ou negociações preliminares, que ocorrem na fase pré-contratual e se constituem de atos sucessivos praticados antes que os interessados concluam o contrato.

Não há que se confundir a responsabilidade pré-contratual com a decorrente da violação do contrato preliminar, uma vez que este, assim como o contrato principal, é negócio jurídico e seu inadimplemento gera responsabilidade contratual.

Na fase pré-contratual, em que as partes simplesmente estabelecem tratativas ou negociações preliminares com a finalidade de concluir um negócio, ainda não há um vínculo contratual. Mas, independentemente da existência de um contrato, é a partir desse contato que as partes devem pautar-se com lealdade, de acordo com a conduta imposta pela boa-fé.

Tutela-se, com a responsabilidade pré-contratual, a confiança do contratante de que o outro proceda segundo a boa-fé, atendendo às legítimas expectativas que foram criadas. Não decorre tal responsabilização do rompimento contratual, pois o contrato ainda não foi celebrado e não se pode obrigar um contratante a fazê-lo. Decorre, isto sim, do rompimento

das negociações sem uma justificativa razoável, de uma conduta contrária ao princípio da boa-fé. Inviabilizando-se o negócio pelo descumprimento de deveres anexos, configura-se direito à indenização.

Para Luiz Edson Fachin (2000, p. 117), “defende-se a idéia segundo a qual, fundada na relevância jurídica da confiança, a obrigação de indenizar independe da prova magistral da existência de vínculo contratual formal, desde que suficientemente evidenciada a violação do interesse negativo”.⁸¹ Assim como o contrato, a expressão do consentimento durante as negociações preliminares não exige forma específica: a exteriorização da vontade de concluir o contrato pode ser escrita ou não, expressa ou tácita.

Pontes de Miranda, segundo Martins-Costa (2000, p. 507), foi o primeiro jurista brasileiro a “situar a fonte dos deveres pré-contratuais na *tutela da confiança*, a ser concretamente averiguada segundo *os usos do tráfico jurídico*”. Não se referia Pontes de Miranda diretamente à boa-fé. Ele a tangenciava quando situava a fonte da relação jurídica estabelecida entre os possíveis contratantes nos seguintes deveres: verdade, ou esclarecimento, atenção (aos interesses alheios), comunicação, explicação e conservação. Tais deveres “nascem da necessidade de confiança, no tráfico”. (MARTINS-COSTA, 2000, p.507 e 508).

Em 1861, vieram à tona estudos desenvolvidos por Rudolf Von Jhering acerca da culpa *in contrahendo*, ou teoria da responsabilidade pré-contratual, segundo o qual não imputar responsabilidade por danos e custos advindos de contratos nulos conduziria a situações de injustiça. Antônio Menezes Cordeiro (2007, p.530) leciona que a culpa *in contrahendo* para Jhering “é um instituto de responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade no contrato, uma das partes, que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indenizar a outra pelo interesse contratual negativo”. Constata-se aqui a diferenciação de Jhering entre interesse positivo e interesse negativo do contrato. O interesse positivo está relacionado à conclusão do contrato, e o negativo ao interesse pela não-realização das despesas e outros custos devidos pela preparação e celebração do contrato.

Jhering não apresentou, consoante Antônio Menezes Cordeiro (2007, p.532), uma fundamentação clara e unitária da culpa *in contrahendo*, mas apenas um pré-entendimento

⁸¹ Segundo o referido autor, a confiança na formação contratual “pode mostrar-se numa configuração jurídica de dupla possibilidade. De um lado, a conclusão do contrato por comportamento concludente, cujo rompimento unilateral afeta o interesse contratual positivo de adimplemento mediante a quebra do dever jurídico. De outra parte, ainda mais importante, a violação da confiança pode atingir o interesse negativo da boa-fé, gerando em ambas as hipóteses efeitos jurídicos, especialmente indenização, compreendendo danos emergentes e lucros cessantes”. (FACHIN, 2000, p. 116)

assegurando “para o problema, além de uma nominação universal e persistente, um âmbito juscientífico no qual é sempre possível encontrar ideias novas”.

Outros autores retomaram a *culpa in contrahendo* após Jhering, o qual deu apenas explicações negociais para o tema. Em outra linha, surgiram teses legais acerca da matéria, como violação de deveres pré-contratuais impostos por lei. A imputação direta da *culpa in contrahendo* à lei foi feita desde o início, sendo que Jhering deixara essa via em aberto. Leonhard, que retomou os estudos do tema, apesar de se orientar por parâmetros negociais, utilizou o recurso à analogia de uma série de disposições legais. Von Tuhr, Hildebrandt, Heldrich e Kruse foram os que assumiram o fundamento legal da *culpa in contrahendo*, mas, como assevera Antônio Menezes Cordeiro (2007), a temática exige quadros renovados, e a explicação da mesma com base em soluções negociais ou legais tem pouca relevância científica.

Surgem assim a partir de 1911 na jurisprudência, principalmente alemã, as decisões baseadas na *culpa in contrahendo* fundamentadas na boa-fé, concretizando seus deveres anexos. Antônio Menezes Cordeiro (2007) divide em grupos várias decisões, de acordo com os deveres a serem observados. No primeiro grupo, destaca-se o dever de proteção existente na fase pré-contratual, ou preliminar, do qual o primeiro exemplo foi o caso RG 7-Dez-1911, chamado caso do linóleo. Pretendendo adquirir um tapete de linóleo, a autora da ação judicial dirigiu-se ao setor de linóleos juntamente com um empregado. Por negligência deste, ela e a criança que a acompanhava saíram feridas ao serem atingidas por dois rolos que caíram por não estarem adequadamente acondicionados nas prateleiras. O entendimento em que se baseou a decisão do RG foi que as partes estavam em uma situação preparatória em que se visava um efeito contratual, como em uma relação negocial. Em tal relação, também deveria ser observada a idéia de deveres de cuidado com a vida e a propriedade do parceiro, comum aos vínculos contratuais e negociais, e tais deveres foram violados.

Por esse caso consagrou-se o dever de proteção. Há uma expansão contínua na jurisprudência no sentido de que basta que as partes, ou uma delas, se disponham a começar uma negociação para que esteja presente tal dever. “Os valores patrimoniais são, também, protegidos. Por fim, a tutela *in contrahendo* veio a abranger terceiros, ligados, de algum modo, na ocasião pré-negocial, a alguma das partes e acabou por obrigar os próprios co-contratantes entre si.” (CORDEIRO, 2007, p. 548).

Em um segundo grupo de decisões, os deveres a serem observados são os de esclarecimento a cargo da parte em negociação, sendo que a conclusão do contrato baseado em falsas informações ou em informações deficientes implica o dever de indenizar por culpa

na formação dos contratos. Por fim, o terceiro grupo de decisões baseia-se no dever de lealdade entre as futuras partes no contrato, como é o caso de abandono injustificado das negociações.⁸²

Pelo exposto, o entendimento da *culpa in contrahendo* fundamentada na boa-fé reúne todas as condições para regular o tráfego negocial, pois a situação de confiança criada por uma das partes e aceita pela outra corresponde a uma maneira correta de constituir negócios jurídicos.

A jurisprudência brasileira vinha decidindo acerca da responsabilização decorrente do rompimento injustificado durante as negociações preliminares, antes mesmo da positivação da boa-fé objetiva como princípio das relações contratuais.

Anteriormente ao advento do novo Código Civil, já existiam, na jurisprudência brasileira, julgados em que foi imputada a responsabilidade civil por ruptura na fase preliminar das negociações, dentre eles, o conhecido “caso dos tomates”,⁸³ o primeiro a ser reconhecido pela jurisprudência com fundamento no princípio da boa-fé objetiva. O relator proferiu seu voto baseando-se no dever de indenização àqueles que confiaram lealmente em procedimento anterior e sofreram prejuízos, ficando demonstrada a quebra da legítima expectativa dos contratantes.

O “caso dos tomates” é um exemplo clássico que trata da *culpa in contrahendo* numa situação em que ocorreu uma ruptura injustificada das tratativas, aliada às expectativas de realização do negócio criadas pela parte. Segundo Martins-Costa (2000, p. 473), “é um verdadeiro *leading case*, alocado na contracorrente do formalismo e que perspectiva, legitimamente, a construção do sistema aberto”.

O julgado, extraído da obra de Martins-Costa (2000), é o seguinte: agricultor de Canguçu, no Rio Grande do Sul, plantava tomates com sementes entregues pela Companhia Industrial de Conservas Alimentícias (Cica), a qual adquiria a produção para industrialização. Ocorre que na safra de 87/88, a Cica não adquiriu a produção, gerando prejuízos ao agricultor. A empresa alegou que não havia assumido compromisso com os produtores, apenas doava sementes para eles – mediante nota fiscal –, sendo que o autor da ação não fazia parte daqueles que as recebiam.

⁸² As decisões judiciais acerca dessa ampliação dos deveres de proteção são apresentadas na obra de Menezes de Cordeiro, *Da Boa fé no Direito Civil*, p. 548 e seguintes.

⁸³ Conforme nota de rodapé 226, Martins-Costa (2000). Ap.cível nº 591028295, Canguçu, TJRS, 5ª Câmara, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. em 06/06/1991, por maioria, publicado in RJTJRS 154/378.

Em primeiro grau a ação foi julgada procedente, fundamentando-se no argumento de que a prática reiterada do fornecimento ensejou a formação de “uma teia de trabalhadores, proprietários de caminhão, que transportavam o produto, e agricultores, que mantinham expectativas do negócio”. (MARTINS-COSTA, 2000, p.474). Em segundo grau de jurisdição, solveu-se a questão baseando-se no princípio da boa-fé objetiva, afirmando que há dever da pré-contratante de não fraudar expectativas legitimamente criadas, conforme parte da fundamentação do voto do relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Decorre do princípio da boa-fé objetiva, aceito pelo nosso ordenamento (Clóvis do Couto e Silva, Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, p. 61), o dever de lealdade durante as tratativas e a consequente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa de celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumir a avença. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 474).

Ainda para fundamentação da decisão, o voto do relator utilizou-se das lições de Mário Júlio de Almeida Costa, que assim ensina:

“Entende-se que, durante as fases anteriores à celebração do contrato – quer dizer, na fase negociatória e na fase decisória –, o comportamento dos contraentes terá que pautar-se pelos cânones da lealdade e da probidade. De modo mais concreto: apontam-se aos negociadores certos deveres recíprocos, como, por exemplo, o de comunicar à outra parte a causa da invalidade do negócio e, ao lado de tais deveres, ainda, em determinados casos, o de contratar ou prosseguir as negociações iniciadas com vistas à celebração de um acto jurídico. *Através da responsabilidade pré-contratual tutela-se diretamente a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à sua validade e eficácia, mas também quanto à sua futura celebração.* Convém salientar, porém, que o alcance teleológico desta disciplina *ultrapassa a mera consideração de interesses particulares em causa.* Avulta, com especial evidência, *a preocupação da defesa dos valores sociais da segurança e da facilidade do comércio jurídico*” (Direito das obrigações, 4. ed., p. 201-202). (grifo no original). (COSTA *apud* MARTINS-COSTA, 2000, p. 475).

Após explanação do caso, eis o acórdão:

Contrato. Tratativas. *Culpa in contrahendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando o prejuízo do agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provedimento, em parte, do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação.⁸⁴

⁸⁴ Conforme nota de rodapé 226, p. 473 de A boa-fé no direito privado, de Judith Martins-Costa: AP Cível 591028295, Cangucu, TJRGS, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 06.06.1991, por

Mediante o exposto, a frustração da legítima expectativa gerou à Cica o dever de indenizar os agricultores por não ter se pautado de acordo com o princípio da boa-fé, em seus deveres anexos, como os deveres de cooperação, de informação e esclarecimento.⁸⁵

No entendimento de Judith Martins-Costa, para se caracterizar a responsabilidade pré-negocial, é necessária a existência de negociações anteriores a um contrato, a prática de atos tendentes a despertar a legítima confiança de conclusão do contrato, a efetiva confiança da parte, a existência de danos decorrentes da quebra dessa confiança por se infringir deveres jurídicos que a tutelam e, por fim, no caso de ruptura das negociações, que a ruptura tenha sido injusta ou injustificada. Presentes os requisitos, configura-se a responsabilidade pré-negocial.

Decorrente da violação do princípio da boa-fé objetiva é a responsabilidade de indenizar, que, segundo Fachin (2000), há que incluir as perdas (prejuízos, despesas e reembolso) e lucros cessantes, seja ela contratual ou extracontratual. Tal posicionamento também é defendido por Antônio Chaves, Darcy Bessone, Almeida Costa e Récio Eduardo Cappelari. Nesse sentido, segundo Antônio Chaves, “o que se deve indenizar, quando exista tal obrigação, é o dano total, e não só o ‘*lucrum cessans*’ ou o ‘*damnum emergens*’, há que convir que aos poucos terá que ir se alargando o reconhecimento do âmbito do lucro cessante em matéria de responsabilidade pré-contratual”. (CHAVES *apud* FACHIN, 2000, p.144). Também para Bessone, “além do reembolso das despesas, pagar-lhe-á o correspondente aos lucros que houver deixado de auferir. (BESSONE *apud* FACHIN, 2000, p. 143).

8.2. Responsabilidade contratual

O artigo 422 do CC/02 exige a presença da boa-fé na conclusão e execução do contrato. Nesta fase, posterior à formação contratual, também se exige das partes o

maioria, publicado no RJTJRGs 154/378. Após Embargos Infringentes, prevaleceu a tese vencedora na apelação, rejeitando-se os embargos por maioria.

⁸⁵ A título de exemplo, veja julgados do STF selecionados por Luiz Edson Fachin, em seu artigo “O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial”, em *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, como a indenização do prejuízo sofrido pela violação do interesse negativo (Recurso Extraordinário 43.951) ou em vista ou na esperança do contrato definitivo (RE 21.931 e 26.820). Vide outros julgados no respectivo artigo.

comportamento honesto, o dever de colaborar e agir com lealdade com vistas ao adimplemento de forma satisfatória para os contratantes.

A regra geral, no caso de inadimplemento da obrigação principal de dar, restituir, fazer e não fazer, está no artigo 389 do Código Civil, que assim dispõe: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. (BRASIL, 2005, p.206)

Mas, e no caso dos deveres acessórios, na sua função integrativa, como os de proteção, esclarecimento e lealdade classificados por Antônio Menezes Cordeiro (2007), caberia indenização ou reparação por seu descumprimento? A resposta é afirmativa. Independentemente de se dar antes, após ou durante a vigência do contrato, a boa-fé objetiva há de ser observada, justificada pela legítima expectativa que gerou na parte. O fundamento jurídico para condenar a parte que se portou de maneira desleal durante a execução do contrato é o citado artigo 422 do Código Civil.

A relação jurídica é um processo no qual se fazem presentes obrigações principais, secundárias e laterais, que, uma vez descumpridas, darão ensejo à indenização.

O “caso Zeca Pagodinho” ilustra bem o dever das partes de agir segundo a boa-fé no sentido de atender às legítimas expectativas do *alter* no vínculo contratual. Nele, a boa-fé se fez presente não como um conceito vago de ordem ética, e sim como um elemento de identificação da função social efetivamente perseguida pelo contrato. Esta é consoante, Martins-Costa (2000), outra faceta da boa-fé objetiva que permite ver a relação obrigacional como um processo polarizado pela sua finalidade. Na execução contratual, a parte tem que se comportar segundo a boa-fé e seus deveres.

O chamado “caso Zeca Pagodinho”, que ficou conhecido em todo o país, envolveu duas conhecidas marcas de cerveja e levou às searas jurídicas a apreciação da conduta do cantor, considerada contrária à boa-fé objetiva como norma de comportamento.

Em 21 de agosto de 2003, Zeca Pagodinho (Jessé Gomes da Silva Filho) foi contratado pela agência de publicidade Fischer América, em nome da cervejaria Schincariol, para fazer um comercial da empresa vinculando sua imagem à cerveja Nova Schin. O contrato, que tinha validade de um ano e cláusula de exclusividade, ainda estava em vigor quando Zeca Pagodinho aparece estrelando uma propaganda produzida pela agência de publicidade África para a concorrente Brahma, na qual fazia alusões negativas à Nova Schin.

A campanha da Nova Schin, com Zeca Pagodinho e outros atores, foi ao ar naquele mesmo ano. Na propaganda, um consumidor experimenta a cerveja, e o cantor também o faz,

ao coro de “experimental”. Não passou muito tempo e a Brahma estreou seu comercial surpresa com Zeca Pagodinho estrelando e cantando o seguinte refrão: "Fui provar *outro* sabor, eu sei. Mas não largo meu amor, voltei", numa clara referência à cerveja da Schincariol, com a qual o cantor ainda mantinha um contrato de exclusividade.

O comportamento de Zeca Pagodinho foi contrário a tudo até aqui exposto sobre a boa-fé objetiva, que se pauta na conduta leal entre as partes, no respeito e no atendimento das legítimas expectativas no *alter*. No caso, teria o cantor a obrigação de “não fazer”: apesar de já cumprida a obrigação principal, ainda permanecia o dever anexo de contribuir para que a Schincariol atingisse suas legítimas expectativas, no sentido de realização do contrato e na obtenção de todos os frutos financeiros posteriores à exibição da campanha publicitária durante a vigência do contrato. Ainda que na pós-eficácia das obrigações, a conduta de “não fazer” também era devida.

No caso, a empresa Schincariol ajuizou ação de indenização por danos morais,⁸⁶ materiais e à imagem baseada na cláusula penal constante no contrato, e não no princípio da boa-fé objetiva, que rege as relações contratuais e está positivado no CC/2002, em seu artigo 422.

Na sentença do juiz da 36ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, proferida em 11 de dezembro de 2006 pelo juiz Renato Acácio de Azevedo Borsanelli, tem-se que “é certo que não é o valor do contrato que obriga as partes, mas sim o caráter e a boa-fé de seus intervenientes. [...] O contrato foi subscrito pelas partes em plena vigência do novo Código Civil, de sorte que deveriam os Réus observar o disposto no artigo 422 da referida lei federal, pautando-se pela boa-fé e pela probidade.”⁸⁷

Zeca Pagodinho também ajuizou ação contra a agência de publicidade e a empresa fabricante de cerveja,⁸⁸ alegando ofensa à sua honra e imagem pela utilização de um sócio seu em outra propaganda, além de quebra de contrato. Os representantes da empresa alegaram falta de boa-fé e desrespeito aos princípios norteados pelo direito, principalmente os relativos aos contratos, apontando, desse modo, a falta de ética do autor da ação. O pedido foi julgado improcedente por ter sido o próprio autor que deu causa à rescisão contratual.

⁸⁶ Várias são as ações judiciais relativas ao caso, que envolve, além do cantor, duas empresas de publicidade e duas fabricantes de cerveja, e cada qual ajuizou uma ação. O referido processo tramita na 36ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, sob os números 04.109.435-2 e 04.027.913-8, sendo as partes Schincariol em face de ZGS Produções Artística e Jessé Gomes da Silva Filho (Zeca Pagodinho).

⁸⁷ O valor do contrato foi de R\$600.000,00, tendo sido condenado o cantor a pagar o valor de R\$930.000,00 a título de danos morais e o mesmo valor a título de danos materiais.

⁸⁸ Os processos 04.046.251-7, 04.027.488-8 se referem ao pedido de rescisão contratual e de indenização proposta por Jessé Gomes da Silva Filho (Zeca Pagodinho) em face de Schincariol e Fischer América.

Atentando-se para a classificação dos deveres anexos de proteção, de esclarecimento e de lealdade, poder-se-ia enquadrar o caso nos deveres de proteção e de colaboração. Como já se afirmou no capítulo referente às funções da boa-fé objetiva, o dever de colaboração obriga as partes a se absterem de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar a jogo das prestações por elas consignado. Não somente deveres de abstenção, mas também deveres de atuação. Durante a vigência de um contrato, há deveres como a não-concorrência, a não-celebração de contratos incompatíveis e o sigilo, por exemplo. Tais deveres são decorrentes da boa-fé, e não do contrato. Já os deveres de proteção são aqueles em que as partes devem evitar danos mútuos a suas pessoas ou a seus patrimônios, enquanto perdurar o fenômeno contratual.

A ponderação de Antônio Menezes Cordeiro encaixa-se perfeitamente no caso em análise.

os deveres acessórios de proteção nada têm a ver com a regulação contratual e com a sua execução fiel pelas partes. Visam, na verdade, obstar a que, na ocasião do efetivar das prestações e dadas as possibilidades reais de agressão e ingerência provocadas por essa conjectura, as partes venham a infligir danos mútuos. A relação com o contrato, caso exista e seja ela qual for, não explica nem orienta esses deveres: eles radicam em níveis diversos da ordem jurídica, profundos sem dúvida, mas alheios à autonomia privada.[...] Os deveres acessórios de lealdade acompanham a particularidade de seus congêneres. A 'lealdade' em jogo transcende o respeito pelo contrato; corporiza, antes, parâmetros diversos do sistema que afloram a pretexto do contrato. (CORDEIRO, 2007, p.616)

Interessantes os questionamentos de Tereza Negreiros (2006, p. 247) acerca do caso: se “não houvesse sido pactuada uma cláusula de exclusividade entre o cantor e a primeira agência que o contratara, seria ainda assim exigível, com base na boa-fé, que Zeca Pagodinho se abstivesse de realizar anúncios em favor da cervejaria rival? Será compatível com os deveres decorrentes da boa-fé realizar anúncios que fazem alusão óbvia, embora implícita, à marca rival e que na seqüência imediata da campanha anterior têm o efeito de a desmerecer?”. Eis sua conclusão, a qual coaduna com o ponto de vista aqui apresentado:

Mas, ainda assim, parece-nos que as circunstâncias do caso, em especial a proximidade temporal entre as duas campanhas e o propósito específico da segunda campanha de tornar a primeira inútil, autorizariam a considerar rompidos os deveres instrumentais que decorrem da boa-fé e que, como visto, sobrevivem ao adimplemento da obrigação principal. Ou seja, mesmo que não houvesse sido expressamente celebrada uma cláusula de exclusividade, Zeca Pagodinho permaneceria, não obstante, obrigado a não participar de campanhas que anulassem o proveito econômico legitimamente perseguido pela sua primeira contraparte contratual.

De acordo com Martins-Costa, a boa-fé objetiva possui três características. A primeira delas é a existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica. A segunda são os deveres de comportamento exigidos do cidadão. A terceira é o estado de confiança gerado nas partes, é a legítima expectativa de estabilidade e segurança do negócio jurídico. O contratante tem a expectativa de que a outra parte cumpra o contrato.

Isto posto, mesmo enquanto vigente a relação contratual, o descumprimento dos deveres anexos decorrentes da boa-fé implica responsabilização da parte responsável através de indenização. A boa-fé também age restringindo ou impedindo o exercício de certos direitos, limitando a atuação da parte tendo em vista a realização da finalidade contratual, mesmo que não previsto expressamente em nenhuma cláusula do contrato.

8.3. Responsabilidade pós-contratual

“A *culpa post pactum finitum* corresponde à projecção simétrica da *culpa in contrahendo* no período pós-contratual.” (CORDEIRO, 2007, p.625). São deveres pós-contratuais de boa-fé, ou deveres *post pactum finitum*, aqueles subsistentes após o término do contrato e que implicam indenização, caso sejam violados.

Assim como os deveres acessórios decorrentes da boa-fé, também a *culpa post pactum finitum* surgiu da busca de soluções para casos concretos. É o que preceitua Antônio Menezes Cordeiro (2007, p.626): “No que se viu ser regra na formação de institutos jurídicos baseados na boa fé, a *culpa post pactum finitum* derivou não de locubrações teóricas centradas em postulados axiomáticos centrais, mas sim da necessidade de solucionar questões periféricas.”

De acordo com Antônio Menezes Cordeiro (2007), surgiu a pós-eficácia da necessidade de solucionar questões relativas aos contratos, tendo sido reduzida à dogmática posteriormente à sua consagração. Foi após a Segunda Grande Guerra que a *culpa post pactum finitum* floresceu, tendo por base os estudos de Kull, Christensen e Kreyenberg. No Brasil, segundo Maurício Jorge Mota (2001), a obra pioneira foi de Clóvis do Couto e Silva, além de outros artigos doutrinários.

O instituto da pós-eficácia das obrigações veio a ser reconhecido pela jurisprudência alemã da década de 20, quando se decidiu que, depois de consumada uma cessão de créditos, o cedente continuaria com a obrigação de não tolher a posição do cessionário (26/09/1925). Em seguida, decidiu-se também que terminado um contrato de edição, o titular do direito de

publicação ficaria obrigado a não fazer novas edições, antes de esgotadas as edições anteriores (03/02/1926).

Das manifestações jurídicas que permanecem após a extinção da obrigação, todas têm sido consideradas *culpa post pactum finitum*. Antônio Menezes Cordeiro (2007), observando tal fato, faz a diferenciação entre as espécies de pós-eficácia, a saber: pós-eficácia aparente, virtual, continuada e em sentido estrito.

A pós-eficácia aparente ocorre quando a lei associa expressamente certos deveres a serem observados após a extinção da obrigação. A pós-eficácia virtual é aquela em que já vêm expressos ou definidos desde o início, em uma situação jurídica complexa, os deveres a serem observados após a extinção contratual. A pós-eficácia continuada é aquela em que subsistem deveres secundários mesmo após a extinção do dever principal, o que se dá também em situações complexas. Por fim, a pós-eficácia em sentido estrito é a verdadeira pós-eficácia decorrente da boa-fé, em sua função de criação de deveres anexos.

Distinguindo os tipos de pós-eficácia, Maurício Mota Jorge (2001) utiliza situações que caracterizam cada um deles. Como exemplo de pós-eficácia aparente, ele cita o dever dos herdeiros de avisar o mandante da morte do mandatário, além do dever de continuar os negócios pendentes até que possa o mandante atuar. Para ilustrar a pós-eficácia virtual, ele reporta ao dever do advogado de devolver documentos e papéis recebidos de seu cliente, após a finalização da lide (é a prestação secundária pós-eficaz). A pós-eficácia continuada é ilustrada com o caso do banqueiro que vende seu banco e permanece com o dever de não montar outro estabelecimento na mesma área por determinado período contratual. Por fim, ele exemplifica a pós-eficácia *stricto sensu*, que é decorrente da boa-fé em sua função de criação de deveres anexos, com os deveres de reserva quanto ao contrato cumprido, de segredo dos fatos conhecidos em função da participação na relação contratual e de garantia da fruição pela contraparte do resultado do contrato concluído.

Através da pós-eficácia decorrente da boa-fé é possível desenvolver a teoria da *culpa post pactum finitum*. Foi através de pesquisa jurisprudencial acerca da pós-eficácia das obrigações que se chegou à conclusão da subsistência de deveres de proteção, informação e lealdade após a extinção da relação obrigacional.

Em relação aos deveres de proteção, continuam as partes obrigadas a não provocarem danos umas às outras, seja nas pessoas, seja em seus patrimônios. Quanto aos deveres de informação às partes antigas de um contrato, permanece a obrigação de informar. E, por fim, quanto aos deveres de lealdade, depois de findada a relação obrigacional, não se pode adotar atitude que frustre o objetivo da mesma ou implique diminuição de vantagens.

Vários são os exemplos de deveres da pós-eficácia decorrentes da boa-fé. Antônio Menezes Cordeiro (2007) cita alguns, como explicar o funcionamento de uma máquina após vendê-la, prevenir acerca de perigos provenientes do bem vendido, fornecer peças sobressalentes, velar pela assistência técnica da coisa vendida, não fazer concorrência e manter sigilo.

O referido autor chama atenção para o paralelismo existente entre os deveres de proteção, informação e lealdade e a *culpa in contrahendo*. Mas esclarece que há diferenças, entre eles, haja vista que a base jurídica não é a mesma e que há deveres específicos relacionados à extinção da obrigação, como o de não fazer concorrência ou prestar assistência técnica.

O que se quer proteger é a confiança das legítimas expectativas e a materialidade da situação após a extinção da obrigação contratual, não se podendo frustrar o objetivo contratual a pretexto da extinção da obrigação, como é o caso paradigmático ocorrido no Brasil, que será apresentado a seguir. Nesse caso, as legítimas expectativas dos autores da ação foram frustradas pelos réus. É o que ensina Antônio Menezes Cordeiro ao afirmar que

a confiança requer a proteção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na sua celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos intervenientes. A materialidade das situações exige que a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspectiva de correspondência literal com o acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvaziam de conteúdo. (CORDEIRO, 2007, p. 630).

No Brasil, ocorreu um caso paradigmático do entendimento da pós-eficácia das obrigações, citado por Maurício Jorge Mota (2001, p. 207-215), no qual se defrontaram como advogados Rui Barbosa e J. X. Carvalho de Mendonça. Trata-se de um acordo negocial, realizado em 09/09/1907 entre o Conde Álvaro Penteado e os industriais Jorge Street, Ildefonso Dutra e Alexandre Leslie, que tinha por objeto fundir três fábricas (Santana, São João e Santa Luzia) em uma sociedade anônima (Companhia de Tecidos de Juta). Passado um ano, o Conde funda uma nova fábrica com o mesmo ramo industrial e no mesmo bairro onde funcionava a antiga fábrica Santana, que era de sua propriedade. Mediante o fato, a Companhia Nacional de Tecidos Juta intenta ação pelo foro federal de São Paulo contra o Conde e a sua nova Companhia, argumentando que esta tinha por objetivo fazer concorrência aos produtos daquela. Pediam restituição de valores correspondentes à estimativa da posição e freguesia da fábrica Santana e perdas e danos, além de juros de mora.

Em primeira instância perdeu a autora, com o argumento de que a freguesia não havia sido objeto de escritura pela adquirente ou pela perícia, ao avaliar os bens da fábrica. Em apelação no Supremo Tribunal Federal, a Companhia de Tecidos de Juta obteve provimento. Dentre os argumentos, havia o fato de que o Conde, ao estabelecer idêntico negócio no mesmo raio de ação da nova companhia, quebrou a obrigação a que estava adstrito, devendo compor perdas e danos. O acórdão foi embargado, sendo acatado pelo Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de não haver no contrato compromisso expresso de cessão de clientela, decisão que triunfou.

Na decisão de tal caso, não se compreendeu a obrigação como uma totalidade informada pela idéia de boa-fé, apesar de já estar positivada no Código Comercial de 1850 a cláusula geral de boa-fé. Predominava o dogma da autonomia da vontade. O Conde descumpriu seu dever de omitir qualquer conduta que poderia despojar ou reduzir as vantagens oferecidas pelo contrato.

Caso mais recente, a ementa abaixo trata da aplicação do princípio da boa-fé objetiva após a extinção do contrato e exemplifica o dever anexo de lealdade, no sentido de não criar empecilhos ou frustrar a expectativa da parte. Eis o assunto:

1. Compra e venda de imóvel. - Inadimplemento do vendedor. - Indenização. Venda do imóvel a terceiro. - Devolução do preço pago. - Ameaça de morte feita pelo comprador ao vendedor. Visando a expulsão do lugar. Efeitos. - Resolução. Cabimento. *Culpa post pactum finitum*. 2. Contrato. - Princípio da boa-fé. - Aplicação. - Disposições doutrinárias. - Inadimplemento. Culpa de uma das partes. 3. Sucumbência. Ônus. Exigibilidade. Suspensão. Direito civil. Contratos. Direito civil. Obrigações. Processo civil

O vendedor, após a venda do imóvel, ameaça de morte o comprador com o objetivo de expulsá-lo do local e vender o mesmo imóvel a terceiro comprador. Uma vez concluído o negócio, não deveria o vendedor agir de forma contrária à boa-fé e impossibilitar o comprador de usufruir o bem adquirido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou inadimplemento do vendedor, decidindo pela resolução do contrato e condenando-o a devolver o preço pago e ainda indenizar o comprador pelas perdas e danos.

EMENTA: Compra e venda. Resolução. *Culpa post pactum finitum*. O vendedor que imediatamente após a venda torna inviável a compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e a escorraçando do lugar, para aproveitar-se disso e vender a casa para outrem, descumpra uma obrigação secundária do contrato e dá motivo a resolução. Princípio da boa-fé. Preliminar de nulidade rejeitada. Apelo provido em parte, apenas para suspender exigibilidade dos ônus da sucumbência. (Apelação Cível nº 588042580, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 16/08/1988).

Assim, o dever de lealdade exigido pela boa-fé também se aplica após o término da relação contratual, quando se faz necessária a omissão de qualquer conduta mediante a qual a outra parte se veja despojada ou tenha essencialmente reduzida a vantagem oferecida pelo contrato. (MOTA, 2001, p. 204).

É necessário, mediante o exposto, entender a “sobrevivência” de deveres anexos de condutas decorrentes do princípio da boa-fé objetiva traduzindo a confiança e as legítimas expectativas geradas de que o negócio será realizado e surtirá os efeitos desejados, mesmo após o adimplemento da obrigação principal, caso em que, violados tais deveres, estará caracterizado o ato ilícito e gerado o dever de indenizar.

8.4. Posicionamento jurisprudencial

Como já vem sendo exposto, do descumprimento do princípio da boa-fé objetiva e de suas funções, especialmente a de norma criadora de deveres jurídicos, decorre o dever de indenizar, o qual será avaliado no caso concreto e de acordo com a cláusula geral de boa-fé.

Caberá ao juiz, portanto, em sua função de interpretar o contrato, ultrapassar a averiguação da real intenção das partes e, de acordo com a boa-fé objetiva, questionar qual é a conduta leal e honesta de acordo com os padrões culturais do lugar e do tempo de sua celebração. É tal padrão de comportamento que permite valorar casos concretos, e não a intenção da parte. É a partir dele que serão decididas as questões que implicarão em indenização à parte que teve frustrada sua legítima expectativa.

Portanto, o magistrado exerce, diante de uma teoria contratual baseada na boa-fé objetiva, papel de fundamental importância, não podendo o mesmo permitir que um contrato atinja um fim oposto ao que seria razoável, ou que beneficie apenas uma das partes.

Ao observar um desvio de conduta não condizente com a boa-fé objetiva, tem o mesmo liberdade de apreciar o caso concreto utilizando-se dessa cláusula geral para solucionar as mais variadas questões que surgirem, o que condiz com o atual estágio das relações contratuais, em que as situações são complexas e não há legislação específica para cada caso.

De acordo com Clóvis do Couto e Silva,

A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, “janelas para o ético”. Nesta conciliação, a atividade do juiz exerce tarefa de importância. Seu arbítrio, no entanto, na aplicação do princípio da boa-fé, não é subjetivo, pois que limitado pelos demais princípios jurídicos, os quais, igualmente, tem de aplicar. (SILVA, 2006, p. 42).

Isto posto, e após este adendo em relação ao papel fundamental do juiz na concretização do princípio da boa-fé objetiva, serão apresentadas algumas decisões selecionadas apenas com o intuito de se demonstrar a jurisprudência que se vem formando acerca do tema, seja através de indenização, revisão ou rescisão contratual.

No julgado selecionado a seguir, a parte que fez nascer legítimas expectativas no contratante foi condenada a indenizar a outra parte contratante pela frustração na não-concretização do contrato.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PROMESSA IRRETRATÁVEL DE COMPRA E VENDA – ENTREGA DE CHEQUES – SURGIMENTO DE LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS NA PROMITENTE VENDEDORA – BOA-FÉ OBJETIVA – ARTS. 113 E 422, DO CCB/2002 – CONFIANÇA – RÉU – SUSTAÇÃO DOS TÍTULOS – DESLEALDADE – REPARAÇÃO DO PREJUÍZO MATERIAL CAUSADO – PEDIDO PROCEDENTE – APELO PROVIDO.

Para que se condene alguém ao pagamento de indenização, seja por dano moral, seja pelo de caráter material, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexó de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. **O Código Civil de 2002, especialmente por meio de seus arts. 113 e 422, positivou orientações doutrinárias e jurisprudenciais que já vinham se firmando no país há considerável tempo, consolidando a boa-fé objetiva como princípio e dever de conduta regente de todo o ordenamento jurídico, especialmente no campo contratual, norteador a conduta das partes antes e durante a contratação, como também no decorrer de sua execução.** Restando demonstrado que o réu, ao firmar promessa de compra e venda irrevogável com a autora, entregando-lhe três cheques em pagamento do valor do imóvel, **fez nascer nesta fundadas expectativas de que o contrato seria devidamente executado**, levando-a a crer que poderia assumir obrigações junto a terceiros, a serem quitadas com o valor que confiava receber, deve ser o requerido condenado a reparar o prejuízo causado à requerente, em virtude do desfazimento das avenças que esta firmou junto à terceiro, decorrente da falta de pagamento. (Apelação Cível nº 1.0433.05.155440-3/001(1), 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Eduardo Marine da Cunha. j. 15.02.2005). (grifo nosso)

Outro julgado selecionado refere-se a revisão de contrato de financiamento para aquisição de casa própria, que foi apreciado com base no princípio da boa-fé objetiva.

EMENTA: DIREITO ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR. REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE CASA PRÓPRIA. CONTEÚDO CONTRATUAL QUE VIOLA O DIREITO FUNDAMENTAL À HABITAÇÃO E O PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA. FUNÇÃO SOCIAL DO JUIZ. O contrato de compra e venda com financiamento e garantia hipotecária tem como finalidade principal concretizar o direito fundamental à

habitação. Assim, toda cláusula contratual, que dificultar ou inviabilizar o alcance daquela finalidade maior do contrato, deve ser, de ofício, declarada nula pelo Poder Judiciário, porquanto estará em confronto com o próprio objeto do contrato, sendo, pois, notadamente, uma cláusula abusiva. Há muito, que os contratos de financiamento para aquisição da casa própria tornaram-se um verdadeiro tormento para os mutuários e uma fonte de grandes vantagens econômicas e financeiras para os mutuantes. Raro encontrar algum contrato de financiamento que permita ao mutuário quitar seu débito. Quase sempre o débito é impagável. Tudo porque os encargos contratuais impostos aos mutuários tornam o pagamento da dívida uma condição excessivamente onerosa para o mutuário. **Todo direito subjetivo é limitado pela boa-fé objetiva. Fora ou contra a boa-fé objetiva não existe amparo a nenhum direito subjetivo. A boa-fé objetiva, quando desrespeitada, enseja a intervenção do Poder Judiciário, pois, na correta observação do Min. Ruy Rosado Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, nos contratos, o primado não é mais da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior que o de outros.**

(Apelação Cível nº 1.0702.01.021852-8/001(1), 5ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Maria Elza j. 20.10.2005). (grifo nosso)

O próximo julgado trata do pedido de rescisão contratual de venda de ponto comercial por impossibilidade de regularização do alvará de funcionamento do imóvel, fato já sabido pelos vendedores e não informado aos compradores, dentre outros pedidos. Utilizou-se a relatora, ao considerar o inadimplemento culposos dos vendedores, os ensinamentos de Maria Helena Diniz, que, em sua obra “Código Civil Anotado”, 10 ed., em referência ao artigo 422, salienta, dentre outros aspectos, que “em virtude do princípio da boa-fé objetiva, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa”. Eis a ementa:

COMERCIAL. PEDIDO DE RESCISÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE PONTO COMERCIAL. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. BOA-FÉ OBJETIVA. ARRAS.

I - Em contrato de alienação de ponto comercial cabe aos vendedores informar aos compradores a situação de impossibilidade de regularização do alvará de funcionamento do imóvel, condição essencial do contrato, **sob pena de violação ao princípio da boa-fé objetiva que orienta a formação, a concretização e a execução dos contratos.**

II - Havendo dúvida sobre qual o tipo de arras foi estipulado no contrato, a doutrina e a jurisprudência orientam interpretá-las como arras confirmatórias, razão pela qual, na rescisão por culpa dos vendedores, a devolução do sinal não é dobrada.

III - Apelação provida.

(Apelação Cível nº 20020110073243 (Ac. 210414), 4ª Turma Cível do TJDF, Rel. Vera Andrighi. j. 03.02.2005, unânime, DJU 07.04.2005). Referência Legislativa: Leg. Fed. Lei 10406/2002 - Novo Código Civil Art. 418. (JURIS PLENUM, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 94, maio/jun. 2007. 2 CD-ROM.) (grifo nosso)

O julgado seguinte refere-se a uma apelação cível interposta pela ré contra sentença proferida em 1º grau que, na ação de rescisão contratual c/c restituição e danos morais e materiais, julgou parcialmente procedente os pedidos aduzidos na inicial, dentre eles a

restituição integral dos valores pagos pelo autor, em cumprimento do contrato de compra e venda de imóvel, cuja rescisão se deu por culpa exclusiva da apelante que, inclusive, afrontou o princípio da boa-fé objetiva.

O autor firmou com a ré promessa de compra e venda de imóvel, sendo que o mesmo não foi cumprido em razão de embargo das obras por inobservância das normas legais, o que causou atraso na entrega do imóvel. Alegou a ré excludente de responsabilidade – força maior – em virtude das fiscalizações dos órgãos públicos, que suspenderam o andamento das obras e, também, atraso freqüente na entrega de materiais por parte dos fornecedores.

Pediu a ré, dentre outros pedidos, a reforma da sentença de primeiro grau, que a condenou a devolver integralmente as parcelas pagas pelo autor.

Em sua decisão o relator demonstrou o cumprimento por parte do autor de suas obrigações, argumentando “que os negócios jurídicos devem ser interpretados levando-se em conta a probidade, a boa-fé e lealdade entre as partes”. Citou ainda, ao fundamentar sua decisão, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que assim comentam: “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida com a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

Por tais motivos, resultou evidente inadimplemento da ré, que adotou comportamento de flagrante deslealdade contratual e foi condenada a restituir ao autor a integralidade das parcelas por ele desembolsadas, conforme ementa a seguir:

ACÇÃO RESCISÓRIA - CONTRATO PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - FORÇA MAIOR NÃO CONFIGURADA - RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS PAGAS - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - APLICAÇÃO DO ART. 21 DO CPC - APELAÇÃO ADESIVA - RECURSO NÃO CONTRAPOSTO.

Não há se falar em motivo de força maior capaz de excluir a responsabilidade da construtora, em razão do embargo das obras por inobservância das normas legais, o que culminou por ocasionar o atraso na entrega do imóvel, mormente se tal fato já era do seu conhecimento ao firmar o contrato de promessa de compra e venda. **É devida a restituição integral das parcelas desembolsadas** em face do inadimplemento injustificado da construtora que não promoveu a entrega do imóvel objeto do litígio na data aprazada, não havendo se cogitar, ante as circunstâncias que evidenciam a vulneração do princípio da boa-fé objetiva, da cláusula contratual que estabelece a retenção se o promitente vendedor tornou-se inadimplente. *Os negócios jurídicos devem ser interpretados levando-se em conta a probidade, a boa-fé e a lealdade entre as partes, consoante dispõem os arts. 113 e 422, do Código Civil.* As verbas sucumbenciais devem ser divididas na medida da vitória e derrota de cada ocupante dos pólos da demanda. "(...) O recurso adesivo, forma acessória de irresignação, está subordinado aos limites do inconformismo da apelação principal, não podendo a matéria nele discutida extrapolar o âmbito da matéria suscitada no principal, sob pena de não ser conhecido".

(Apelação Cível nº 440.372-1, 1ª Câmara Cível do TAMG, Belo Horizonte, Rel. Tarcísio Martins Costa. j. 15.02.2005, unânime). (JURIS PLENUM, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 94, maio/jun. 2007. 2 CD-ROM.) (grifo nosso)

Dentre os julgados apresentados a seguir, tem-se no primeiro caso a anulação contratual em função de violação ao princípio da boa fé objetiva por conhecimento prévio pelos vendedores de situação impeditiva de utilização no objeto contratual. Faltou o vendedor com os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva de lealdade e de informação. No segundo julgado faltou o promitente-devedor com o dever de informação imposto pela boa-fé objetiva e, em virtude disto, ocorreu a rescisão contratual.

RESILIÇÃO DE CONTRATO. SITUAÇÃO IMPEDITIVA DE UTILIZAÇÃO NO OBJETO CONTRATUAL. CONHECIMENTO ANTERIOR PELOS CONTRATANTES. **VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA**. NULIDADE CONTRATUAL. HONORÁRIOS INCIDENTES SOBRE A CONDENAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL.

Deve ser anulado o contrato e venda de empreendimento cuja inviabilidade ante o município era previamente conhecida pelos vendedores. Cabível a indenização pelos danos sofridos pelos compradores ante o embargo obstativo de funcionamento da empresa objeto do contrato.

(Apelação Cível nº 1590-0/2000 (12.516), 4ª Câmara Cível do TJBA, Rel. Des. Paulo Furtado. j. 24.08.2005, unânime). (JURIS PLENUM, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 94, maio/jun. 2007. 2 CD-ROM.)(grifo nosso)

CIVIL. CONTRATO PARTICULAR. RESCISÃO.

A promessa de compra e venda por instrumento particular em que o promitente vendedor afirma a inexistência de ônus ou dívidas pendentes sobre os imóveis objetos dos negócios jurídicos se mostra viciada se posteriormente fica provada a existência de hipotecas e de débitos fiscais. O vício na manifestação de vontade do promitente comprador que desconhecia os gravames **autoriza a rescisão do contrato em que o promitente vendedor não se houve com a necessária boa-fé objetiva, pois falhou no dever de informar.**

Recurso desprovido.

(Apelação Cível nº 2005.001.19886, 17ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Henrique de Andrade Figueira. j. 31.08.2005). (JURIS PLENUM, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 94, maio/jun. 2007. 2 CD-ROM.) (grifo nosso)

Tais exemplos são suficientes para demonstrar o posicionamento já consolidado da jurisprudência acerca da normatividade do princípio da boa-fé objetiva como norma criadora de deveres anexos e também de sua aplicação nas fases pré e pós contratuais, independentemente de sua positivação no CC/2002.

9. CONCLUSÃO

Ao se iniciar o estudo do tema boa-fé objetiva, detectou-se a necessidade de um levantamento minucioso acerca de sua evolução histórica, haja vista ser um instituto que gerou, à época de sua positivação no Código Civil brasileiro de 2002, muitos debates jurídicos em função de sua pouca aplicação no âmbito civil, apesar de já positivado no ordenamento jurídico brasileiro no Código de Defesa do Consumidor.

Nesses termos, após discorrer de forma geral sobre os princípios informadores da teoria contratual, passou-se a sua evolução histórica na tentativa de se justificar o fato de que, em cada momento da história, a boa-fé assumiu uma conotação diferente. Sua tortuosa evolução histórica confirmou a afirmativa de que a boa-fé não opera como um conceito comum: como criação do direito, reflete a doutrina e valores vigentes em cada época.

Em seguida, procurou-se estabelecer a diferença entre os conceitos boa-fé subjetiva e objetiva; apresentar a boa-fé objetiva e suas funções, com especial atenção para sua função de norma criadora de deveres jurídicos; explicitar o entendimento da obrigação como processo e a técnica legislativa de cláusulas gerais; situar a positivação do princípio no ordenamento jurídico brasileiro e comentar a redação do artigo 422 do novo Código Civil; por fim, buscou-se analisar as conseqüências advindas da não-observância do deveres anexos impostos pela boa-fé, cujo questionamento foi levantado durante o desenvolvimento da presente dissertação.

Assim, quais são as conseqüências advindas da não-observância dos deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva, positivada no artigo 422 do Código Civil? E ainda: tendo sido insuficiente a redação do referido artigo, que contempla a aplicação da boa-fé objetiva apenas na conclusão e execução do contrato, é possível sua aplicação nas fases pré e pós-contratuais?

Como resposta, tem-se que a não-observância dos deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva pode resultar em indenização concomitantemente com a anulação, modificação ou resolução do contrato. E, entendendo-se o contrato como um processo constituído de várias fases em que os contratantes buscam a consecução dos fins pactuados, concluiu-se ser possível a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas tratativas preliminares e após sua execução.

A doutrina e a jurisprudência têm sanado a falha na redação do artigo 422, seja através de decisões, seja através da produção de estudos doutrinários. A positivação do princípio da boa-fé objetiva na parte geral dos contratos reafirma sua aplicação sobre a relação contratual como um todo.

O presente estudo teve por objetivo demonstrar o quão importante é o princípio da boa-fé objetiva e suas funções, em especial a integrativa, que impõe deveres anexos aos contratantes independentemente de sua vontade, reduzindo sua esfera de atuação privada.

A boa-fé objetiva é um instrumento jurídico eficaz no estabelecimento da justiça e equilíbrio contratual, reduzindo as desigualdades e impondo novos deveres jurídicos. Tem papel importante no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pelo pluralismo e pela garantia de iguais liberdades a todos.

Impõe-se aos julgadores o desafio de aplicar o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais de forma fundamentada e equilibrada, sem incorrer no risco da banalização do mesmo e possibilitando a concretude do princípio constitucional da solidariedade e da tutela da igual dignidade dos contratantes, ao impedir que a atuação de um dos contratantes restrinja a liberdade do outro.

Os julgadores não devem ater-se à letra do negócio jurídico, e sim ao comportamento das partes, que devem agir com lealdade e transparência, garantindo o equilíbrio contratual e a ordem econômica, uma vez que o contrato não produz efeitos apenas *inter partes*, mas se reflete em toda a sociedade.

Deve o julgador equacionar os interesses individuais e o interesse social, observando o princípio da autonomia privada, mas que se encontra limitado pelos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato.

O ressurgimento do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento brasileiro coaduna com o paradigma do Estado em que vivemos, que prima pela proteção e promoção da personalidade humana e busca alcançar os objetivos propostos na Constituição Federal de construir uma sociedade livre, justa e solidária. A concretude de tais objetivos passa pelo princípio da boa-fé objetiva, no sentido de que este estabelece normas de condutas a serem observadas pelos contratantes, garantindo relações contratuais mais justas, igualitárias e solidárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14^a. ed. rev., corr. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 852p.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil** – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução: Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, c1985. Livro V, p.91-111. Título original: Ethikon Nikomacheion.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Ano 51, n.308, p.7-25, jun.2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. **Revista CEJ**, Brasília, v.3, n.9, p.40-44, set./dez.1999.

BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 92, n.808, p.741-752, fev.2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 28 Nov. 2008.

BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º jan. 1916. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm> Acesso em 08 Jan 2009.

BRASIL, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: BRASIL. **Códigos Civil Comercial Processo Civil e Constituição Federal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 165-426.

CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p.367-385.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno** – por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil português**. Coimbra: Almedina, 2005, p-741-779.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, 1406 p. (Coleção Teses)

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008, 432p.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson.(Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 115-149.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006, 453p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**. Teoria Geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, 683p.

FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira. **A função social do contrato no Estado Democrático de Direito**. 2005.149 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores.). **Direito Civil** – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23-59.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 10ª ed. Rev., at. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 1112 p.

FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades II** - Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.253-265.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, 336p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. Vol. IV. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2005, 359p.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 523p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In : FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores.). **Direito Civil** – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 93-114.

JURIS PLENUM, Caxias do Sul: **Plenum**, v. 1, n. 94, maio/jun. 2007. 2 CD-ROM.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução: Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, 522p. Título original: *Römisches Privatrecht*.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.55-76.

LIMA, Taunier C. Malheiros. **A relação contratual privada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2006. 179 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. In : FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil** – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 241-258.

LIMA, Taisa Maria Macena de. A nova contratualidade na reconstrução do Direito Privado nacional. **Virtuajus**. Belo Horizonte, ano 3, n.1, jul.2004. Disponível em < http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20ONA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf>
Acesso em: 22 Maio 2007

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Ano 11, v.42, p.187-195, abr./jun.2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In : FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil – atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 613p. Título original: *Las normas fundamentales de Derecho Privado*.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4.ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 1109p.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 113p.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado – Sistema e tópica no processo obrigacional**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 544p.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, vol.V, t. I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1-109.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil-constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p163-186.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p187-241.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson.(Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 172-210.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno

Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades II** - Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.229-251.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Negócio Jurídico e Voluntarismo. In: **Relacionalidade e autonomia privada**. O princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Cap.3, p.54-71.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, 296 p.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 544 p.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.221-253.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, 249p.

NORONHA, Fernando. O princípio da boa-fé contratual e a superação das súmulas 621-STF e 84-STJ. **Informativo INCIJUR**, Brasília, Ano IV, n.40, p.4-7, nov.2002.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. O princípio da boa-fé e a execução contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 90, n.794, p. 56-75, dez.2001.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p17-54.

PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé no Direito Civil brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Ano 12, n.45, p.140-171, jan./mar.2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: vol. III: contratos: declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 12ª ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 604 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. rev. e ampl. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 369p. Título original: *Profili del diritto civile*.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson.(Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>> Acesso em: 17 jul. 2007.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 6, n.54, fev.2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>> Acesso em: 19 jul. 2007.

REALE, Miguel. **Um artigo-chave do Código Civil**. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>> Acesso em: 17 jul. 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: vol. 3: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 29ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, 432p.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, 222p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. O microssistema do biodireito. In : FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil** – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 185-195.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito dos contratos**: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 166p.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, 176p.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p77-109.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3120>> Acesso em: 08 Jan. 2009.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato** – Doutrina e jurisprudência. São Paulo: LTR, 2008, 198 p.

TABORDA, Maren Guimarães. A jurisprudência clássica romana e a construção de um direito negocial fundado na fides. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, RS, v.34, n.91 , p.5-36, maio/ago.2001.

TARTUCE, Flávio. A realidade contratual à luz do novo Código Civil . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 190, 12 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4389>> Acesso em: 25 Nov. 2008.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório** (venire contra factum proprium non potest). Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/TARTUCE-AMENDOINS.rev.doc>> Acesso em 15 Dez. 2007

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-16.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In : FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil** – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-130.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1999, 214p.

VENOSA, Silvio de Salvo. A boa-fé contratual no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svbofe.html>> Acesso em 10 de julho de 2005

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado moderno**. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, 768 p. Título original: *Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonderes Berücksichtigung der deutschen entwicklung*.