



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RN – FARN
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

FARN

KENNEDY LAFAIETE FERNANDES DIÓGENES

A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

NATAL/RN

2004

KENNEDY LAFAIETE FERNANDES DIÓGENES

A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Ciências Jurídicas na Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN, sob orientação dos Professores Fabiano André de Souza Mendonça e Kaleb Campos Freire.

NATAL/RN

2004

RB-28.874

FARN
BIBLIOTECA
Nº Reg M000511
13 / 04 / 07

M

347.51

D622b

2004

ex. 03

Catálogo na Publicação – Biblioteca da FARN

Setor de Processos Técnicos

DIÓGENES, Kennedy Lafaiete Fernandes

A Boa-fé objetiva no Direito Brasileiro./Kennedy Lafaiete Fernandes Diógenes.
Natal:FARN, 2004.
84 p.

Orientadores: Fabiano André de Souza Mendonça
Kaleb Campos Freire

Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas) – Faculdade Natalense para o
Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Boa-fé no direito – Monografia 2. Direito Cível – Monografia 3. Responsabilidade Civil
Objetiva - Monografia
I. Título

RN/FARN/BC

CDU 347-51

Dedicatória

Às mulheres de minha vida:
Raquel, minha amada esposa e
eterna incentivadora; Rayani e
Rhanna, queridas filhas e presentes
divinos; Francisca, mãe adorada e
porto seguro; e, Alzira, inestimável
irmã e incansável colaboradora.

AGRADECIMENTOS

À Deus, Pai eterno infinitamente bom e justo, ao Mestre amado Jesus Cristo, fonte de luz, amor e inspiração, e ao meu Anjo da Guarda, mandatário divino, que jamais me desampara.

SUMÁRIO

RESUMO	06
INTRODUÇÃO	07
1. ESCORÇO HISTÓRICO	10
1.1 – A FORMAÇÃO DO ESTADO.....	10
1.2 – O CONTRATO E A BOA-FÉ NAS LEGISLAÇÕES ANTIGAS	11
1.3 – O CONTRATO E A BOA-FÉ NA IDADE MÉDIA	16
1.4 – O CONTRATO E A BOA-FÉ NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	20
1.5 – A ORIGEM DA BOA-FÉ NORMATIVA NO BRASIL	22
1.6 – PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	28
2. DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	30
2.1 – ATO JURÍDICO E NEGÓCIO JURÍDICO	30
2.2 – CONCEITUAÇÃO DE BOA-FÉ.....	31
2.2.1 – BOA-FÉ SUBJETIVA	31
2.2.2 – BOA-FÉ OBJETIVA	33
2.3 – O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	36
2.4 – O NOVO CÓDIGO CIVIL	38
2.5 – DIREITO ADMINISTRATIVO E BOA-FÉ.....	45
3. A APLICABILIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA	49
3.1 – AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA	50
3.1.1 – FUNÇÃO INTERPRETATIVA E INTEGRATIVA	51
3.1.2 – FUNÇÃO GERADORA DE DEVERES JURÍDICOS.....	52
3.1.3 – FUNÇÃO LIMITADORA DE EXERCÍCIOS DE DIREITOS	54
3.2 – A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	55
3.2.1 – CONCEITUAÇÃO	56

3.2.2 – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA X OBJETIVA.....	56
3.2.3 – TEORIA DO RISCO E ATIVIDADE NORMALMENTE DESENVOLVIDA	59
3.2.4 – DAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	62
3.3 – CASUÍSTICAS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS	64
3.3.1 – AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS	65
3.3.2 – AS RELAÇÕES JURÍDICAS NA ESFERA CÍVEL.....	70
3.3.3 – RELAÇÕES JURÍDICAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA	73
3.4 – A PROBLEMÁTICA DA APLICABILIDADE JURISDICIONAL DA BOA-FÉ OBJETIVA	75
 CONCLUSÃO	 79
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 82

RESUMO

Este trabalho, fruto oriundo da conclusão do Curso de Ciências Jurídicas desta Faculdade, possui como escopo, sem pretensão de esgotar o assunto, a abordagem dos aspectos da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro, tais quais suas funções, o embasamento legal, enfatizando a incidência deste princípio nas relações jurídicas administrativas, civilistas e consumeristas.

Para tanto, buscou-se a reminiscência histórica do pensamento jusnaturalista, tendo, como ponto de partida, breves comentários acerca da formação do Estado, com base no Contrato Social, e a reverberação do recorte temático nas codificações hodiernas, advindas das normas alienígenas antigas e medievais, colimando defender a incidência da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro, tanto na esfera pública quanto na privada, além dos principais meios de aplicação processual.

PALAVRAS-CHAVE

Boa-fé objetiva no Direito. Responsabilidade civil objetiva. Responsabilidade contratual e extracontratual.

INTRODUÇÃO

Kant afirmava em seu livro “Crítica da razão pura”, que tudo o que alguém conceituasse acerca de algo, definiria o que esse algo é para si mesmo, mas jamais reproduziria fielmente o que essa coisa é em si, porque afetado pelos seus próprios valores axiológicos, advindos de costume, cultura, condição social, credo ou raça, além das formas de sensibilidade (tempo e espaço), porque inerentes à condição humana.

Esse trabalho defende, como o pensamento Kantiniano, que a conduta do homem está pautada na aplicação de determinados princípios, que também são inerentes à condição humana, e na forma de relacionar-se um com o outro, onde aduz, como pressuposto lógico, a confiança e lealdade recíprocas, verificando-se, nessa relação, o atendimento ordinário das necessidades ambivalentes.

Dimana, como elemento essencial para a validação dessas relações jurídicas, mitigando o poder volitivo humano, uma conduta paradigma, ou a boa-fé objetiva, sendo esta o permeio do ato lícito praticado por uma parte, entendendo-se como tal a exata conduta desta esperada pela outra, e pela sociedade.

É oportuno salientar que a escolha desse tema possui lastro na efervescência das relações jurídicas mundiais, agravada pelo acirramento comercial entre empresas, disputando a chamada sociedade de consumo, que também se fortalece e se organiza, criando meios de controle eficazes para sua própria proteção.

Além disso, acompanhando à guisa dos doutrinadores pátrios, no sentido de se atribuir uma exegese sistemática à boa-fé objetiva, estendeu-se o princípio para o Direito Público, notadamente no Direito Administrativo, onde reverbera para as demais especialidades desta área.

Entretanto, avulte-se que analisar a boa-fé objetiva não foi tarefa fácil, pois há ainda insuficiente material de pesquisa no Brasil, talvez em função da vigência recente do Código Civil Brasileiro, sendo somente possível pela obra e graça de poucos operadores abnegados

do direito, que se dispuseram a discorrer acerca de tão precioso tema com maestria e diligência, os quais têm seu trabalho reconhecido e valorizado nesse agradecimento especial.

Para tanto, e defendendo o recorte temático da “Boa-fé Objetiva no Direito Brasileiro”, esse labor se encontra, apenas com o fim pedagógico, dividido em três capítulos, como a seguir se vislumbra:

O Capítulo I consigna, *an passant*, um breve esboço histórico, aduzindo a evolução lenta e gradual da boa-fé e dos contratos, desde a formação do Estado, passando pelas legislações antigas, como o Código de Hamurabi, a Lei das XII Tábuas e o Direito Romano, e seu desdobramento na Idade Média, com as contribuições canônicas, germânicas, espanholas, italianas, etc., até os dias atuais, inclusive no Direito Brasileiro, demonstrando, conforme o pensamento jusnaturalista, a confiança e lealdade como essência do progresso social, em patente antagonismo com a livre iniciativa e a desenfreada busca pelo aumento cada vez maior do lucro.

A conceituação do tema é o mérito do Capítulo II, onde se intenciona demonstrar os diversos matizes que incidem na boa-fé objetiva, a diferenciação desse princípio e a boa-fé subjetiva; a ampliação do conceito englobando ato lícito e suas repercussões no Direito de Família, entre outros; a geografia normativa desse princípio, notadamente nos ramos consumeristas, administrativos e civilistas, visando a identificação clara e precisa do fornecimento da efetividade que o Código Comercial de 1850 e a Constituição Federal de 1988 não conseguiram alçar.

Finaliza o escopo com o Capítulo III, onde se aduz o recorte temático em si, abordando suas funções, quais sejam a interpretativa e integrativa, a geradora de deveres jurídicos e a limitadora de exercícios de direitos; a responsabilidade civil, esmiuçando-se na análise da responsabilidade civil objetiva *versus* subjetiva, suas excludentes e a teoria do risco e atividade normalmente desenvolvida; a casuística nas relações jurídicas nas esferas cíveis, de consumo e administrativa; por fim, mas não menos importante, figura a problemática da aplicabilidade da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro, que, em que pese a existência de instrumentos processuais, ainda ser pouco manejada pelos magistrados.

Assim sendo, como corolário dos argumentos utilizados nesses capítulos, anelando muito mais suscitar a discussão no seio da sociedade do que cobrir inteiramente o tema, o presente trabalho conduz à ilação de que a boa-fé objetiva, antes de imbuir um comando normativo expresso na legislação pátria, acompanha a evolução humana como princípio norteador baseado na confiança e lealdade, repercutindo em todas as relações jurídicas, sejam estas consumeristas, civilistas ou administrativas, trazendo à ribalta processual novos conceitos e formas de aplicabilidade, com o fito de se fazer a efetiva justiça. É, essencialmente, como explicita Mateo Jr, a *Cristianização do Direito Brasileiro*.

1. ESCORÇO HISTÓRICO

Torna-se imperativo, para a melhor compreensão dos institutos em foco e análise da questiúncula proposta por este trabalho, quanto à aplicabilidade da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro, levando-se em consideração a aparente antinomia entre os princípios do fim social do contrato e da livre iniciativa, uma abordagem histórica das origens e sua evolução desde os primórdios da humanidade.

1.1 . Formação do Estado

Preambularmente, antes de se tratar de institutos tão basilares do Direito, não se poderia prescindir de discorrer brevemente acerca da formação do próprio Estado.

As diversas teorias da formação do Estado, dentre as quais figuram a patriarcal, matriarcal, familiar, da força, do contrato social, lastreiam-se na fragilidade do ser humano, que, desprovido anatomicamente de garras para se defender, encontrou a solução de sobrevivência na cooperação mútua e união baseada na confiança recíproca.

Platão, citado no livro de Durant¹, ao abordar o problema psicológico do homem em Utopia, concluiu que o comportamento humano deflui de três fontes principais: *desejo, emoção e conhecimento. Desejo, apetite, impulso, instinto são uma coisa só; emoção, espírito, ambição e coragem são uma coisa só; conhecimento, pensamento, intelecto, razão são uma coisa só.*

Portanto, assim como Platão, Santo Agostinho, August Comte, entre outros pensadores de renome, chega-se a um consenso de que a humanidade floresceu impulsionada pelo movimento ininterrupto dessas forças poderosas e inatas, sendo dínamo evolucionista o desejo (ressaltando-se a necessidade de suprir os bens mais básicos para a continuidade de sua existência), e a emoção (ressaltando-se a ambição de dominar o próximo e tudo o que lhe pertencia, demonstrando o quão poderoso era, gozando de admiração e respeito dos seus pares), utilizando-se do conhecimento, força propulsora das duas anteriores.

¹ DURANT, Will. A História da Filosofia. São Paulo: Nova Cultura, 2000. p. 47.

Desse binômio necessidade/ambição, os povos percorreram um longo período de autotutela, onde vencia o mais forte ante a fragilidade do Estado natural, sendo o direito ainda um aspecto meramente cultural-religioso.

Nessa esteira, a origem do Estado, segundo Hobbes, foi motivada pela concentração de poder do mais forte, dimanando um Governo, como o é hodiernamente nos países de terceiro mundo, e um dia o fora no velho mundo, *oligárquico e plutocrata*.

Porém, como expressa Jean-Jacques Rousseau, em seu célebre escrito – O Contrato Social – “o mais forte nunca o é o bastante para ser sempre o amo, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever”.² Então, o homem, acossado pelo mundo hostil, berço natural de óbices gigantescos, e apelando ao sentimento gregário de sua comunidade, elaborou um pacto que solucionasse a problemática de sua conservação, mas mantendo ordenadamente o poder outorgado por todos, anteriormente alcançado pelo mais forte.

Eis, em síntese e de forma simples, mas não simplória, a formação do Estado de Direito, trazido à ribalta pelos pensamentos de Rousseau na Teoria do Contrato Social, que propõe solução para “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação, de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes”.³

É, em suma, uma mitigação da liberdade de cada um, e de seu empenho na animação de um corpo político que o protegerá das intempéries da vida, para que se goze de bem-estar e liberdade, embora que limitada às normas jurídicas gerais e abstratas, germinadas pelos valores axiológicos da sociedade que as imprimiu.

1.2. O Contrato e a Boa-Fé nas Legislações Antigas

A existência do Estado pressupõe a instauração de uma superestrutura, aquela mencionada primeiramente por Rousseau e desenvolvida por Comte, Maquiavel, Montesquie,

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1971. p. 40.

³ Ibidem, pág. 48.

entre outros, que legitimasse o soberano e garantisse o cumprimento de suas leis além do alcance dos seus olhos.

Noticia-se, como uma das primeiras legislações, as elaboradas pelos Reis Ur-Nammu (cerca de 2.050-2.032 A.C.), Lipit-Ishtar (1875-1865 A.C.), e Urukagina, de Lagash⁴, e a consolidação de Hamurabi (1780 A.C), que, em que pese não ser o documento legal reformador mais antigo até hoje conhecido, foi um dos mais importantes, e ora objeto dessa *prima* análise.

Os historiadores informam que em torno de 1780 A.C., Khammu-Rabi, o Rei da Babilônia, com notável senso de administração pública, conduzindo a região a uma prosperidade sem igual, concentrou o poder de governo de várias cidades-estado, estabelecendo o conhecido Código de Hamurabi, aplicado por mais de um mil anos na região Babilônica, tendo como âncora a Lei de Talião, traduzida pelo Professor da Cadeira de Direito Civil desta Faculdade, Dr. Miguel Josino, em suas memoráveis aulas, como sendo “*a relação simétrica odonto-oftálmica*”.

Este código, que se estendeu pela Assíria, Judéia e Grécia, foi escrito em 21 (vinte e uma) colunas, contendo 282 (duzentos e oitenta e duas) cláusulas. Conforme ensina o historiador Jaime Pinsky:

... muitas das provisões do código referem-se às três classes sociais: a do “awelum” (filho do homem, ou seja, a classe mais alta, dos homens livres, que era merecedora de maiores compensações por injúrias - retaliações - mas que por outro lado arcava com as multas mais pesadas por ofensas); no estágio imediatamente inferior, a classe do “mushkenum” (cidadão livre mas de menor status e obrigações mais leves); e por último, a classe do “wardum” (escravo marcado que no entanto, podia ter propriedade).⁵

Entretanto, como o objetivo desse capítulo é a boa-fé nos contratos, o Código de Hamurabi é enriquecedor, pois se tornou insuperável até mesmo pela Lei das XII Tábuas, codificação posterior adiante abordada, ante seu indiscutível caráter negocial, devido ao *modus vivendi* daquele povo, e a necessidade de regulamentação das operações comerciais.

⁴ Código de Hamurabi. Dji. Disponível em <http://www.dji.com.br/romano/codigo_de_hamurabi.htm>. acesso em 06 out.2004.

⁵ PINSKY, Jaime. Código de Hamurabi. Disponível em <<http://www.culturabrasil.pro.br/codigodehamurabi.htm>>. Acesso em 06 out. 2004.

Para se ter idéia, transcreve-se abaixo alguns artigos que tratam acerca de contrato, principal instrumento negocial, destacando as partes que interessam ao presente estudo:

II – CRIMES DE FURTO E DE ROUBO, REIVINDICAÇÃO DE MÓVEIS.

7º - Se alguém, sem testemunhas ou contrato, compra ou recebe em depósito ouro ou prata ou um escravo ou uma escrava, ou um boi ou uma ovelha, ou um asno, ou outra coisa de um filho alheio ou de um escravo, é considerado como um ladrão e morto.

III - DIREITOS E DEVERES DOS OFICIAIS, DOS GREGÁRIOS E DOS VASSALOS EM GERAL, ORGANIZAÇÃO DO BENEFÍCIO

37º - Se alguém compra o campo, o horto e a casa de um oficial, de um gregário, de um vassalo, a sua tábua do contrato de venda é quebrada e ele perde o seu dinheiro; o campo, o horto e a casa voltam ao dono.

IV - LOCAÇÕES E REGIME GERAL DOS FUNDOS RÚSTICOS, MÚTUO, LOCAÇÃO DE CASAS, DAÇÃO EM PAGAMENTO

47º - Se o cultivador, porque no primeiro ano não plantou a sua estância, deu a cultivar o campo, o proprietário não deverá culpá-lo; o seu campo foi cultivado e, pela colheita, ele receberá o trigo segundo o seu contrato.

48º - Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o seu campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.

52º - Se o cultivador não semeou no campo trigo ou sésamo, o seu contrato não fica invalidado.

VII - OBRIGAÇÕES (CONTRATOS DE TRANSPORTE, MÚTUO)

112º - Se alguém está em viagem e confia a um outro prata, ouro, pedras preciosas ou outros bens móveis e os faz transportar por ele e este não conduz ao lugar do destino tudo que deve transportar, mas se apropria deles, dever-se-á convencer esse homem que ele não entregou o que devia transportar e ele deverá dar ao proprietário da expedição cinco vezes o que recebeu.

113º - Se alguém tem para com um outro um crédito de grãos ou dinheiro e, sem ciência do proprietário, tira grãos do armazém ou do celeiro, ele deverá ser convencido em juízo de ter tirado sem ciência do proprietário grãos do armazém ou do celeiro e deverá restituir os grãos que tiver tirado e tudo que ele de qualquer modo deu, é perdido para ele.

114º - Se alguém não tem que exigir grãos e dinheiro de um outro e fez a execução, deverá pagar-lhe um terço de mina por cada execução.

119º - Se alguém tem um débito vencido, e vende por dinheiro a sua escrava que lhe tem dado filhos, o senhor da escrava deverá restituir o dinheiro que o negociante pagou e resgatar a sua escrava.

VIII - CONTRATOS DE DEPÓSITO

120º - Se alguém deposita o seu trigo na casa de outro e no monte de trigo se produz um dano ou o proprietário da casa abre o celeiro e subtrai o trigo ou nega, enfim, que na sua casa tenha sido depositado o trigo, o dono do trigo deverá perante Deus reclamar o seu trigo e o proprietário da casa deverá restituir o trigo que tomou, sem diminuição, ao seu dono.

122º - Se alguém dá em depósito a outro prata, ouro ou outros objetos, deverá mostrar a uma testemunha tudo o que dá, fechar o seu contrato e em seguida consignar em depósito.

124º - Se alguém entrega a outro em depósito prata, ouro ou outros objetos perante testemunhas e aquele o nega, ele deverá ser convencido em juízo e restituir sem diminuição tudo o que negou.

125º - Se alguém dá em depósito os seus bens e aí por infração ou roubo os seus bens se perdem com os do proprietário da casa, o dono desta, que suporta o peso da negligência, deverá indenizar tudo que lhe foi consignado em depósito e que ele deixou perder. Mas, o dono da casa poderá procurar os seus bens perdidos e retomá-los do ladrão. (Grifos Nossos).

Exsurge do Código de Hamurabi, ao tratar do negócio jurídico, duas preocupações básicas do legislador: primeiramente, a necessidade de prova, seja através de contrato ou testemunhas, sendo considerado um criminoso aquele que não houver como provar (I, 7º, CH), e que, atendido o primeiro requisito (da prova), a valorização da boa-fé, em que pese não estar positivada, mas intuída através da não punição pelos danos que não deu causa, ou ações comissivas inocentes (IV, 47 e 48, CH), mas destacando-se o seu oposto, sendo severamente castigado quando a conduta é de manifesta má-fé (VII, 112, 113, 114 e VIII, 120, 124 e 125).

O próximo grande marco legislativo do Direito Antigo se deve a vigência da Lei das XII Tábuas, ora analisada por se tratar de um documento eminentemente republicano, denominado por Tito Lívio como a *fons omnis publici privatique jûris* (fonte de todo o direito público e privado).

O Profº Mário Curtis Giordani⁶, no seu compêndio - Direito Romano - ensina que, segundo a tradição histórica romana do Direito Consuetudinário, os plebeus, insatisfeitos com a interpretação dos costumes pelos pontífices, escolhidos entre os patrícios, e desejosos de verem escritos e divulgados esses mesmos costumes, teriam pleiteado (ano de 462 A.C.), por intermédio do tribuno da plebe *Terentilius Arsa*, a nomeação de uma comissão para efetuar a almejada redação. Após vários anos, em 451 A.C, a assembléia centuriata teria designado uma comissão de dez membros incumbidos de redigir as leis (*decemviri legibus scribundis*), inclusive com a missão de ir a Grécia para estudar a legislação helênica, especialmente a de Sólon.

⁶ GIORDANI, Mário Curtis. Direito Romano. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

Por volta de 450 A.C., teriam sido redigidas dez tábuas, sendo completadas com as duas outras no ano seguinte, formando uma legislação que não se distancia da Lei de Talião, devida às severidades de suas penas, além de trazer em seu bojo forte apelo religioso, demonstrando que o Direito ainda não se distinguia totalmente da religião.

Transmitida oralmente, a Lei das XII Tábuas era periodicamente “reconstituída”, perdendo-se algo da *mens legis* que imbuíu a sua elaboração. Porém, abaixo se verifica o que alguns de seus artigos dispõem acerca dos contratos e da boa-fé:

Tábua II (De judiciis - Das instâncias judiciárias)

IV- Quem procede sem dolo não comete furto.

Tábua VIII (De delictis - Dos delitos)

XIX- Aquele que for infiel num contrato de depósito, deverá pagar uma pena dupla.

XX- Que o patrono que enganar o seu cliente seja devotado aos deuses.⁷ (grifos nossos).

Como dito anteriormente, a Lei das XII Tábuas não superou o Código de Hamurabi no que atine às relações contratuais, ressaltando a boa-fé (inciso IV, Tábua II) e a pena pela conduta de má-fé (incisos XIX e XX, Tábua VIII), reforçando a tese de que aquela é dimanada pelo jusnaturalismo, percebida intuitivamente por todos os povos, em todas as épocas.

Entretanto, o Direito Romano contribuiu e influenciou enormemente várias codificações futuras, principalmente por ter sido um dos primeiros sistemas com o fim de regulamentar as atividades do Estado e do Cidadão, incorporando os novos princípios advindos do Cristianismo, através do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, composto pelo *jus civiles*, *jus gentium*, do *jus honorarium* e da *cognitio extra ordinem*.

Como repara o autor Laerte Marrone de Castro Sampaio, em seu manual – A Boa-Fé Objetiva na Relação Contratual – concernente à obrigação:

De toda sorte, é inegável que os romanos souberam captar a essência da relação obrigacional, ainda mais porque das definições a que se aludem

⁷ Lei das XII Tábuas. Disponível em <<http://www.internext.com.br/valois/pena/451ac.htm>>. Acesso em 07 out.2004.

pode-se extrair os elementos principais da obrigação: partes, prestação e vínculo jurídico⁸.

Estabelecia-se no Direito Romano, ecoando até os dias de hoje, os elementos essenciais do Contrato, como forma de duas ou mais pessoas contraírem prestações obrigacionais e terem um instrumento legal, devidamente reconhecido pelas partes, como uma garantia da execução e contraprestação.

É nesta cultura resplandecente que se noticia o radical etimológico da boa-fé. De acordo com o eminente Prof^o Edílson Nobre, naquela época havia o culto à divindade *Fides*, que correspondia a

... afiançadora da equidade nas estipulações verbais e de seu cumprimento, praticado no Capitólio. (...)

Originariamente, parecera expressar vinculação, designando o ato em virtude do qual alguém se entregava, ou se vinculava, ao poder de outrem. Ao depois, serviu para retratar o motivo justificador da vinculação, equivalendo a 'tenho confiança', ou 'tenho fé', ou 'mereço a fé de alguém'. A esta acepção se ligou a idéia de responsabilidade, refletindo o sentido de cumprir a palavra empenhada, a importar, como diz o autor, 'no sentimento de lealdade contratual, do cumprimento fiel dos convênios acertados, ainda que não fossem exigíveis juridicamente, equivalendo, portanto, a honorabilidade, probidade, garantia, honradez, confiança, fé, tanto a que alguém inspira a seus concidadãos, como a que estes são capazes de inspirar-nos'.⁹

A boa-fé, nesta concepção, e seus efeitos nas relações jurídicas, delimitam o objeto de estudo desse trabalho.

1.3. O Contrato e a Boa-Fé na Idade Média

A Idade Média, principalmente a denominada baixa Idade Média (XI a XV), foi palco de guerras sangrentas, traições, assassinatos nos castelos reais e abusos de toda sorte da Igreja, onde se disputavam os poderes temporais e atemporais, mundanos e divinos, laicos e clericais.

⁸ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A* boa-fé objetiva na relação contratual. Cadernos de Direito Privado; VI/Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: Malone, 2004. p. 04.

⁹ NOBRE JR, Edílson Pereira. O Princípio da Boa-Fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 62.

Note-se que, em detalhado relato acerca das contribuições canônicas às Culturas Jurídicas, Nobre Jr pontua que o crescimento da Igreja Católica e sua contribuição no campo jurídico se deveu pela ingerência clerical nos seguintes assuntos:

a) matérias onde se discutisse obrigação cujo não cumprimento era reputado a pecado; b) existência de privilégio de foro (presença de clérigo como queixoso ou acusado, privilégio universitário, privilégio de judeus, etc.); c) acordo arbitral; d) denuntiatio evangelica, ou seja, a citação perante tribunal eclesiástico, motivada pela intervenção dos padrões valorativos da teologia moral.¹⁰

Quanto às inúmeras disputas, como exemplo, conforme se verifica no compêndio Memória da Justiça Brasileira¹¹, pode-se citar o próprio desenvolvimento da monarquia inglesa. Após a codificação de Alfredo, o Grande, (IX), fortemente marcada pelos princípios religiosos (os dez mandamentos), tornar-se insuficiente no século XII, foi adotada a Commom Law para atender mais a vontade humana. Nessa época, a Inglaterra atravessava um período de acirrada disputa entre Guilherme, o Conquistador, indicado para suceder o trono do Rei Eduardo, o Confessor, e Haroldo, Conde Wessex, preferido dos barões. Guilherme, mais beligerante, tomou o poder e reorganizou o país sobre bases feudais no estilo centro-europeu, iniciando a Commom Law, consolidada por Henrique II, pai do lendário Ricardo Coração de Leão e do fraco João Sem Terra, que, após ter sido derrotado por Felipe Augusto, Rei da França, quando intentava invadir este país, foi forçado pelos Senhores Feudais e Bispos a assinar a Magna Carta de 1215, sendo, para muitos, um marco dos Direitos Humanos, porque garantia direitos fundamentais para seus súditos.

As legislações da época vigiam no sentido de legitimar o poder monárquico advindo de Deus, culminando em um fortalecimento do Estado e centralização política, que possuía, como contrapeso, a própria e riquíssima Igreja, utilizando-se da excomunhão para os soberanos que não lhe rendessem tributos¹².

¹⁰ Ibidem. p. 75.

¹¹ Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Memória da Justiça Brasileira. V-3. TJ-BA/2002. Cap. I

¹² Foi o caso de Felipe IV, o Belo (1268-1314), que, após estudos do Direito Romano de vários legisladores, extrai do direito romano a idéia da onipotência real, centralizando os impostos e lançando-os sobre os bens eclesiásticos, além de impedir a saída de recursos destinados à Santa Sé para fora da França. É excomungado pelo papa Bonifácio VIII, mas Felipe invade a Itália e força os cardeais a escolherem um novo Papa.

A partir do século XVI, alumia a chama da razão após longo período de “trevas”, cantado e decantado pelos historiadores, acerca da baixa Idade Média e as suas inúmeras disputas.

O globo terrestre, com Galileu, Copérnico, Giordano Bruno, Darwin, entre outros gênios da ciência, tornou-se amplamente explorável, pois o dogma católico de uma Terra achatada havia ruído com a proeza notável de Colombo, no século XV.

Ao mesmo tempo, como explica Caenegem¹³, por volta do ano de 1500, houve uma recepção do direito romano surgido na Alemanha, desenvolvendo sobremaneira o direito privado, que presenciou, no século XVI, a jurisprudência do humanismo constituir um novo episódio na longa história de assimilação do direito antigo pelo homem europeu.

Iniciou-se uma verdadeira globalização em busca das riquezas emergentes (a sempre inata ambição humana), que encurtaram, inovaram, modificaram as rotas marítimas movidas pelo comércio, destacando-se as nações portuguesas, espanholas, holandesas, francesas e inglesas, sem cometer injustiças aos povos orientais e suas especiarias tão cobiçadas. Era a pujança do Comércio Internacional, em detrimento do holocausto dos povos “recém-descobertos”, estigmatizados pelos saques, estupros, assassinatos e massacres em nome de Deus, em uma nítida contradição ao pensamento filosófico vigente – o humanismo – sendo estes atos alicerçados na tese clerical de que negro e índio não possuíam alma, e os bárbaros deveriam ser “convertidos” (*As Cruzadas*).

É nesse contexto que, ainda buscando uma abordagem cronológica das origens históricas do contrato e a existência da boa-fé como fruto do Direito Natural, cita-se as compilações das Leis Portuguesas, que vigoraram de 1446 a 1867, até ser aprovado o primeiro Código Civil de Portugal.

- Conforme cediço, houve três ordenações portuguesas, na seguinte ordem cronológica: Ordenações Afonsinas (1446-1521), Ordenações Manuelinas (1521-1603) e Ordenações Filipinas (1603-1867), onde se teve constituído todo o arcabouço jurídico e principiológico do

¹³ CAENEGEM, R. C. Van. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Contrato, qual sejam aqueles encontrados no Projeto de Lei de Clóvis Beviláqua para o Código Civil de 1916, inclusive o do princípio da boa-fé, como se verá abaixo.

Note-se que, bem antes da positivação da boa-fé objetiva no Código Civil de 2003, já havia uma primeira inserção desse princípio nas Ordenações Filipinas, que assim dispõe, segundo a mestra Célia Barbosa Abreu Slawinski, advogada, em seu oportuno artigo – A Origem da Boa-Fé Objetiva no Direito Brasileiro – citando Ferreira Coelho:

“Livro I. Título LXXII. § 53 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 encarregos, e o que mais renderem hajam para si, ou que os Instituidores lhes deixaram os ditos bens com certos encarregos 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, assi 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 encarregos, como acima dito he.”¹⁴ (Grifos Nossos).

Como se depreende dessa norma à frente de seu tempo, havia um estabelecimento de uma conduta esperada dos administradores, caracterizando-se a boa-fé objetiva, já nas Ordenações Filipinas.

É inegável a contribuição dada ao progresso jurídico pelos ideais franceses de igualdade, liberdade e fraternidade, de 1789, incorporando várias medidas ideológicas no Código Napoleônico, marcando uma ruptura decisiva na evolução gradual do direito.

Ensina, Caenegem em seu livro – Uma introdução histórica do Direito Privado – que o *Code Civil* de 1804 substituiu a variedade do antigo direito por um código único e uniforme para toda a França; aboliu o direito que estava anteriormente em vigor, em particular o direito consuetudinário e romano (art. 7º da Lei de 31 de março de 1804); e tentou tornar supérfluo o

¹⁴ FERREIRA COELHO APUD SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3120>>. Acesso em 12 out.2004.

papel tradicional do direito erudito, ao proibir o comentário doutrinário sobre os códigos, na crença de que a nova legislação era clara e auto-suficiente.

1.4 . O Contrato e a Boa-Fé no Direito Contemporâneo

No início do século XIX, a empolgação causada pela crítica do direito romano e a ascensão do Direito Natural, que originaram importantes códigos, ainda segundo Caenegem, fenecia ante o positivismo da Escola Histórica do Direito, tendo como ator o pensamento iluminista, da lógica e da ciência, como norteadores das profundas renovações do Direito.

Aliado a isso havia a efervescência de um novo mundo, que se lançava em um processo de reestruturação nas relações laborativas em detrimento do aumento de produção, visando à crescente demanda de inúmeras utilidades, denominada de Revolução Industrial, e os pensamentos do liberalismo e do individualismo.

Nesse contexto, cria-se no lema do liberalismo “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*” (Deixe fazer, deixe passar, o mundo vai por si mesmo), alçando o contrato ao instrumento jurídico por excelência da vida econômica, como anota Gomes, acerca da teoria de Adam Smith.

Entretanto, ainda de acordo com os ensinamentos do Prof^o Orlando Gomes, em seu manual – Contratos – alguns fatores, entre eles notadamente a insatisfação dos menos favorecidos, que representavam a esmagadora maioria, pelo desequilíbrio contratual, uma vez que a igualdade formal (que as partes seriam iguais independentemente de condição social, credo, raça) comprovou-se completamente inócua na prática, mudaram o rumo da essência do liberalismo, onde os capitalistas vorazes se utilizavam desse instrumento como forma legal de “escravização”, impondo deveres em demasia na mesma proporção em que restringia os direitos dos mais fracos. Veja-se o que Gomes anota:

O desequilíbrio determinou a técnica do tratamento desigual, cuja aplicação tem no Direito do Trabalho o exemplo mais eloquente.

Dentre as novas técnicas de constituição das relações jurídicas, salientam-se as que foram impostas pela massificação de certos contratos determinante da uniformização de suas condições ou cláusulas e as que acusam a tendência para a despersonalização dos contraentes.

A política interventiva do Estado atingiu, por sua vez, o contrato, na sua cidadela, ao restringir a liberdade de contratar, na sua tríplice expressão de liberdade de celebrar contrato, da liberdade de escolher o outro contraente e da liberdade de determinar o conteúdo do contrato¹⁵.

E assim surge o *dirigismo contratual* no Direito Hodierno, tendo o Estado imposto determinados limites às partes da relação jurídica, quanto aos aspectos da própria vontade, e da prestação obrigacional, além de estabelecer normas de equilíbrio contratual, calcadas, não mais na igualdade formal, mas sim na material.

Quanto à boa-fé, sustentando a tese do pensamento jusnaturalista, que é uma consequência evolutiva remontada desde os tempos imemoriais, como acima relatado, Nobre Jr. cita vários artigos, de diversos códigos civis, que incorporaram expressamente esse princípio, ecoando nos sistemas jurídicos atuais:

Código Espanhol, de 1889 (art. 543, dispondo, em sede de servidões, que o proprietário do bem dominante deverá eleger, para o exercício de seu direito, o tempo e a forma convenientes, com vistas a ocasionar a menor incomodidade possível ao dono do prédio serviente; art. 1094, no sentido de que o devedor, na obrigação de dar, jungido a conservar a coisa com diligência própria de um bom pai de família; c) art. 1.119, ao reputar cumprida a obrigação condicional quando o devedor voluntariamente obstar o implemento do evento futuro e incerto...¹⁶

Código Civil Alemão, BGB, de 1896 (§ 242, correspondendo a prescrição voltada ao credor, o qual deve 'exercitar o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte, e à consideração altruísta que esta possa pretender, segundo a classe de vinculação especial existente').¹⁷

Código Civil Italiano, de 1942 (art. 1.175, ao explicitar deverem credor e devedor comportar-se pela regra da *correttezza*, a exprimir, em vernáculo, correção e seriedade).¹⁸

Código Civil Português, de 1966 (art. 227, nº 1º, relativo à formação dos contratos, ao dizer: 'Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte').¹⁹

¹⁵ GOMES, Orlando. Contratos. 20ª Ed. Forense. Rio de Janeiro/2000. Pág. 9.

¹⁶ NOBRE JR, Edilson Pereira. O Princípio da Boa-Fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 91.

¹⁷ Ibidem. p. 100.

¹⁸ Ibidem, p. 104.

¹⁹ Ibidem, p. 112.

Prossegue-se o esboço histórico, em seu último item do primeiro capítulo, abordando o surgimento da boa-fé objetiva no Brasil, que é o recorte territorial ensejador dessa pesquisa.

1.5. A Origem da Boa-Fé Normativa no Brasil

No Brasil, como acima visto, também embalado pelos movimentos do iluminismo e do liberalismo, que se faziam eclodir no novo e velho mundo em sistemas que acomodassem os anseios populares, garantidos pelo Estado intervencionista, tem-se a boa-fé nos contratos primeiramente inserida no Código Comercial de 1850, inciso I, art. 131, onde dispõe:

Art. 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

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

Como propala Slawinski, essa norma, *“cujo potencial não foi aproveitado nem mesmo por nossos melhores comentaristas, os quais não fizeram qualquer consideração acerca da possibilidade de sua utilização, como fonte autônoma de direitos e obrigações”*²⁰, pinçando, como exemplo, o comentário de Moreira Alves, que lamenta o entendimento tardio deste dispositivo do Código Comercial, como uma cláusula geral, onde aparece a boa-fé objetiva não apenas como cânone interpretativo.

A propósito, conforme se verifica no brilhante artigo de Mateo Jr. ao tratar da boa-fé objetiva:

Somente nesta última década o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em matéria intitulada "A boa-fé na relação de consumo", publicada pela Revista de Direito do Consumidor, nº 14 (abril/junho de 1995), referiu-se ao artigo 131 do Código Comercial de 1850, para asseverar que este dispositivo sempre esteve como letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos nossos Magistrados. Entendeu o Ministro Ruy Rosado que o princípio da boa-fé poderia ser dinamizado por nossos operadores do direito, há muito tempo, mesmo à míngua de texto legal específico. Porém, o apego à

²⁰ MOREIRA ALVES APUD SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3120>>. Acesso em 12 out.2004.

dogmática vigente não permitiu esse avanço. Cumpria-se o contrato como estipulado ainda que isso provocasse aversão em nosso senso de justiça²¹.

Assim sendo, em poucas posições, no início do século passado, verifica-se a tentativa de tornar a boa-fé como instrumento aplicativo do direito, dito eficaz, como no Projeto do Código Comercial organizado por Herculano Marcos Inglez de Souza (1911), quando transcreve:

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;

Nestes artigos do Código Comercial, assim como no anteprojeto do Código Civil de 1916, lê-se a boa-fé, até esse momento, como princípio interpretativo, de conceito aberto e ao julgo do Estado-Juiz, sempre como elemento inerente à própria subsistência dos atos jurídicos.

É essa mesma leitura que se verifica em vários esboços dos Projetos do Código Civil Brasileiro anteriores e comentários de juristas de escol, como Teixeira de Freitas (1855), Joaquim Felício Santos (1881), A. Coelho Rodrigues (1893) e Carlos Augusto de Carvalho (1899), os quais se transcrevem²² abaixo, sendo alguns destes aproveitados no Código Civil de 1916:

Do esboço de Teixeira de Freitas, destacam-se:

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:

²¹ MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 12 out.2004.

²² SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3120>>. Acesso em 12 out.2004.

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”.

Do Projeto do Código Civil Brasileiro e Commentário de Joaquim Felício Santos, destacam-se:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Do Projeto de Código Civil Brasileiro de 1893, elaborado por A.Coelho Rodrigues, destacam-se:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na obra, Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis vigentes de Carlos Augusto de CARVALHO, destacam-se:

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

Verifica-se, portanto, a natureza principiológica da boa-fé, que, porque conceito aberto, faltava-lhe a compreensão e alcance necessários àquela época, gerando óbices à sua aplicação em nosso ordenamento jurídico-positivo.

Colimando solucionar a problemática, a doutrina e jurisprudência, no transe de duas guerras mundiais, guerra fria e notável avanço tecnológico, interpretavam e aplicavam a boa-fé, no que concerne aos atos jurídicos, fundamentadas principalmente nos artigos 85, CC 1916 e 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil:

CC. Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.

LICC. Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Ao comentar o artigo 85, do Código Civil de 1916, Silvio Rodrigues expressa o seguinte, ratificando o anteriormente exposto:

O art. 85 do Código Civil, dispondo que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que o sentido literal da linguagem, contém mais um princípio de interpretação dos negócios jurídicos do que uma regra do direito. O legislador abre um caminho ao intérprete, para ajudá-lo a resolver os casos obscuros. Havendo dúvida, deve o juiz perscrutar a vontade das partes, ou seja, o que os contratantes efetivamente queriam, pois, sendo ato jurídico um ato de vontade, é o conteúdo volitivo que deve ser procurado. Todavia o legislador não esclarece a maneira de se descobrir o intento das partes e parece-me que, assim sendo, deve-se tomar o sentido normal das expressões, aquilo que o homem normal habitualmente entende pela locução usada²³.

Sendo a perscrutação do ato de vontade, na vigência do código anterior, a chave de acesso com que o Estado-Juiz aplica a norma no caso concreto, vale trazer a lição de quem melhor propalou e definiu o ato volitivo, o Profº Pedro Lessa.

Para Lessa, após deslindar as várias correntes da origem da vontade, passando pelo determinismo e livre-arbítrio, e explicar esse fenômeno como produção de duas causas (a excitação exterior e a força psíquica), conclui o seguinte:

O que dá a cada volição sua forma, o que distingue uma determinação das outras, o que faz que uma resolução seja boa ou má, é o motivo. Dizemos a cada momento que um ato é moral, porque verificamos que o motivo que levou o agente a se determinar, é sancionado pela moral, porque sabemos que o fim é fazer um benefício aos nossos semelhantes.²⁴

Com isso, resta-se comprovada a boa-fé, no antigo Código Civil, como princípio interpretativo dos negócios jurídicos, restrita ao intelecto das partes e fulcrada em princípios morais (o de não fazer o “mal” conscientemente), e não uma regra do direito, ao contrário da má-fé; verdadeiro enfoque que, sobejadamente comprovada, possuía previsão legal em diversos artigos.

²³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Parte Geral. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 178

²⁴ LESSA, Pedro. Estudos de Filosofia do Direito. 2ª Ed. São Paulo: Bookseller, 2002. p. 146.

Porém, lembrando as sábias palavras de Silvio Rodrigues, a respeito do Código Civil de 1916, onde expressava que *“seu defeito, se tem algum, é o de ter sido elaborado ao fim do século XIX e representar a cristalização da cultura de uma época, porventura desadaptada à evolução que se seguia”*²⁵.

Entretanto, muito se fez no Direito Civil Brasileiro para corrigir, ou melhor, atualizar o que atine a boa-fé nos contratos, atribuindo-lhe efetividade, como o Anteprojeto de Código das Obrigações de 1963, cuja comissão revisora foi integrada por Orosimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Theóphilo de Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes, Nehemias Gueiros e Francisco Luiz Cavalcanti Horta, que unificava o direito privado, o Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990, que será analisado adiante, e o Anteprojeto de Código Civil de 1972, subscrito por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, culminando no Novo Código Civil Brasileiro.

Somente em 1984, na redação final da Câmara dos Deputados, que o referido projeto de Código Civil, o qual tomou o nº 118, de 1984 (antigo projeto de lei nº 634-B, de 1975), além da previsão da boa-fé interpretativa (art. 112), trouxe dois dispositivos, que não só explicitaram os valores primordiais da boa-fé e da probidade, mas também estabeleceram o condicionamento do exercício da liberdade de contratar ao atendimento dos fins sociais do contrato (arts 420 e 421), aos quais dispõem:

Da Parte Especial, Livro I – Do Direito das Obrigações – Título V – Dos Contratos em geral, dada a sua relevância, merecem especial destaque os seguintes dispositivos:

Art. 420 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 421 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

E, na Parte Geral, Livro III – Dos Fatos Jurídicos, Título I – Do Negócio Jurídico, Capítulo I – Disposições Gerais, temos, então, na linha dos projetos anteriores, a boa-fé na sua função interpretativa, conforme expressa o artigo abaixo:

Art. 112 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁵ RODRIGUES. op. Cit. p. 12.

A esse respeito, Slawinski, em seu artigo publicado na Revista Jurídica Eletrônica Jus Navigandi, sobre a origem da boa-fé objetiva no Brasil, comenta o seguinte:

Na doutrina, GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Contrato, p. 50-51 afirma que, diante dos inúmeros preceitos do Código Civil Brasileiro que se reportam à boa-fé, ainda que sob o seu aspecto subjetivo, a extração da boa-fé objetiva pode ser feita à guisa de princípio geral.

Com o Projeto de Código Civil em referência, no qual foi imposto às partes guardar, na conclusão e na execução do contrato, os princípios da boa-fé e da probidade, passa o princípio da boa-fé nos contratos a determinar a conduta das partes segundo os padrões de lealdade, no Direito Brasileiro.²⁶

Concluindo essa parte histórica, faz-se mister ressaltar que, com exceção dos códigos consumerista de 1990 e do civil de 2002, que metamorfosearam um princípio interpretativo em uma regra a ser cumprida, a boa-fé, para as legislações anteriores, desde sua origem jusnaturalista, não obrigava a manutenção das boas intenções nas relações jurídicas, mas se buscava evitar as más, talvez influenciadas pelo próprio conceito de justiça dogmática clerical vigente: *fazer o bem e evitar o mal*.

Portanto, vislumbra-se translucidamente uma migração interpretativa de anulabilidade dos negócios jurídicos onde, anteriormente, necessitava-se da comprovação de culpa do agente de má-fé pela parte lesada, alterando, com a vigência dos diplomas legais supracitados, para a não eficácia do contrato a partir da quebra de conduta paradigma, desde o momento em que se frustrasse a expectativa de alguma das partes. *Esse é um gigantesco passo para o mundo jurídico*.

1.6. Princípios Gerais do Direito

Como o tema tratado aqui tange o mundo principiológico, faz-se mister tecer breves e apertados comentários acerca dos princípios gerais do direito, berço da boa-fé objetiva.

²⁶ SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3120> >. Acesso em 12 out.2004.

Ao longo da história da humanidade, ante ao desenvolvimento empírico das relações sociais, alguns valores considerados importantes foram consolidados radicalmente na consciência dos povos, quinhão axiológico das gerações futuras.

Esses valores são chamados de princípios, que remetem a uma idéia de norma fundamental, alicerce de todas as outras normas positivadas no ordenamento jurídico.

Como ensina o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello,

Princípio é, por definição, **mandamento nuclear de um sistema**, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental **que se irradia sobre diferentes normas** compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico²⁷. (Grifos nossos).

Edílson Nobre²⁸, ao citar Luis Pietro Sanchis, classificou os princípios em explícitos (aqueles que se encontram consagrados literalmente em normas escritas, constitucionais ou não), implícitos (aqueles não positivados, mas identificados durante a solução de casos concretos), e extra-sistêmicos (aqueles emergidos doutrinariamente), estabelecendo, a partir de um estudo sistematizado, suas funções tríplexes: *a) fundamento da ordem jurídica; b) orientação do labor interpretativo; c) integração da insuficiência da lei*²⁹.

É assim que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito*”, atribuindo a esses últimos a função integrativa, sem se olvidar de que as normas positivadas devem ser interpretadas conforme os princípios que as inspirou.

Portanto, é possível explicar a aplicação da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro justamente pela amplidão basilar, integrativa e interpretativa dos princípios gerais do direito, que se antecipa a norma, legitimando a relação humana.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 16ª Ed. Malheiros. São Paulo/2003. p. 408.

²⁸ NOBRE JR, Edílson Pereira. O Princípio da Boa-Fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 27.

²⁹ Ibidem. p. 37.

2. DA BOA-FÉ OBJETIVA

Antes de se perscrutar a matéria, por questões metodológicas, faz-se mister algumas ponderações acerca de atos lícitos e suas divisões, a fim de que se possa delimitar, como recorte ontológico - a boa-fé objetiva.

2.1. Ato Jurídico e Negócio Jurídico

Cavaliere Filho ensina, ao dividir atos lícitos em atos jurídicos e negócios jurídicos, que:

O ato jurídico caracteriza-se pelo fato de ter seus efeitos predeterminados pela lei. É certo que depende do querer do homem praticá-lo ou não; vincula-se, nesse aspecto, à vontade humana. Mas, ao fazê-lo, objetiva alcançar determinados efeitos jurídicos, isto é, aqueles já estabelecidos no ordenamento jurídico. Bons exemplos de ato jurídico são o reconhecimento de paternidade e a adoção. A pessoa que adota ou que reconhece um filho limita-se a manifestar sua vontade, com obediência às formalidades legais exigidas. Nada estabelece quanto às consequências da sua manifestação de vontade, **pois isso já está predeterminado pela lei.**

O Negócio Jurídico também depende do querer humano, mas os efeitos a serem por ele produzidos serão aqueles eleitos por quem pratica. A bilateralidade, portanto, não é requisito básico do negócio jurídico, como numa visão superficial possa parecer. O que caracteriza é o fato de ter seus efeitos eleitos por quem o praticou. O testamento, por exemplo, é um ato unilateral e consiste em negócio jurídico, uma vez que seu conteúdo é determinado pela vontade do testador³⁰. (Grifos Nossos).

Não é dispêndio algum avultar que, ao conceituar negócio jurídico, Cavaliere Filho destoa de Orlando Gomes³¹, porque este considera contrato, por exemplo, como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, enquanto aquele sustenta que pode haver a unilateralidade, como o exemplo acima citado³².

Distingue-se, assim, ato jurídico (prevalência dos efeitos determinados por lei) de negócio jurídico (efeitos determinados pelas partes), avultando-se que as atenções se voltarão

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28.

³¹ GOMES, Orlando. Contratos. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³² Penso que Cavaliere Filho, ao analisar o Testamentário como forma de negócio jurídico unilateral, olvida-se de que há a faculdade do beneficiário de aceitar o seu quinhão, não deixando de ser uma expressão da vontade deste, ou seja, bilateral.

mais para este último, particularizando-se o vínculo jurídico que enlaça as partes, e não os próprios contratantes ou suas obrigações.

2.2. Conceituação de Boa-Fé

Como visto no capítulo anterior, a evolução interpretativa da boa-fé nas relações jurídicas, em busca do anseio de justiça, tem se modificado de acordo com a complexidade da sociedade na celebração de seus contratos, desde a época em que “*a palavra dada ou o fio da barba*” firmavam um pacto, até os dias atuais, em um mundo globalizado e dinâmico, cada vez mais informatizado, onde grande parte desses negócios são praticados virtualmente, através da Internet.

À guisa de exemplo, como lembra Orlando Gomes, a interferência da boa-fé era praticamente nula nos contratos romanos, denominados de *direito estrito*, onde valia o que estava escrito, por adotarem o *sistema do princípio do formalismo*, migrando para uma interpretação das vontades das partes no Direito Brasileiro, e não do texto expresso (art. 85, CC 1916), porque adotado o *sistema do princípio do consensualismo*.

Divide-se o princípio da boa-fé em subjetiva e objetiva, para que se possa valorar a evolução conceitual deste.

2.2.1. Boa-Fé Subjetiva

O eminente civilista Silvio Rodrigues, ao comentar o art. 935, do Código Civil de 1916, acerca da validade do pagamento feito de boa-fé ao credor putativo, ainda provando-se depois que não era credor, define:

Em rigor o pagamento não devia gerar qualquer efeito, pois aquele que paga a outra pessoa que não o credor, ou seu representante, paga mal e quem paga mal para duas vezes. Mas a solução da lei é outra que, talvez menos lógica, pretende, entretanto, ser mais justa.

Aliás aqui, como noutros passos, depara-se o legislador ante o conflito entre dois princípios gerais do direito, ambos de alta relevância, ambos merecedores de seu beneplácito. De um lado, o princípio de respeito aos contratos e à regra de que o credor tem direito à prestação devida; de outro, o princípio da *boa-fé*, ou seja, o *propósito de prestigiar a pessoa que, agindo*

com todo o critério, foi conduzida, por erro escusável, a uma determinada posição³³. (Grifos Nossos).

Deste comentário tem-se a ilação de que, qualquer das partes componentes do contrato, agindo na crença de que o fazia corretamente, alheio a determinadas circunstâncias que, se soubesse, não o teria efetivado, está isento de responsabilidade, pois agiu de boa-fé.

Aliás, conforme ensina Rodrigues, o Código Civil de 1916 traz inúmeros artigos com a mesma concepção, como a validade dos efeitos do casamento, mesmo que anulável ou nulo (art. 221), a validade das alienações de bens hereditários e os atos de administração praticados pelo herdeiro excluído antes da sentença de exclusão (art. 1.599), a validade da tradição feita por quem não era proprietário a adquirente de boa-fé, desde que revalidada por este (art. 622), entre outras disposições legais que se enfileiram no antigo código.

Nessa mesma esteira, outro doutrinador de escol, Orlando Gomes, em seu compêndio – Contratos – exara o seguinte:

O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível. Ademais, subentendem-se, no conteúdo d contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade. **Fala-se na existência de condições subentendidas. Admitem-se, enfim, que as partes aceitaram essas conseqüências, que realmente rejeitariam se as tivessem previsto³⁴. (Grifos Nossos).**

Gomes complementa, tratando do princípio da boa-fé com muita profundidade e diligência:

Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil Alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder de boa-fé. **Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato³⁵. (Grifos Nossos).**

³³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Parte Geral das Obrigações. V. 2. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 130-131.

³⁴ GOMES, Orlando. Contratos. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 42.

³⁵ Ibidem. p.42.

É de se observar que, embora haja o entendimento do caráter subjetivo da boa-fé, Gomes vai mais além, renunciando uma parceria efetiva entre as partes, uma espécie de cooperação mútua para a execução do contrato, em que pese os interesses opostos, suscitando-se aí uma fase embrionária da boa-fé objetiva.

Em suma, nas palavras de Ramon Mateo Júnior, que, em seu artigo – A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo código civil – é muito feliz ao ressaltar:

(...) boa-fé subjetiva, bastante utilizada no direito das coisas, onde se exigia um estado psicológico (intenção) voltado à não provocação de dano ao próximo. Tanto que o oposto da boa-fé subjetiva seria a má-fé vista como a vontade de causar dano ao outro.³⁶

Portanto, pode-se definir a boa-fé subjetiva como sendo a conduta omissiva ou comissiva do agente, baseada em convicção própria, intrínseca, de cumprimento de sua obrigação, embora que, por fatores externos e desconhecidos, o impediria de tomá-la, caso soubesse.

2.2.2. Boa-Fé Objetiva

O paradigma do século passado, cristalizando a boa-fé como princípio interpretativo, de caráter subjetivo, foi dilacerado em 1990 pelo avançado Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, apresentando a boa-fé objetiva como regra de direito, de efetiva validade para os contratos consumeristas adiante abordados, e, posteriormente, em 2002, pelo Novo Código Civil Brasileiro, estendendo a todos os contratos.

Prima facie, há de se questionar o motivo dessa revolução na leitura normativa da boa-fé, que passou de “figurante” para “ator principal” nas telas contratuais, que será abordada dentro das conjunturas sócio-econômico-políticas que a firmaram, principalmente em dois momentos: o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil Brasileiro.

³⁶ MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 12 out.2004.

Por ora, o escopo do item limita a abordagem acerca dos elementos ontológicos da boa-fé objetiva, assim como a sua conceituação, ressaltando-se que, no Direito, assim como seus institutos jurídicos, estão em permanente construção, em eterna mutação, devido às vicissitudes humanas e ao dinamismo mundial, que confluem rumo ao progresso da humanidade.

Cavaliere Filho define que *“boa-fé objetiva, ou normativa, é a conduta correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais”*.³⁷

O mesmo conceito é aduzido por MATEO JÚNIOR, assim como os demais doutrinadores, que assim expressa:

A boa-fé objetiva é concebida como uma regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração de que todos os membros da sociedade são juridicamente tutelados, **antes mesmo de serem partes nos contratos**. O contraente é pessoa e como tal deve ser respeitado.³⁸

Observando-se o conceito de boa-fé objetiva desses mestres, onde despontam elementos como honestidade, lealdade, confiança e retidão, como deveres legais a serem aplicados nas relações com o outro, infere-se, pelo vulto de tal compromisso aclamado pela própria sociedade³⁹, como um desdobramento do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, previsão programática do art. 1º, CF, que é, segundo Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos;⁴⁰

Ter o dever de tratar o próximo, independentemente de obrigações e contratos, com honestidade, lealdade, confiança, retidão e respeito, é tratá-lo com dignidade, concluindo que

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 168.

³⁸ MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 12 out.2004.

³⁹ Segundo a Teoria da Tridimensionalidade do Direito de Miguel Reale.

⁴⁰ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 48.

a positivação da boa-fé objetiva, primeiramente no CDC, e posteriormente no Código Civil, é a regulamentação desse princípio constitucional fundamental, pelo menos no que concerne aos contratos.

Aliás, Mateo Jr. observa que *“esse comportamento pode ter como paradigma o amor ao próximo pregado pelo Cristianismo. Sem dúvida, não há melhor parâmetro para se verificar a retidão de um comportamento”*⁴¹, onde conclui-se que a positivação da boa-fé objetiva é a cristianização da boa-fé no Direito Brasileiro⁴².

Assim sendo, a boa-fé objetiva é norma que DEVE SER observada pelas partes, agindo estas de forma que cada qual atenda às expectativas legítimas do outro.

Nessa mesma esteira, Sampaio, sem atribuir um conceito direito à boa-fé objetiva, ensina que:

Em síntese, pode-se dizer, com apoio em Fernandes de Noronha, que o conteúdo da boa-fé objetiva está preenchido pelas noções de lealdade e confiança: a primeira, implicando o comportamento a ser colocado em prática pelo contraente; a segunda, naquilo que o outro contraente crê, espera, da outra parte. Ou seja, “dever de lealdade de uma parte, expectativa de confiança da contraparte”.⁴³

Comparando-se as duas espécies de boa-fé, subjetiva e objetiva, é que na primeira, o contraente “erra” acreditando que está acertando, alheio a fatores externos e desconhecidos, enquanto na segunda, basta a outra parte não proceder de acordo com os padrões de conduta exigíveis para caracterizar-se a má-fé.

Após a consolidação do conceito de boa-fé objetiva, veja-se sua incidência no Direito Consumerista, Civilista e Administrativo, conforme exposto no tópico seguinte.

⁴¹ MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 12 out.2004.

⁴² Penso que, ao ser albergada a boa-fé como norma cogente, ofertando efetividade aos jurisdicionados, deixou de ser somente princípio. Por isso se fala de cristianização, pois não há outra norma no ordenamento jurídico-positivo que expresse melhor os ensinamentos de Jesus Cristo: Amar a Deus sobre todas as coisas e ao próximo com a ti mesmo.

⁴³ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. Cadernos de Direito Privado: v1/Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: Malone, 2004. p. 30-31.

2.3. O Código de Defesa do Consumidor

A exposição de motivos dos autores do anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor elenca as profundas transformações que a sociedade do século XX vivenciava, tais quais um aumento considerável de produtos e serviços, o fortalecimento das organizações empresariais, com faturamentos equiparados a de países, com domínio econômico e do marketing, e a dificuldade de acesso, por parte do consumidor, à justiça, sendo estes os principais aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor no Brasil.

O CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) foi instituído como norma pública de caráter intervencionista, que colimava criar mecanismos eficientes para superar a vulnerabilidade do consumidor ante o poderio econômico das empresas, tendo como base constitucional o inciso XXXII, do Quinto Constitucional, e o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Após esse breve e merecido histórico, ante a importância do CDC no Direito Brasileiro, faz-se mister avultar que o Código, em que pese trazer em seu arcabouço apenas dois artigos expressos, aos quais introduziram a boa-fé objetiva nas relações de consumo, impregnou implicitamente a boa-fé em muitos outros dispositivos espalhados pelo seu corpo jurídico, como os seguintes:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, **bem como a transparência e harmonia das relações de consumo**, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
(omissis...)

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

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; (Grifos Nossos).

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

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes. (Grifos Nossos).

Segundo os autores⁴⁴, ao comentar os artigos em foco, houve uma certa discussão às portas da vigência do CDC para se saber se a nova sistemática das chamadas “cláusulas abusivas” atingiria ou não os atos jurídicos praticados antes da vigência do Código, sendo dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que, ao se tratar de normas de Direito Econômico, sua incidência é imediata, alcançando assim os contratos de trato sucessivo ou execução continuada.

Prosseguem os autores do anteprojeto do CDC, afirmando que tais normas cogentes e de interesse social, consubstanciando a hipossuficiência do consumidor, a inversão da prova e o dever da boa-fé, faz estabelecer uma relação consumerista equilibrada e sadia, elidindo qualquer cláusula considerada abusiva, sendo estas enumeradas no art. 51, meramente exemplificativas.

Porém, em que pese haver a disposição legal da boa-fé objetiva nas relações consumeristas, ainda hoje, com quase década e meia, o sentido desta norma não foi amplamente apreendido pelos operadores do direito, como se verá mais amiúde no Capítulo III, da Aplicabilidade da Boa-Fé Objetiva.

2.4. O Novo Código Civil

O festejado Código Civil Brasileiro de 2002, em que pese tardio, pois o seu projeto de lei original, nº 634, data de 1975, contrapôs-se ao de 1916 em vários pontos, principalmente no que concerne ao objetivismo, à incorporação constitucional do fim social do contrato e sua eticização, sendo definido por José Delgado⁴⁵, em inúmeras palestras pelo Brasil, como pilastras mestras desse diploma legal.

Ricardo Fiúza, na introdução do Novo Código Civil Comentado⁴⁶, com a autoridade de quem participou como relator-chefe do importante diploma legal e suas atualizações, explica que a intenção deste era conter comandos suficientemente abertos, visando permitir a

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio H.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de defesa do Consumidor – Comentado. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 25, 53-92.

⁴⁵ Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁶ FIUZA, Ricardo – Coord. Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

função criadora do intérprete, migrando do positivismo exacerbado que “*engessa o direito e atrasa as transformações*”, para atingir a uma fase denominada por ele de “*pós-positivista*”⁴⁷.

A boa-fé objetiva é um desses grandes avanços do novo código civil, apesar de figurar nos diplomas anteriores (Código Comercial, Código de Defesa do Consumidor), sendo aplicada em relações especiais, onde se cristaliza valores sociais atuais, incorporando princípios e doutrinas de ponta, confluindo para um diploma legal harmonizado com a Constituição Federal e com o sentido de justiça que o povo, real destinatário deste, possui.

Mormente se verifica a evidência da boa-fé objetiva no Código Civil nos artigos 113, 187 e 422, os quais seguem transcritos e comentados pelos doutrinadores de escol, para que sejam avaliados todos os matizes.

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

1. Correspondência legislativa (parcial). CDC 4º, III e 51, IV.
2. Princípios da Probidade e da boa-fé. O novo sistema jurídico de Direito Privado impõe às partes que resguardem, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé (art. 422, CC). Igualmente, nas disposições finais e transitórias, prescreve que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos pelo CC para o resguardo da função social da propriedade e da função social dos contratos (§ único, art. 2035, CC). Ao intérprete, por sua vez, incumbe a exegese do negócio jurídico em consonância com a principiologia do sistema⁴⁸.

Doutrina. Interpretação baseada na boa-fé e nos usos do local de sua celebração: O princípio da boa-fé está intimamente ligado não só à interpretação do negócio jurídico, pois segundo ele o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração da vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade e também de conformidade com os usos do local em que o ato negocial foi por elas celebrado.⁴⁹

Nem sempre a manifestação da vontade resta bem esclarecida no negócio jurídico que se entabulou. Por vezes o uso da linguagem, ou mesmo a forma pela qual é ela utilizada nas manifestações de vontade, acaba por trazer interpretações dissidentes. Para tais situações o legislador, não apenas par permitir obter o exegeta o sentido mais próximo possível da real vontade das

⁴⁷ FIUZA, Ricardo – Coord. Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 15.

⁴⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e legislação extravagante anotados. São Paulo: RT, 2002. p. 61.

⁴⁹ FIUZA, Ricardo – Coord. Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 121.

partes, autoriza a que se leve em consideração a regra do art. 112, mas não apenas isto e, sim, indica o método interpretativo a ser seguido, ou seja, a boa-fé e os usos do lugar da celebração do negócio (art. 113)⁵⁰.

Observa-se, no comentário de Nery Jr.⁵¹ que este traça um paralelo com o Código de Defesa do Consumidor, estendendo a boa-fé objetiva para todos os demais contratos civilistas, consistindo em um pressuposto de validade do negócio jurídico, estando em total consonância com os comentários de Fiúza, que avulta, sobre esse dispositivo, que não há somente um caráter interpretativo, mas um comando de lealdade no pacto negocial, onde deverá prevalecer a vontade e os usos do local da celebração.

Complementa Gianulo, sobre este artigo, que a boa-fé e o uso do local da celebração oferecem ao operador do direito um método de interpretação da vontade das partes, porém não atribui a boa-fé objetiva, como Nery Jr. e Fiúza, como um pressuposto, portanto, irrenunciável pelas partes⁵².

A norma estabelecida no art. 187, que claramente inclui a boa-fé objetiva, conforme se verifica adiante, dispõe o seguinte:

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

Preliminarmente, vale salientar que há nítida diferenciação entre bons costumes e boa-fé, conforme explica Sampaio:

Ainda tratando de considerações preliminares, vale proceder a uma distinção entre bons costumes e boa-fé. Os primeiros correspondem às mínimas exigências de natureza ética que o contrato deve respeitar. A boa-fé, de alcance mais amplo, na visão de Larenz, pressupõe uma vinculação especial e uma determinada confiança entre intervenientes. Menezes Cordeiro afirma que os bons costumes surgem como algo exterior que limita o âmbito da

⁵⁰ GIANULO, Wilson. Novo Código Civil explicado e aplicado ao processo. V. 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. p. 179.

⁵¹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e legislação extravagante anotados. São Paulo: RT, 2002.

⁵² É inegável a condição interpretativa do art. 113, porém, como Fiúza e Nery Jr. destacam, não é somente essa. Como se verá no item 3.3. do Capítulo III, atualmente se atribui funções da boa-fé objetiva, sendo a integração principiológica apenas uma das facetas.

autonomia privada, sem, todavia, determinar o teor do comportamento a exigir, como o faz a boa-fé⁵³.

Em mente a distinção entre bons costumes e boa-fé, esta mais ampla do que a primeira, vale salientar que, ao contrário da Lei Aquiliana de 1916, a qual dispunha, em seu art. 159, que ato ilícito era toda ação ou omissão que atingisse o direito de outrem, o Código Civil de 2002 introduz um novo conceito de ato ilícito, podendo subsumir-se no exercício do direito do próprio cidadão, desde que haja abuso ou excesso manifesto social ou econômico⁵⁴, tendo como correspondência legislativa, o art. 334 do Código Civil Português.

3. Direito adquirido por contrato. Para o reconhecimento da ilicitude do ato do titular de direito que o exerce, ultrapassando os limites prescritos neste artigo, devem também ser observadas duas regras basilares: CC421: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"; e mais: CC422: "Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"⁵⁵.

Abuso de direito ou exercício irregular do direito: O uso de um direito, poder ou coisa, além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade sócio-econômica para a qual o direito foi estabelecido⁵⁶.

Ato ilícito é aquele que se pratica em contrariedade ao ordenamento jurídico vigente, ultrapassando os limites de permissão que o Direito tolera. Não se impõe de fato que o ato ilícito venha a ferir direito alheio a fim de ser reparado, se praticado por dolo ou culpa, apesar de tais efeitos estarem presentes na estipulação do ato ilícito, mas para que seja ilícito basta a postura contraditória com o ordenamento jurídico⁵⁷.

Torna-se imperativo, para melhor se dissecar este dispositivo normativo, no mesmo diapasão que os doutrinadores suso expostos, delinear-se abuso de direito e excesso manifesto como limites do ato ilícito.

⁵³ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. Cadernos de Direito Privado: VI/Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: Malone, 2004. p. 31.

⁵⁴ Embora constar da doutrina pátria antes da vigência do novo código civil, conforme observou o Prof^o Fabiano Mendonça na apresentação dessa monografia, em 01/12/04, havendo um controle do abuso de direito através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

⁵⁵ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e legislação extravagante anotados. São Paulo: RT, 2002. p. 109.

⁵⁶ FIUZA, Ricardo – Coord. Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 185.

⁵⁷ GIANULO, Wilson. Novo Código Civil explicado e aplicado ao processo. V. 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. p. 262-263.

Para Cavalieri Filho, há duas teorias que explicam o abuso do direito: a subjetiva, que se tem como pressuposto a intenção de prejudicar alguém no exercício regular de um direito; e a objetiva, que é o uso anormal ou antifuncional do direito, caracterizando-se pela existência de “*um conflito entre a finalidade própria do direito e a sua atuação no caso concreto*.”⁵⁸.

A doutrina brasileira adotou a Teoria Objetiva do Abuso do Direito, perfilhando-se a doutrina de Saleilles, como ensina Cavalieri Filho, conforme se verifica no enunciado 37 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal (Brasília, setembro/2002):

Enunciado n. 37: A responsabilidade civil decorrente de abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico⁵⁹.

É importante ressaltar que este comando normativo não se restringe somente ao negócio jurídico, mas, como diz a letra da lei, alcança todo “*titular de um direito*” nos mais diversos orbes jurídicos do Direito Privado, como família, vizinhança, propriedade, etc.

Quanto ao excesso manifesto contido na lei, ainda segundo Cavalieri Filho, figura para impedir uma interpretação “*excessivamente subjetiva*” dos magistrados, impingindo-os a configurar o abuso de direito se praticado de forma desmedida, alarmante, sendo a finalidade sócio-econômica seu paradigma.

Por fim, na mesma exegese desenvolvida até o presente momento, o art. 187 tipifica o ato ilícito quando este excetua a boa-fé objetiva e os bons costumes, lembrando que Nery Jr fala da integração deste com os dispositivos constantes nos art. 421 e 422, ou seja, que a vontade das partes é delimitada pelo fim social do contrato, e que haja, obrigatoriamente, em sua celebração, execução e conclusão, a boa-fé e probidade. Ou seja, ambas as condições (função social e boa-fé objetiva) são irrenunciáveis pelos contraentes, porque norma pública conforme o § único do art. 2.035 do mesmo diploma legal: “*Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*”.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 161.

⁵⁹ Ibidem. p. 160.

Continuando a se explorar os principais artigos do Código Civil Brasileiro que lastreiam a boa-fé objetiva, adentra-se no Título V, dos Contratos em Geral, para se averiguar o art. 422, que assim dispõe:

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

Este artigo, disposto no Capítulo I – Das Disposições Gerais, para ser plenamente interpretado, deve-se ter em mente o comando do art. 421, que atribui a função social ao contrato, e considerá-lo como dispositivo de ordem pública, em conformidade com o art. 2.035, CC.

A respeito, é oportuno trazer a lição de Azevedo acerca da função social do contrato e o seu assento constitucional, onde ensina que:

A idéia de ‘função social do contrato’ está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, ‘o valor social da livre iniciativa’ (art. 1º, IV), essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica da livre iniciativa (...) ⁶⁰.

Veja-se o que os doutrinadores comentam acerca do art. 422, CC:

2. Cláusulas Gerais. O novo sistema jurídico de Direito Privado impõe às partes que resguardecem, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé (CC 422). Igualmente, nas disposições finais e transitórias, prescreve que nenhuma convenção prevalecerá se estabelecidos pelo CC para resguardo da função social da propriedade e da função social dos contratos (CC, 2035, par.ún.). Ao intérprete, por sua vez, incumbe a exegese do negócio jurídico em consonância com a principiologia do sistema ⁶¹.

Assim é que os contratantes devem guardar em suas relações probidade e boa-fé (art. 422). O que assinala o Código Civil é a necessidade de que a ética esteja presente nos contratos, mas as relações contratuais não são absolutamente livres, quanto à sua constituição e consecução, estão

⁶⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. São Paulo: RT, 2002. p. 116.

⁶¹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002. p. 181.

regulamentadas com muito maior intensidade temática nos dias que correm do que no passado. Excelente exemplo a se citar é o constante nos artigos 423 e 424, quando institui o primeiro a interpretação mais favorável ao aderente em contrato de adesão, pela aplicação do princípio da interpretação mais favorável ao devedor, e o segundo, a prévia ineficácia de renúncia antecipada de direito resultante da avença como resultado⁶².

O primeiro princípio (probidade) versa sobre um conjunto de deveres, exigidos nas relações jurídicas, em especial os de veracidade, integridade, honradez e lealdade, deles resultando como corolário lógico o segundo (boa-fé). O princípio da boa-fé não apenas reflete uma regra de conduta. Consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do novo Código Civil. É, em verdade, o preceito paradigma na estrutura do negócio jurídico, da qual decorrem diversas teorias, dentre as quais a teoria da confiança tratada por Cláudia Lima Marques no alcance da certeza e segurança que devem emprestar efetividade aos contratos⁶³.

Desses comentários se depreende que o negócio jurídico bilateral ou plurilateral, como definia Gomes⁶⁴ quando se referia a contratos, eleva-se a um patamar de direito difuso, coletivo, pois deixa de cingir-se somente à autonomia da vontade dos contraentes, para integrar-se e interessar a toda a sociedade.

Essa norma, que não possui referência no Código Civil de 1916, consiste em corolário de um processo de eticização dos contratos, tendo como origem o aumento do conflito de interesses entre consumidores, que se conscientizaram e se fortaleceram, e as empresas, que visaram, e visam, o lucro e a concentração de riquezas, enormemente acentuada desde a revolução industrial.

A boa-fé objetiva contratual e, *mutatis mutandis*, a extracontratual, sendo esta a exata conduta esperada por uma parte em troca da obrigação prestada pela outra, é, talvez, o que Gomes já pré-concebia no trecho colacionado anteriormente, onde um ajudaria o outro na execução e conclusão do contrato. É o sonho se transformando em realidade; a doutrina, em norma.

Na verdade, a boa-fé objetiva, incorporando-se, no Direito Brasileiro, ao Código Comercial de 1850 e Constituição Federal de 1988, conforme se verificará no próximo tópico, mas adquirindo efetividade com o CDC nas relações consumeristas, e apenas em 2002, como

⁶² GIANULO, Wilson. Novo Código Civil explicado e aplicado ao processo. V. 2. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. p. 750.

⁶³ FIUZA, Ricardo – Coord. Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 374.

⁶⁴ GOMES, Orlando. Contratos. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

regra geral, com o Código Civil Brasileiro, infere-se, pela breve análise histórica que capitaneia este trabalho, que a confiança e a lealdade são pressupostos essenciais da convivência humana, porque foi assim, através desses valores ontológicos, que os antepassados do homem se uniram em uma causa comum: a sobrevivência; que esses mesmos valores e aqueles citados por Fiúza, como honradez e veracidade, são necessários para dar segurança a um novo sistema de relações jurídicas, mais justo, mais leal, bem mais desejável do que o capitalismo selvagem e globalizado, onde somente se exportam as guerras, a fome, as epidemias e toda a sorte de iniquidade humana, criadas, ou pelo menos mantidas, pelos que detêm o poderio econômico vigente, como forma de fonte inesgotável de mais lucro, somente pelo lucro.

Concluindo, o traço inovador da boa-fé objetiva alterou o foco das relações jurídicas, ao contrário do Código Civil de 1916, estabelecendo uma conduta paradigma segundo os bons costumes e outros valores do grupo social. O ato que tangenciar essa conduta é má-fé, criando a chamada culpa objetiva, sendo esta a conduta sem a observância das expectativas do outro, ou da própria sociedade.

2.5. Direito Administrativo e Boa-Fé

Em que pese a área de concentração desse trabalho se encontrar no Direito Civil, inclui-se abaixo a verificação da boa-fé objetivo no Direito Público, destacando-se o Administrativo, motivado pela demonstração do alcance de aplicação desse princípio.

Ao ser analisado perfunctoriamente o recorte temático – a boa-fé objetiva no direito brasileiro – pode-se questionar se há incidência no Direito Administrativo Brasileiro, uma vez que aquele princípio se encontra consubstanciado no Direito Privado, e não no Direito Público.

Entretanto, o jurista Edílson Nobre⁶⁵ apresenta um detalhado trabalho de pesquisa, conduzindo o leitor às ilações de que a boa-fé possui alcance efetivo no Direito Público, como se verificará logo mais.

⁶⁵ NOBRE JR, Edílson Pereira. O Princípio da Boa-Fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Deslindando criteriosamente o pensamento antagônico, o qual se perfilha nobres doutrinadores como Fernando Sainz Moreno e Fábio Osório Medina, sustentando o óbice da aplicabilidade da boa-fé no Direito Administrativo, Nobre Jr. enumera três motivos:

a) a diferença qualitativa das partes na relação jurídico-administrativa; b) a circunstância de que toda movimentação administrativa está submetida ao princípio da legalidade; c) a natureza diversa dos interesses em jogo no relacionamento administração e particular.⁶⁶

Um a um, Nobre Jr., com fulcro nos ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Humberto Bergmann Ávila, Kuiz Cosculluela Montaner e Carlo Marzuoli, entre outros, desmonta os óbices anteriormente suscitados.

Quanto ao primeiro ponto, expõe que a supremacia do interesse público sobre o privado não é absoluta, sofrendo “*limitações necessárias, ora de ordem teórica, decorrentes do direito natural, ora de ordem prática, estabelecidas pelo direito positivo*”.⁶⁷

Ademais, o princípio da boa-fé, tendo no seio a concepção de lealdade e honestidade, expressa um comando normativo que interessa a todos, tanto no Direito Público, quanto no Privado, principalmente porque o poder daquele é derivado desse.

Nobre Jr. continua sua lição afirmando que não há incompatibilidade entre o princípio da legalidade e da boa-fé, uma vez que, historicamente, o Direito Privado precedeu o Público, repercutindo neste as relações jurídicas mantidas pelo primeiro. Como exemplo, cita o próprio Código Civil Brasileiro de 1916, onde se nota a afetação de alguns de seus artigos ao Direito Público, como a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito público (art. 15), o domicílio destas, os bens públicos (art. 65 a 68), a desapropriação (art. 590) e a requisição (art. 591), além de realçar que a recepção da Boa-Fé no Direito Administrativo advém da sua qualidade de princípio geral do direito, trazendo o vaticínio de Miguel Seabra Fagundes:

Os princípios gerais expressos no Código Civil são também valiosos para o Direito Administrativo. O ordenamento sistemático e completo de preceitos gerais, traduzidos em linguagem sempre escoreita e as mais das vezes

⁶⁶ NOBRE JR, Edilson Pereira. O Princípio da Boa-Fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 128.

⁶⁷ Ibidem, pág. 129.

precisa, fazem tais preceitos de grande préstimo para a urdidura e o desate das relações entre Administração e administrado.⁶⁸

De fato, após um aprofundamento do tema na seara publicista, assiste razão a Nobre Jr., mormente quando se verifica que a própria legislação administrativista alberga, em vários momentos, a boa-fé objetiva. Veja-se:

A *Mater Legis*, como aduz Nobre Jr., em seu art. 3º, inciso I, permite um primeiro vislumbre da boa-fé, quando expressa, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse sentido, alinha-se, com razão, Tereza Negreiros, deixando claro que 'o princípio da boa-fé, como resultante necessária de uma ordenação solidária das relações intersubjetivas, patrimoniais ou não, projetada pela Constituição, configura-se, muito mais do que como fator de compreensão da autonomia privada, como parâmetro para a sua funcionalização à dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões'. Integral acerto goza tal opinião, uma vez que o postulado em comento harmoniza-se com o ideal de equidade e justiça.⁶⁹

O outro destaque constitucional é ensejado pelo *caput* do art. 170, o qual dispõe que *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.*

Tal norma é endereçada ao Poder Público, que deve observar os princípios elencados neste artigo para atingir os objetivos de dignidade, justiça e socialização, tracejando uma conduta retilínea, exata, objetiva. Indubitavelmente, não há como se interpretar essa regra constitucional apartada da boa-fé objetiva, uma vez que o Estado tem o dever de regular a atividade econômica de forma a atender a esses fins desejados.

Não se pode olvidar dos princípios constitucionais norteadores do Direito Público, principalmente o da moralidade, consubstanciado no *caput* do art. 37. Com relação a esse princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello, observa o seguinte:

De acordo com ele (**princípio da moralidade administrativa**), a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará em violação ao próprio Direito, configurando

⁶⁸ Apud, pág. 139.

⁶⁹ Ibidem, pág. 154.

ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. **Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé**, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e boa-fé, **a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.**⁷⁰ (Grifos nossos).

Bandeira de Mello, ao comentar tal princípio, destaca que reside em seu âmbito os princípios da lealdade e boa-fé, porém não o esgota, agindo a Administração, sob pena de invalidação, de acordo com condutas paradigmas, esperadas pelos seus administrados.

Nesse diapasão, outros comandos normativos repercutem a boa-fé objetiva, como os incisos XXXIV (direito de petição e certidão) e LIV (devido processo legal), e § 2º (integração dos princípios gerais do direito), todos do Quinto Constitucional.

Ademais, os próprios elementos essenciais do ato administrativo, quais sejam competência, objeto, motivo, forma e finalidade, incorporam o princípio estudado, uma vez que se tornam roteiro seguro para uma conduta paradigma (boa-fé objetiva) do administrador. A inobservância pelo Estado desses elementos ocasiona **vício** no ato administrativo, que, segundo Di Pietro⁷¹, pode ser relativo *ao sujeito (incompetência – usurpação de função, excesso de poder ou função de fato; ou incapacidade)*, *ao objeto (proibido por lei, diverso da previsão legal, impossível, imoral ou incerto em relação aos destinatários)*, *à forma (omissão ou observância incompleta da forma)*, *ao motivo (inexistência ou falsidade)*, e *à finalidade (desvio de poder ou desvio de finalidade)*.

Depreende-se, portanto, que há boa-fé objetiva no Direito Administrativo, sendo a conduta paradigma um dever-poder do Estado com relação aos seus administrados, principalmente baseado no princípio da moralidade, notadamente a lealdade e boa-fé, sem os quais perderia sentido o contrato social, desembocando no temido Leviatã, de Hobbes, sendo o homem lobo do próprio homem.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 16ª Ed. Malheiros. São Paulo/2003. pág. 109.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª Ed. Atlas. São Paulo/2000. pág. 222/224.

3. DA APLICABILIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA

O século passado foi protagonizado e açambarcado pelas maravilhas tecnológicas, tanto pelo seu grau inventivo, que produziu efetiva melhoria na qualidade de vida das pessoas, quanto pelo seu alto poder destrutivo, até então inédito para a humanidade, provado amargamente por duas guerras mundiais, uma guerra fria, e outras tantas que se desenrolam até a presente data, motivadas por estratégias, tais quais a liberdade, a prevenção, o fundamentalismo, a independência, etc, que **intentam encobrir os verdadeiros fins de controle econômico-financeiro do mundo.**

Aliás, controle esse exercido curiosamente pelas potências nucleares, que demonstraram pela primeira vez o seu “produto” em 06 de agosto de 1945, em Hiroshima, com todos os seus nefastos efeitos. O “Dome”, onde funcionava a Galeria de Promoção Industrial de Hiroshima, que estava a 160 metros do hipocentro da bomba atômica, foi o único prédio que restou em pé, enquanto 350 mil pessoas evaporavam. Essa edificação, construída em 1915, foi mantida do mesmo modo (pós-bomba) pelos japoneses, como símbolo do poder de reconstrução daquele país, ladeada pelo Museu da Paz e a Praça da Paz, que contam uma história de destruição e esperança em um futuro sem guerras.

O mesmo século que viu o homem transpor todas as barreiras oceânicas e espaciais, interligando-se através de uma rede invisível de informações de dados e voz (Internet e celular), presenciou o nascimento e queda do sistema socialista, juntamente com o muro de Berlin (9 de novembro de 1989), e a afirmação do modelo capitalista, causando um recrudescimento na competitividade das grandes indústrias, que privatizam cada vez mais o próprio Estado, fazendo-o agir, através de seus próprios órgãos políticos, a serviço daquelas.

É assim que países inteiros são destroçados. Afinal, as mega-construtoras necessitam reconstruir; as indústrias bélica e farmacêutica precisam vender; o preço do petróleo precisa subir; mas ninguém conta a que custo.

A sociedade, por sua vez, deprime-se, curva-se ante a “cultura do ter”, em um mercado volátil, mutante, dinâmico, com uma variedade enorme de produtos e serviços que adentra sua

intimidade, prometendo prazer e mais prazer, atizando-a, excitando-a descompromissadamente: vive-se a Era do Consumo.

Milhares de produtos são lançados anualmente, e, para serem consumidos, utilizam-se do Marketing, objetivando criar ou aumentar demandas. Como corolário da veiculação destas mercadorias nos chamados MCM,s (Meios de Comunicação de Massa – jornal, rádio, Tv, Internet), os filhos pressionam os pais para que comprem o último modelo de celular, pois já não basta tê-lo: precisa ser lançamento; os homens percebem, como suas próprias vestimentas, o veículo do ano, representando sucesso e status; e a mulher deseja uma casa requintada de causar inveja às amigas; e todos se rendem aos gingles e temas criados para a fixação das marcas (Coca-Cola e sua musiquinha, o “Experimenta” da Skin, “a boa” da Antártica, “compre baton” da Garotto, etc).

Entretanto, talvez como reação a essa silenciosa revolução, denominada por muitos como o “império do consumo”, o contrato deixou de ser um instrumento a favor dos mais fortes, pela intervenção estatal, e a boa-fé passou a ser pressuposto objetivo de validade dos atos lícitos (art. 187, CCB), sejam estes atos ou negócios jurídicos.

É nessa esteira que Mateo Jr, ao citar Cláudia Lima Marques, quando esta trata das relações contratuais no campo de consumo, expressa sua proposição à ciência do direito para o *“renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da boa-fé”*⁷². Tal afirmação é a síntese histórica desse trabalho.

Pensando desse modo, e tendo como premissa a validade dos atos lícitos como pressupostos da boa-fé objetiva, torna-se necessária uma abordagem dos meios eficazes para a sua aplicabilidade, assim como suas funções, visando dissipar qualquer questionamento futuro, como ocorreu com o art. 131 do Código Comercial, que o relegou a mortandade legal.

3. 1. As Funções da Boa-Fé Objetiva

⁷² MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 12 out.2004.

O estudo da boa-fé objetiva, aferido pela doutrina mais balizada, aponta para uma tríplice funcionalidade. Essa classificação é adotada por Sampaio, perfilhando-se aos ensinamentos de Fernando Noronha, Judith Martins-Costa, Ruy Rosado de Aguiar, os quais cita em sua obra:

- a) fornece critérios para a interpretação e a integração contratual;
- b) cria deveres jurídicos independentemente da vontade das partes;
- c) limita o exercício de direitos subjetivos.⁷³

Veja-se cada uma das funções da boa-fé objetiva mais detalhadamente, ressaltando que a análise do caso concreto é realizada de forma simultânea, utilizando-se todas as funções, umas sobrepondo-se às outras.

3. 1.1. Função Interpretativa e Integrativa

Quanto ao item “a” – **função integrativa e interpretativa da boa-fé objetiva** – deve ser observado que o ato lícito deve ser entendido conforme a percepção do destinatário, desde que este não tenha conhecimento da volição do outro, sobrepondo-se a vontade ou intenção do remetente. Como ressalta Sampaio, referindo-se a interpretação dos contratos, *é como se devia, aliás, fazer a exegese do art. 85 do Código Civil de 1916*⁷⁴.

Na verdade, analisando essa função, a boa-fé objetiva impinge às partes para que procurem o sentido da declaração de vontades expressa no ato lícito, não se restringindo comodamente ao sentido literal.

Havendo dubiedade, obscuridade ou omissão em algumas das cláusulas contratuais, Sampaio ensina algumas regras consolidadas na jurisprudência de diversos países:

- a) comportando uma cláusula diversos sentidos possíveis, opte-se por aquele que resulte na preservação do contrato (princípio da conservação do negócio); b) na dúvida quanto ao significado de uma cláusula, favorece-se a parte que assumiu a obrigação (princípio do menor sacrifício); c) observa-se o princípio da interpretação contra o predisponente – notadamente nos

⁷³ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. Cadernos de Direito Privado; v1/Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: Malone, 2004. p. 49.

⁷⁴ Ibidem. p. 50.

contratos de adesão, vale dizer, interpreta-se a cláusula em desfavor daquele que a redigiu.⁷⁵

É extremamente feliz o comentário de Mateo Jr, quando distingue a função interpretativa da boa-fé objetiva da forma ortodoxa de interpretação anteriormente utilizada:

Não se pode confundir a adoção desse princípio da boa-fé, ora estudado, com a tradicional forma de interpretação dos contratos. Nela se prega o dever de serem as cláusulas do contrato, quando obscuras, interpretada segundo a boa-fé. Porém, no princípio da boa-fé objetiva não há interpretação de cláusula ou disposição obscura do contrato, mas uma análise do comportamento das partes quando aos deveres que são anexos ou conexos ao vínculo jurídico estabelecido pelas partes.

A visão do julgador não está na letra do negócio jurídico, mas nas atitudes dos contraentes. Opera-se uma reflexão acerca do comportamento das partes de forma que a prestação devida poderá se amoldar às características fáticas de cada caso concreto, sem que isso provoque incertezas no espírito dos contratantes, pois desde logo saberão que o proceder no curso do contrato não poderá se afastar dos ideais da honestidade e probidade.

Dispositivo semelhante já vige na Alemanha no § 242 do BGB há muitos anos e ultimamente tem se consubstanciado em doutrina dominante, acolhendo-o como um princípio supremo e absoluto que domina todo o direito das obrigações e todas as relações obrigacionais em todos os seus aspectos e conteúdo⁷⁶.

Assim sendo, a boa-fé objetiva, na função integrativa e interpretativa, estabelece que o ato lícito deve ser entendido como expressão legítima da lealdade e confiança que as partes deveriam guardar, mesmo que esta seja visceralmente oposta à vontade delas. Ou seja, dá-se ao caso concreto uma interpretação deontológica.

3. 1.2. Função Geradora de Deveres Jurídicos

O item “b” elencado pelo Prof^o Sampaio, trata da **função geradora de deveres jurídicos independentemente da vontade das partes**. Essa função, a qual também é conhecida como deveres acessórios de conduta, deveres de proteção ou deveres de diligência, é denominada pelo doutrinador suso como **deveres laterais**, haja vista a característica de obrigações não avençadas pelas partes.

⁷⁵ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. Cadernos de Direito Privado; v1/Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: Malone, 2004. p. 51.

⁷⁶ MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 12 out.2004.

Primeiramente, há de se verificar que em uma relação jurídica pode existir deveres (obrigações) principais e acessórios.

Os deveres principais representam o objeto da relação jurídica estabelecida, o fim a que se destina. Como exemplifica Sampaio, no contrato de compra e venda, é a entrega da coisa por parte do vendedor e o pagamento do preço pactuado por parte do comprador.

Quanto aos deveres acessórios, podem ser aqueles decorrentes da obrigação principal (o transporte com segurança, o lanche bem preparado, a embalagem da feira, etc) ou autônomas da principal (a cláusula penal, o dever de indenizar por perdas e danos, etc).

Acrescenta-se a essas obrigações os **deveres laterais**, que podem decorrer de cláusula contratual, de dispositivo legal ou do princípio da boa-fé, contendo no trabalho de Sampaio a seguinte definição:

São deveres que não interessam diretamente ao cumprimento do dever principal (seja na sua preparação ou na sua execução), mas têm por escopo garantir o exato processamento da relação obrigacional. Possuem função instrumental, velando para o desenvolvimento regular do contrato como um todo, que há de processar-se entre pessoas que agem honestamente e com lealdade. Constituem, na realidade, deveres de adotar determinado comportamento (positivo ou negativo), de tal arte a não frustrar a confiança da outra parte.⁷⁷

Como repara o nobre doutrinador, o surgimento do dever lateral é imprevisível, podendo ser antes, durante e após o pacto avençado, somente avaliado no caso concreto, justamente quando salta da relação jurídica algum ato que acarrete prejuízo ao outrem.

Mateo Jr. ensina em seu artigo, adotando a denominação de deveres conexos, que:

Os deveres conexos nascem com o contrato na medida em que este se consubstancia em fonte de eventuais conflitos, os quais são evitados se a atuação dos contratantes estiver amparada pela boa-fé em suas relações, não só em face das regras do contratos, mas também diante da conduta social de cada uma das partes. Menciona a doutrina, como exemplo, os deveres de cuidado, previdência e segurança, o dever de comunicação e esclarecimento, o dever de informação, de prestação de contas, o respeito pelo nome do

⁷⁷ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. Cadernos de Direito Privado; v1/Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: Malone, 2004. p. 55.

contratante, cuidado com o patrimônio do outro contratante, de sigilo e outros⁷⁸.

Nesse diapasão, a aplicação da boa-fé objetiva gera deveres laterais ou conexos, complementando a relação jurídica, onde se estabelece uma conduta paradigma na ocorrência de certas situações, sejam elas previstas ou não, atribuídas ao risco do negócio. É o caso da indenização por furto de veículo de cliente no interior do estacionamento; a responsabilidade bancária por assaltos dentro dos caixas eletrônicos; o dever de retirar as etiquetas magnéticas a fim de não causar constrangimento ao cliente na saída das lojas; a prestação de contas devida ao usuário de cartão de crédito, quanto o empréstimo tomado pela administradora. Estes são alguns exemplos de deveres colaterais, que aqui não se tem à pretensão de esgotá-los.

3. 1.3. Função Limitadora de Exercício de Direitos

A terceira função trata dos **limites impostos ao exercício do direito subjetivo das partes**. Este item remete diretamente ao art. 187 do Código Civil Brasileiro, quando considera ato ilícito todo aquele praticado por titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Além disso, o art. 421 do mesmo diploma legal, expressa claramente que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Como aduz Mateo Jr., em sua obra, a respeito desses limites, a vontade de contratar, ou, alargando o conceito atribuído pelo art. 187, CC, o ato lícito praticado deve estar amoldado aos ideais do Estado Social, sob pena de invalidade. Assim exara:

A função limitadora do exercício dos direitos subjetivos expressa a obediência ao mandamento constitucional de que o contrato deve cumprir sua função social, como concepção de justiça que orienta a ordem econômica hoje disseminada em todos os ramos do direito. Portanto, o contrato não se presta apenas à mesquinha função de criar direitos e deveres para as partes individualmente consideradas; tem também o aspecto social que incrementa

⁷⁸ MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 12 out.2004.

o seu engajamento na sociedade globalizada, atendendo a função social antes de qualquer coisa.

E o que significa atender uma função social? A resposta a essa indagação somente pode ser construída tendo-se como orientação os ideais do Estado Social. Nele se recoloca o ser humano no centro da preocupação da Ciência Jurídica, tanto que a dignidade humana é hoje um dos princípios fundamentais de nossa Constituição.⁷⁹

Das três funções *sub examine*, a limitadora do exercício de direitos é, talvez, a que oferta à boa-fé objetiva maior amplidão.

Aplicando-se tal função, por exemplo, poder-se-ia proibir a abertura de um **bar** em uma rua que sediasse, notoriamente, uma **Associação de Alcoólicos Anônimos**. Observe que este caso, em que pese sua origem extracontratual, encontra guarida no Novo Código Civil, justamente pela aplicabilidade da boa-fé objetiva, uma vez que há o exercício regular de um direito (a livre iniciativa), em conflito com uma conduta esperada (boa-fé objetiva), sendo que a ofensa a esta última torna-se ato ilícito (art. 187, CC).

Liberando-se as rédeas da imaginação, há de se encontrar um número infindável de situações rotineiras, onde o poder do mais rico, do mais forte, sobressalta-se ante o mais fraco, o mais oprimido, sendo a norma da boa-fé objetiva o autêntico paladino da justiça, se corretamente, e mais, em tempo aplicada.

3.2. Responsabilidade Civil Objetiva

Após a explanação funcional da boa-fé objetiva, passa-se a abordagem desse princípio no âmbito da responsabilidade civil, orbe sintomático da quebra da conduta paradigma.

Saliente-se que a responsabilidade civil objetiva possui incidência nos danos causados por atos omissivos ou comissivos extraordinários às expectativas das partes, como aquela advinda de violação de direito sem culpa, como dispõe a função limitadora de exercício de direitos, ou a eleição imprópria da via contratual, haja vista a geração dos deveres jurídicos (deveres laterais).

⁷⁹ MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 12 out.2004.

Seguindo a metodologia empregada, faz-se mister a conceituação de Responsabilidade Civil, antes de serem analisadas às implicações da boa-fé objetiva aduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor e Código Civil Brasileiro de 2002.

3.2.1. Conceituação

Cavaliere Filho definiu responsabilidade civil como o

...dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em síntese apertada, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.⁸⁰

Marcelo Silva Britto define responsabilidade civil assim:

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. A palavra "responsabilidade" origina-se do latim, "respondere", que consiste na idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação. Diz-se, assim, que responsabilidade e todos os seus vocábulos cognatos exprimem idéia de equivalência de contra-prestação, de correspondência.

Sintetizando a conceituação desse instituto, MARIA HELENA DINIZ asseverou que: "poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)".

Essa sinótica definição parece abranger, com elevado rigor doutrinário, as diversas hipóteses de obrigação de indenizar decorrentes da responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva.⁸¹

3.2.2. Responsabilidade Subjetiva x Objetiva

Ultrapassada a atual conceituação dos preclaros mestres, deve-se avultar que a responsabilidade civil, antes da vigência deste Código Civil, era tipicamente subjetiva, por força do art. 159, CC 1916, sendo necessária a comprovação dos seus elementos ontológicos, quais sejam **a conduta humana (omissiva ou comissiva), o dano (moral e/ou patrimonial), o nexo causal e a culpa**, excetuando-se, a partir de 1988, quanto à responsabilidade objetiva

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24.

⁸¹ BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 314, 17 mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em 12 out.2004.

por ato ilícito do Estado ou de seus agentes disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e de 1990, quanto às relações consumeristas, em virtude do advento do Código de Defesa do Consumidor, que dispôs, em seu art. 12, a responsabilidade civil objetiva do fornecedor.

O artigo constitucional supra mencionado dispensa maiores comentários, uma vez que alberga expressamente o dever do Estado em indenizar o administrado pelos danos causados por si ou por seus agentes, ressaltando a hipótese de ação de regresso quando configurada culpa ou dolo.

Abordar-se-á agora a responsabilidade civil no CDC, na análise do art. 12:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (Grifo nosso). (omissis...)

Segundo os autores do anteprojeto do CDC, ao comentarem o artigo supra, distinguem dois modelos de responsabilidade: por vícios de qualidade ou quantidade de produtos ou serviços (estes disciplinados pelos art. 18 a 25), e por danos causados aos consumidores, ditos acidentes de consumo, tratados justamente no artigo supra:

A responsabilidade por danos decorre da propagação do vício de qualidade, alcançando o consumidor e inclusive terceiros, vítimas do evento (cf. art. 17), e supõe a ocorrência de três pressupostos:

- a) defeito do produto;
- b) *eventus dammi*; e
- c) relação de causalidade entre o defeito e o evento danoso.⁸²

Verificam-se claramente os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, quais sejam o defeito do produto ou serviço prestado, o dano moral e/ou patrimonial causado ao consumidor ou a terceiros e o nexo causal, sendo esta um ponto pacífico na doutrina e jurisprudência.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio H.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de defesa do Consumidor – Comentado. 6ª Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999. p. 154.

Entretanto, com o advento da Nova Legislação Aquiliana, a definição de ato ilícito, anteriormente albergada no art. 159, ganha nova redação, ampliando o orbe de atuação da responsabilidade civil objetiva. Assim estabelecem os arts. 186 e 187, CC 2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Observe-se que, com a nova roupagem, a responsabilidade civil não se desvencilhou completamente da culpa (art. 186, primeira parte), mas, ao dar-se uma interpretação sistêmica, tem-se a ilação de que a culpa deixa de ser um requisito essencial.

É nesse sentido que Britto, citando Stolze, também interpreta estes artigos, entendendo que a *mens legis* privilegiou a responsabilidade civil objetiva:

Entretanto, persuadido de que o nosso direito positivo não só admitiu, como priorizou muito mais, a idéia de responsabilidade civil sem culpa, ou seja, a responsabilidade civil objetiva, não podemos aceitar a culpa ou dolo do agente como pressuposto ou elemento essencial da responsabilidade civil. Hoje, com a evolução do nosso Direito Civil, já não se admite a ultrapassada concepção de que a responsabilidade civil está sempre interligada à culpa. Ao contrário, ao menos em termos quantitativos, o que se verifica é a predominância de demandas judiciais indenizatórias fundadas em responsabilidade sem culpa. Caiu por terra, portanto, a idéia de que a responsabilidade subjetiva é a regra e a responsabilidade objetiva a exceção. Com a clareza que lhes é peculiar, os já referidos professores PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, assim sentenciaram:

‘A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade...’⁸³

Porém, continua Britto, alertando que a demonstração de culpa na responsabilidade civil não se extinguiu por completo, citando o renomado civilista Caio Mario da Silva Pereira, conforme se verifica a seguir:

⁸³ BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 314, 17 mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em 12 out.2004.

Não se pode desprezar, contudo, a relevância do estudo da culpa na responsabilidade civil, tanto mais porque, conforme adverte CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA: 'A abolição total do conceito da culpa vai dar num resultado anti-social e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação da boa ou má conduta, uma vez que o dever de reparar tanto corre para aquele que procede na conformidade da lei, quanto para aquele outro que age ao seu arrepio'.⁸⁴

Ademais, o que se faz pelo amor ao argumento, alguns autores acrescentam à culpa subjetiva, que ainda persiste no ordenamento jurídico como exposto acima, a culpa objetiva, sendo esta a alteração da conduta paradigma, seja pelo abuso de poder (econômico, social, religioso, racial, etc.), seja pelo desvio de finalidade, causando uma mutação nos elementos essenciais da responsabilidade civil normalmente adotada (dano, nexo causal e conduta omissiva ou comissiva).

3.2.3. Teoria do Risco Criado e Atividade Normalmente Desenvolvida

Ocorre que, ao se debruçarem sobre o art. 927, CC, e seu parágrafo único, os doutrinadores constataram que, como ratificado acima, a intenção do legislador, talvez imbuído dos preceitos sociais estabelecidos na *Mater Legis*, foi de prevalência da responsabilidade civil objetiva. Verifique-se o artigo infra:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifos nossos).

A crítica feita ao dispositivo supra transcrito não recai sobre o *caput*, porque não é inovação deste código, uma vez que o de 1916 já aduzia esse tipo de responsabilidade extracontratual, consubstanciado em seu art. 159.

O mesmo não acontece com o parágrafo único do art. 927, uma vez que inseriu a responsabilidade objetiva (independentemente de culpa) *nos casos especificados em lei, ou*

⁸⁴ Ibidem.

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Apresentam-se duas hipóteses: a primeira – nos casos especificados em lei – refere-se, por exemplo, ao que estatuiu o Código de Defesa do Consumidor (art. 14, CDC), ou no caso de dano causado por pessoa jurídica de direito público ou delegada, previsto na Constituição Federal (art. 37, § 6º, CF), denominado de risco administrativo; quanto à segunda hipótese – Teoria do Risco Criado – os doutrinadores criticaram o conceito aberto deixado pelo legislador, passando a abordar essa teoria mais amiúde.

Na visão de Britto, o parágrafo único do art. 927, CC, traz o seguinte problema:

No parágrafo único, diversamente, se, por um lado, laborou com acerto o legislador, ao consagrar a responsabilidade civil objetiva, independentemente de culpa, noutro, não andou bem, quando introduziu na codificação o conceito aberto de atividade de risco, transferindo para os magistrados e doutrinadores a tarefa de definir o que efetivamente vem a ser atividade de risco, apta a justificar a obrigação de reparar o dano.⁸⁵ (Grifos Nossos).

Tal dispositivo possui, como ponto nevrálgico do comando normativo, a conceituação de risco, pois, hodiernamente, não há atividade desenvolvida pelo cidadão que exclua totalmente a subsunção da regra disposta. Cavalieri Filho, inclusive, expressa que o conceito é tão amplo e abrangente que, se interpretado literalmente, o simples ato, por exemplo, de dirigir o veículo de casa/trabalho/casa, incorre em responsabilidade objetiva em caso de acidente, merecendo um estudo cauteloso a fim de se limitar os seus contornos legais.

Ratificando o que expressado por Cavalieri Filho, Britto, em seu artigo, cita Carlos Roberto Gonçalves, quando assim previa:

...a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como está no texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável.⁸⁶

⁸⁵ BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 314, 17 mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>

⁸⁶ BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 314, 17 mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>

Entretanto, para se deslindar, como se deve ser, o escopo da lei, precisa-se estar ciente de que seu real destinatário é a sociedade, pela qual e para qual a norma foi cristalizada, após a ocorrência do fato social e de sua conseqüente valoração, de acordo com a Teoria da tridimensionalidade do direito, de Miguel Reale.

Portanto, para se entender a Teoria do Risco Criado, alça-se à ribalta a expressão nuclear da norma que é, de acordo com Cavalieri Filho, a “**atividade normalmente desenvolvida**”, quando afirma que o Código Civil,

... quando quis configurar a responsabilidade objetiva em uma cláusula geral, valeu-se da palavra ‘atividade’. Isso, a toda evidência, faz sentido. Aqui não se tem em conta a conduta individual, isolada, mas sim a atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos.⁸⁷

Conclui-se que, segundo a Teoria do Risco exposta na norma em comento, o dever de indenizar por ato lesivo, independentemente de demonstração de culpa (responsabilidade objetiva), consiste na conduta humana advinda de uma atividade economicamente organizada (ocupação, profissão, meio de vida), habitualmente exercida, que acarrete dano a outrem.

Isto posto, Cavalieri Filho estabelece várias modalidades da Teoria do Risco, como a do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e do risco integral, conforme se verifica abaixo em apertada síntese, extraída da obra de Britto:

- a) Na teoria do risco-proveito a responsabilidade incorre sobre aquele que adquire algum proveito da atividade danosa. De acordo com essa teoria, a vítima do fato lesivo teria de provar a obtenção do proveito, ou seja, do lucro ou vantagem pelo autor do dano.
- b) A teoria do risco profissional sustenta que o dever de indenizar sempre decorre de um fato prejudicial à atividade ou profissão do lesado, tal como ocorre nos danos causados por acidente de trabalho.
- c) O risco excepcional é aquele que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça, a exemplo dos casos de acidentes de rede elétrica, exploração de energia nuclear, radioatividade etc.
- d) Na teoria do risco criado, segundo o insigne mestre CAIO MARIO, citado por SERGIO CAVALIERI FILHO, “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar,

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª Ed. Malheiros. São Paulo/2003. pág. 172.

salvo se houver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo" (Responsabilidade civil, 3ª ed., Forense, 1992, p. 24). Diferem as teorias do risco-proveito e a do risco criado ao passo em que, nesta última, não se correlaciona o dano a um proveito ou vantagem do agente.

e) Por fim, a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco, porquanto nela se dispensa até mesmo o nexo causal para justificar o dever de indenizar, que se faz presente somente em razão do dano, ainda que nos casos de culpa exclusiva da vítima.⁸⁸

Perfilhando-se à modalidade do risco criado, Britto alega que esta vem se adequar melhor à hermenêutica do novo Código Civil, brotando a obrigação de indenizar, ainda que inexistente a ilicitude ou a culpa da **atividade normalmente desenvolvida pelo agente com fins econômicos** - conduta humana, comprovando-se ainda o dano, seja este moral ou patrimonial, além do nexo causal.

Neste diapasão, na hipótese suscitada por Cavalieri Filho, quanto à imputação de responsabilidade civil objetiva em acidente de trânsito envolvendo o motorista extraordinário, ou seja, aquele que trafega a passeio ou que dirige o veículo de casa/trabalho/casa, não há como ocorrer, pois este não desenvolve atividade organizada, de forma habitual, como profissão ou fim em si mesma. A atividade de dirigir, para esse motorista, é uma atividade-meio.

Porém, o mesmo não ocorre com o taxista ou caminhoneiro, por exemplo, que devem responder objetivamente por atos ilícitos causados a outrem.

3.2.4. Das Excludentes de Responsabilidade Objetiva

Não sendo adotado no Brasil o risco integral, a matéria excludente de responsabilidade objetiva se limita a duas modalidades: desconfiguração de um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, quais sejam a conduta (omissiva ou comissiva), o dano e o nexo causal; e a legal.

Quanto à primeira modalidade, aduz-se o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ, Ap. cível 271/95 – Des. Sérgio Cavalieri Filho), ao firmar entendimento

⁸⁸ BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 314, 17 mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>

de que “ninguém responde por aquilo a que não tiver dado causa, segundo princípio fundamental do direito”, afastando a responsabilidade civil por danos causados por caso fortuito ou força maior.

Portanto, exclui-se a responsabilidade objetiva quando a **conduta for praticada por terceiros**, exceto nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados, curatelados (art. 932, I e II, CC), empregados (art. 932, III, CC), hóspedes e educandos (art. 932, IV, CC), ou por fato causado por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente (art. 936, CC); **caso fortuito e força maior**; ou **fato exclusivo da vítima**.

Quanto à segunda modalidade – a legal – o próprio comando normativo exclui, ou melhor, desclassifica a responsabilidade civil objetiva, tornando-a em subjetiva. É o que ocorre com o art. 951, CC. Em que pese o dispositivo do art. 927, não é toda a ocupação (atividade normalmente desenvolvida) com o objetivo econômico, em que se subsume a essa norma.

O art. 951 do Código Civil de 2002 assim dispõe:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

Assim sendo, na norma supra se constata claramente a exclusão da responsabilidade objetiva para atos médicos, a exemplo, como expressa Britto, do que “já ocorria com os profissionais liberais em geral, cuja responsabilidade, a teor do que estabelece o art. 14, § 4º, do Código do Consumidor, é apurada mediante a verificação da culpa”.⁸⁹

Porém, vale salientar que se deve auferir, principalmente, a natureza da atividade, se de fim ou de meio. Na medicina mesmo, por exemplo, a jurisprudência já pacificou que duas especialidades são atividades de resultado: a cirurgia estética (plástica) e a anestesia, respondendo estes profissionais independentemente de culpa pelos atos lesivos ao paciente.

⁸⁹ BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 314, 17 mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em 12 out.2004.

3. 3. Casuística nas Relações Jurídicas

Este tópico tratará de alguns casos concretos ou hipóteses nas relações jurídicas consumeristas, civilistas e administrativas, adequando os exemplos citados à boa-fé objetiva.

3.3.1. As Relações Consumeristas

A boa-fé objetiva, nas relações de consumo, começou a eclodir nos tribunais logo no início da vigência do CDC, em 1990, como fundamento jurídico para anular cláusulas contratuais abusivas, conforme o art. 51, CDC, beneficiando o consumidor até então explorado pelo mercado de consumo.

Desde então, inúmeras batalhas têm sido travadas no judiciário e nos órgãos de arbitragem, além dos organismos da sociedade civil e do Estado, especialmente criados para esse fim (PROCON, IDEC, etc), visando a conciliação de interesses tão conflitantes entre empresas e consumidores.

Ocorre que, mesmo diante de uma legislação consumerista avançada, o mercado fornecedor se organiza, não só economicamente, mas politicamente, através de poderosos lobbys, aprovando leis e regulamentando atividades de forma que perpetue o axioma do "máximo lucro".

Veja o exemplo do Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969, que trata das normas de processo sobre alienação fiduciária, alterando o art. 66 da Lei nº 4.728/65, que favorece, às escâncaras, instituições financeiras, e que, segundo o STF, foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Além de limitar o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório (§ 2º, art. 3º, DL 911/69), esse decreto transforma um contrato de financiamento em outro de depósito, coagindo o devedor com prisão civil, como depositário infiel, contrariando, inclusive, o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992.

É certo que as instituições financeiras, assim como as empresas e indústrias em geral, devem se proteger contra os maus pagadores, garantindo o JUSTO retorno pelo investimento realizado.

Entretanto, no caso em tela, a prática vem demonstrando uma outra realidade, além do argumento pueril de proteção, uma vez que, segundo o Banco Central do Brasil, as instituições financeiras lucraram mais de 1.000% em 10 anos. Em 1994, a lucratividade desse grupo foi de R\$ 1,279 bilhão. Ano passado, o ganho foi de R\$ 14,573 bilhões. O lucro é consequência do aumento da concentração do setor. As dez maiores instituições financeiras têm 79,7% da fatia do mercado. Somente o Itaú, Bradesco, Banespa e Unibanco lucraram juntos R\$ 51,3 bilhões nesse mesmo período.

Esse trabalho lança a seguinte hipótese: uma instituição financeira aprova o crédito para um consumidor após consulta e análise documental (profissão, renda, comprometimentos mensais, etc.), embutindo nos juros o risco do negócio jurídico, denominado de spread.

Suponha que o devedor, sem nenhum evento extraordinário superveniente, venha a ficar inadimplente com o Banco logo nos três primeiros meses, que entra com a busca e apreensão do veículo, com base no DL 911/69. A própria instituição financeira revende o veículo, muitas vezes em praças diferentes, e, como sempre acontece, continua a cobrar o saldo devedor do primeiro consumidor, lucrando, indubitavelmente, mais do que o adimplemento normal do empréstimo realizado.

A expectativa do consumidor seria a de pagar, com esforço, o seu carro novo. Mas, qual seria a expectativa da instituição financeira, que deferiu o empréstimo após análise da situação financeira, sabendo que lucra mais quando apreende e revende o veículo para outro, muitas vezes, novamente financiado? Nesta hipótese suscitada resta demonstrada a quebra da boa-fé objetiva, pois a conduta paradigma da instituição financeira seria a de uma análise criteriosa da situação econômica do consumidor, alertando-o dos riscos do inadimplemento e prestando-lhe assistência e contas de tudo.

A jurisprudência pátria, na hipótese acima e em outros casos de abusividade, como anatocismo (capitalização de juros), cumulação de correção e taxa de permanência, entre

outras, tem se posicionado pela invalidação da cláusula e proteção do hipossuficiente, conforme se verifica a seguir, em *decisum* do Tribunal de Justiça potiguar:

Apelação Cível Nº 02.003865-8 – Natal/RN. Relator: Des. ADERSON SILVINO.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – JUROS CONSTITUCIONAIS DE 12% AO ANO – NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR – CLÁUSULA ABUSIVA – NULIDADE – CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO.

I - Patente está a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às operações realizadas com estabelecimentos bancários, em virtude das partes contratantes se adequarem ao disposto nos arts. 2º e 3º.

II - Somente é admitido, no ordenamento jurídico brasileiro, a prática da capitalização de juros para os créditos rurais, os créditos industriais e os créditos comerciais, conforme já mencionados no parágrafo anterior.

III - Não havendo lei complementar que regule os juros constitucionais, a limitação com referência à taxa de juros caberá ao Conselho Monetário Nacional, que, por sua vez, não a limita, atendendo à nova ordem econômica empregada pelo mundo globalizado, deixando ao livre consentimento das partes o percentual de juros a ser aplicado.

IV - Em sendo qualquer cláusula contratual abusiva, segundo o disposto no Código de Defesa do Consumidor, deve a mesma ser declarada nula de pleno direito, haja vista a necessidade de promoção do equilíbrio das relações de consumo, máxime quando estão presentes instituições financeiras.

O relator da apelação suso transcrita, Des. Aderson Silvino, captando o “jogo” das instituições financeiras, em brilhante voto, expressou que

Com efeito, logo no início da relação contratual, **o banco credor já presume a configuração da inadimplência**, ferindo o art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe ao fornecedor de produtos ou serviços apor ajustes contratuais que ‘estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja incompatíveis com a boa-fé ou a equidade’. **In casu, o direito a ser atingido é o princípio da boa-fé, que possui ampla proteção no ordenamento jurídico pátrio e de utilização praticamente universal, só podendo ser elidido por prova robusta em contrário.** (grifos nossos).

Idem ocorre com outros julgados do mesmo Tribunal, senão veja-se:

Apelação Cível 02.002713-3 – Natal/RN. Relatora: Desembargadora Célia Smith.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. EMISSÃO DE NOTA PROMISSÓRIA EM FAVOR DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. EXCESSO DE GARANTIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LEGALIDADE DE SUA

ESTIPULAÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ. FORO DE ELEIÇÃO. **PREJUÍZO DO HIPOSSUFICIENTE. ABUSIVIDADE.** INSCRIÇÃO DO CONSUMIDOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. POSSIBILIDADE EM CASO DE MORA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LIMITAÇÃO DE JUROS. ANTIGA REDAÇÃO DO ARTIGO 192, § 3º, DA CF. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. MANUTENÇÃO DA TAXA ESTIPULADA PELOS CONTRATANTES. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (grifos nosso).

O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, fixa o entendimento da aplicação da boa-fé objetiva nas relações consumeristas:

RESP 272739 / MG ; RECURSO ESPECIAL 2000/0082405-4. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR. T4 - QUARTA TURMA. DJ 02.04.2001, p.00299.

Ementa: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. **Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse.**

Recurso não conhecido. (grifos nossos).

Outro palco de atritos interminável é a relação consumerista com empresas administradoras de planos de saúde médico e odontológico. Após a edição da Lei nº 9.656/98, houve uma efetiva garantia aos usuários de serviços médicos e odontológicos a um atendimento mínimo de procedimentos de saúde, sem limitações, regulamentando o setor.

Ocorre que a Lei dos Planos de Saúde, em seu art. 35, facultava a adesão para os usuários antigos, que compraram o produto antes da vigência da lei, aos planos regulamentados, condicionando a recusa expressa destes ao oferecimento da regulamentação.

Entretanto, as operadoras não fizeram a divulgação necessária, tampouco ofereceram diligentemente os novos produtos aos antigos consumidores. Como corolário, houve uma verdadeira batalha judicial, onde os usuários de planos de saúde pactuados antes de 1999 pleiteavam os mesmos direitos da regulamentação mínima, sendo concedidas liminares de

toda a sorte, que, em razão da conduta paradigma da operadora não ter se realizado (boa-fé objetiva. Direito básico à informação), foram confirmadas em sentenças definitivas, conforme se verifica a seguir, nos acórdãos do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:

Agravo de Instrumento No 03.001945-1 – Natal/3a Vara Cível.

Relator: Desembargador ADERSON SILVINO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DO CONSUMIDOR. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DA CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FAVOR DO AGRAVADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. MANUTENÇÃO DO DECISUM VERGASTADO. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO.

I – Inegável é a presença dos pressupostos ensejadores da concessão da tutela antecipada qual sejam, a prova inequívoca das alegações que conduzem a verossimilhança dos fatos e o fundado receio de dano de difícil reparação.

II – Conhecimento e Improvimento do Recurso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento acima identificados, ACORDAM os eminentes Desembargadores da 2a Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça, em Turma, à unanimidade de votos, em consonância com o parecer da 9ª Procuradoria de Justiça, em conhecer do presente recurso e negar-lhe provimento. Afirmou suspeição a Desª. Judite Nunes.

Apelação Cível nº. 03. 001143-4 - Natal/RN. Relator: Desembargador Dúbel Cosme.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO . PLANO DE SAUDE. CIRURGIA PARA IMPLANTAÇÃO DE STENT. CLÁUSULA LIMITADORA. INADMISSIBILIDADE. RESTRIÇÃO QUE AGRIDE PRINCÍPIO INSCULPIDO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. IMPROVIMENTO DO RECURSO

- Mesmo nos casos em que os consumidores não aderiram ao plano-referência (Lei n.º 9656/98), não poderá ser negada a cobertura ao implante de stent, quando, a critério médico, a sua utilização seja necessária, a fim de evitar risco imediato de vida ou lesões irreparáveis ao paciente.

- A assistência a saúde é de livre iniciativa privada, conforme art. 199, da CF, porém encontra-se sujeita a limitações e fiscalizações, por ser de natureza pública, não podendo prevalecer cláusula que exclua procedimentos necessários à vida do usuário.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, ACORDAM os Desembargadores que integram a 1ª Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, à unanimidade, em Turma, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Somente em dezembro de 2003, a resolução normativa nº 64, da Agência Nacional de Saúde, fechou a questão da obrigatoriedade de oferecimento aos usuários da regulamentação pelas operadoras, traçando os procedimentos a serem efetivados.

Poderia aqui se debulhar inúmeras páginas de quebra da conduta paradigma por parte de fornecedores, como envio de cartões de crédito, bloqueio de salário para pagamento de crédito especial, transferência do risco empresarial, devolução indevida de cheques, rompimento unilateral de planos de saúde, etc, em que o consumidor, achacado, humilhado, ferido em seu íntimo, buscou a proteção jurisdicional, e a teve satisfatoriamente.

Veja-se a boa-fé objetiva, abaixo, nas transcrições de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

RESP 417927/SP; RECURSO ESPECIAL 2002/0019645-3. Min. NANCY ANDRIGHI. T3 - TERCEIRA TURMA. DJ 01.07.2002 p.00339.

Ementa: Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Cessão de crédito com anuência do devedor. Prestações indexadas em moeda estrangeira (dólar americano). Crise cambial de janeiro de 1999. Onerosidade excessiva. Caracterização. **Boa-fé objetiva do consumidor** e direito de informação. - O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, **bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor**. - A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. - A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a sociedade de fomento ao crédito estará assegurada quanto aos riscos da variação cambial. - **É ilegal a transferência de risco da atividade financeira ao consumidor, ainda mais quando não observado o seu direito à informação**.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. (grifos nossos).

RESP 80036/SP; RECURSO ESPECIAL 1995/0060863-4. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. T4 - QUARTA TURMA. DJ 25.03.1996 p.08586. Ementa: Incorporação. Resolução Do Contrato. Restituição. Lei 4.591/64. Código De Defesa Do Consumidor. 1. O Contrato De Incorporação, **No Que Tem De Específico, E Regido Pela Lei Que Lhe E Própria (Lei 4.591/64), Mas Sobre Ele Também Incide O Código De Defesa Do Consumidor, Que Introduziu No Sistema Civil Principios Gerais Que Realçam A Justiça Contratual, A Equivalência Das Prestações E O Princípio Da Boa-Fe Objetiva**. 2. A Abusividade Da Clausula De Decaimento, Com Previsão De Perda Das Parcelas Pagas Em Favor Do Vendedor, Pode Ser Reconhecida Tanto Na Ação Proposta Pelo

Vendedor (Art. 53 Do Codecon) Como Na De Iniciativa Do Comprador, Porque A Restituição E Inerente A Resolução Do Contrato E Meio De Evitar O Enriquecimento Injustificado. 3. Porem, Não Viola A Lei O Acórdão Que Examina Fatos E Contratos A Luz Do Codecon E Nega A Extinção Do Contrato De Incorporação, Afastando A Aplicação Da Teoria Da Imprevisão E A Alegação De Culpa Da Empresa Vendedora. Mantido O Contrato, Não Ha Cuidar Da Devolução Das Prestações Pagas. Recurso Não Conhecido (Sumulas 5 E 7). Por Unanimidade, Não Conhecer Do Recurso. (grifos nossos).

É importante destacar que em todas essas decisões, tanto dos Tribunais Estaduais como do STJ, a fundamentação principiológica que lastreia as declarações de abusividade advém da boa-fé objetiva, onde o fornecedor não manteve a conduta paradigma, atendendo às expectativas do consumidor.

Entretanto, ainda que avançado, o CDC e a interpretação escorreita da boa-fé objetiva nos contratos de consumo não acompanham às necessidades da sociedade, que presencia um movimento planetário de mercados sem fronteiras, aliado às vetustas práticas de concentração de riquezas esposadas pelas Indústrias de Produtos e Serviços.

Para aqueles que pensam ser assunto superado, alerta-se que falta muito ainda para que se possa entender a amplidão complexa das relações consumeristas e sua conseqüente aplicação, principalmente no tocante ao desenvolvimento científico, como o e-commerce (responsabilidade civil, regulamentos, etc), a recém-lançada biogenética (clone humano, células-tronco, produtos transgênicos), a criogenia e outras técnicas de longevidade, as viagens interplanetárias, entre tantas outras que confrontarão uma dicotomia entre a superação do conhecimento humano *versus* ética.

3.3.2. As Relações Jurídicas na Esfera Cível

No breve histórico – Capítulo I – verificou-se que o princípio da boa-fé objetiva, como valor axiológico de lealdade e confiança, remonta aos primórdios da humanidade, adentrando no ordenamento jurídico-positivo brasileiro com o Código Comercial de 1850, e, posteriormente na Constituição Federal de 1988 (princípios da moralidade, da dignidade da pessoa humana), mas ganhando efetividade no CDC de 1990, nas relações de consumo, e em 2003, com a vigência do Novo Código Civil, nas relações civilistas em geral.

Antes de 2003, o renomado Juiz Federal e Professor, Dr. Edílson Nobre, em seu compêndio acerca da Boa-Fé no Direito Administrativo, citando Judith Martins Costa, fornece um caso de aplicação da boa-fé e da responsabilidade pelo recesso injustificado das tratativas negociais:

Cuidava-se do caso dos tomates, onde agricultor do Município de Canguçu, localizado na zona rural do Rio Grande do Sul, costumava, de há muito, plantar tomates, cujas sementes lhe eram entregues pela Companhia Industrial de Conservas – CICA, a qual adquiria a produção, fato que não se verificou quanto à safra de 87/88, havendo aquele postulado indenização com a perda da produção, porquanto ficara sem condições de comercializá-la. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu-lhe ganho de causa na Apelação Civil 591.028.295 – Canguçu, louvando-se em violação ao princípio da boa-fé objetiva.⁹⁰

Entretanto, não se poderia obscurecer aqui a coragem do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Ruy Rosado de Aguiar, que sempre lamentou a interpretação estreita dada ao art. 131 do C.Comercial, conforme exposto no item 1.5, proferindo uma das primeiras e brilhantes decisões acerca da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, no orbe cível, com base neste artigo, de maio de 2001, a qual se transcreve abaixo:

RESP 256456 / SP ; RECURSO ESPECIAL
2000/0039981-7. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR. T4 - QUARTA
TURMA. DJ 07.05.2001, p.00147.

Ementa COMPRA E VENDA. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. **Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do C.Comercial).** Recurso conhecido e provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, BARROS MONTEIRO e CESAR ASFOR ROCHA.

Vale salientar que o Ministro, na vanguarda dos anseios sociais, praticamente dois anos antes da vigência do Novo Código Civil, expressava neste *decisum* seu entendimento de que as partes estavam obrigadas a ter uma conduta paradigma, ou seja, que uma atendessem à

⁹⁰ NOBRE JR, Edílson Pereira. O Princípio da Boa-Fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro. Sergio Antonio Fabris Editor. Rio Grande do Sul/2002. pág. 122.

expectativa da outra, e vice-versa, zelando, ambas, pela conclusão e execução saudável do contrato, rateando as responsabilidades, porque assim atenderia aos preceitos de probidade e boa-fé, lastreado no art. 131, CCOM.

Porém, como as genialidades rareiam e o Brasil tem o pesaroso fardo da dogmática portuguesa, sem disposições legais mais explícitas, a boa-fé objetiva somente agora está sob holofotes, uma vez que há um comando normativo expresso no Código Civil, projetando-a para todos os atos civis e administrativos.

Note-se que se fala em boa-fé objetiva em todos os atos, incluindo-se aí o exercício do poder familiar, casamento, contrato de trabalho, concurso público, ou qualquer outro nas esferas do Direito Público ou Privado.

Ademais, observe-se também que, à guisa da exegese realizada no CDC, a aplicação da boa-fé objetiva é imediata, fulminando os contratos em curso (tratos sucessivos), podendo ser revistos em caso de identificação de distorção desse princípio.

Como exemplo, colaciona-se recente decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, publicado em 20 de setembro de 2004:

RESP 325870 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2001/0056794-4. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS. T3 - TERCEIRA TURMA. DJ 20.09.2004 p.00280.

Ementa: PROCESSUAL. CIVIL. CONDOMÍNIO. ÁREA COMUM. UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA. USO PROLONGADO. AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLÉIA CONDOMINIAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. RAZÃO PONDERÁVEL. INOCORRÊNCIA.

- Detenção concedida pelo condomínio para que determinado condômino anexe à respectiva unidade, um fundo de corredor inútil para uso coletivo.

Decorrido longo tempo e constatada a boa-fé, o condomínio, sem demonstrar fato novo, não pode retomar a área objeto da permissão.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, e os votos do Sr. Ministro Castro Filho e da Sra. Ministra Nancy Andrighi, no mesmo sentido, por unanimidade, não conheceu do recurso especial. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. (Grifos Nossos).

Este *decisum* expressa, com todos os matizes, dois aspectos que se tem alertado: a aplicabilidade da boa-fé nas relações jurídicas anteriores a vigência do Novo Código Civil, e a ampliação desse princípio para todos os atos civis, contratuais e extracontratuais.

Colaciona-se, *ad argumentandum tantum*, outra decisão desse mesmo Tribunal, onde se verifica a incidência da boa-fé objetiva. Veja-se:

RESP 511769 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2003/0003904-6. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO T3 - TERCEIRA TURMA DJ 09.12.2003 p.00284 Ementa: Contrato de participação financeira. Embargos de declaração. Disciplina da Lei nº 6.404/76, do Código Civil e do Código Comercial.

1. Julgados monocraticamente os embargos de declaração, o agravo interno provocou o pronunciamento do órgão colegiado, não havendo, portanto, violação dos artigos 537 e 557 do Código de Processo Civil.

2. Não há empecilho em nenhum dispositivo de lei federal para que seja cumprida a decisão judicial, que, **interpretando o contrato, à luz do princípio da boa-fé objetiva e da vedação de cláusula potestativa**, restabelece a igualdade das partes contratantes, coibindo o prejuízo do aderente do contrato de participação financeira que acabou por receber quantidade menor de ações do que aquela efetivamente contratada, em razão da distância entre o momento da integralização do valor e da subscrição das ações, este último ao alvedrio da sociedade beneficiada.

3. Recurso especial não conhecido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Nancy Andrigli, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Assim sendo, conclui-se que a norma da boa-fé objetiva, insculpida no Código Civil Brasileiro, açambarcou, como objetivo, o fornecimento de efetividade aos preceitos estatuídos no Código Comercial e Constituição Federal, além de permear todas as relações jurídicas no orbe do Direito Privado, tais quais Trabalho, Família, entre outras, atingindo, inclusive, aquelas firmadas antes da vigência desse código.

3.3.3. As Relações Jurídicas na Esfera Administrativa

Como abordado no item 2.5, perfeitamente harmônica a incidência da boa-fé objetiva no Direito Administrativo, sendo esta lastreada, principalmente, por um dos princípios norteadores da Administração Pública: a moralidade.

Ao se abordar a casuística das relações administrativas, não se poderia deixar de mencionar, embora que em rápidas linhas, a recente polêmica da relativização dos direitos e garantias fundamentais (direito adquirido) pelo Supremo Tribunal Federal, para atender os interesses da Previdência Social.

Como é cediço, e consenso em todas as esferas da Justiça, exceto no STF, o direito adquirido é um direito fundamental insculpido no Quinto Constitucional, portanto, não sendo objeto de emenda, conforme o inciso IV, § 4º, art. 60, da Constituição Federal Brasileira.

Tal afronta aos direitos fundamentais é uma quebra da conduta paradigma do Estado, que, ao ter seu poder derivado e legitimado pelo povo, possui o dever de cumprir os preceitos legais da Magna Carta. Restou abalada a confiança dos administrados em seu próprio Estado Democrático de Direito, podendo ser questionada esta decisão pelas gerações futuras, com outra formação do STF, com base no ferimento à cláusula pétrea e no princípio da boa-fé objetiva. Para muitos, essa decisão é nula, porque *contra legem*.

Faz-se mister outra observação: a Administração Pública deve comportar-se, manter e ter uma conduta paradigma com o administrado, assim como seus próprios servidores, uma vez que o poder-dever do Estado não discrimina as relações jurídicas, sendo imperativa a incidência da boa-fé em todos os seus atos, sob pena de invalidade.

Assim sendo, juntam-se alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça onde se pode entrever a aplicação da boa-fé objetiva e sua conseqüente vinculação ao ato praticado, gerando responsabilidade civil:

RESP 439465 / MS : RECURSO ESPECIAL
2002/0071041-7. Min. PAULO MEDINA. T2 - SEGUNDA TURMA. DJ
09.12.2002 p.00328.

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS.
ATO DE TABELIONATO.

1. Cabível a condenação do Estado ao pagamento de danos morais decorrente de anulação de compra-e-venda, efetivada com base em instrumento de mandato falso, lavrado em tabelionato de notas.

2. **Responsabilidade objetiva. Violação, pelo Estado, dos princípios da boa-fé e confiança.**

3. Possibilidade de fixação do valor da indenização, por esta Corte, "buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e

retardamento da solução jurisdicional" (Resp 399.028, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 15.04.2002).

4. Recurso provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

RMS 6183. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – T-3. Quarta Turma. DOU 14/11/1995.

Ementa: O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de Memorando de Entendimento, para suspensão de execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição. Direito de obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade.

Portanto, ainda em rápida análise acerca da casuística na esfera administrativista, verifica-se translucidamente que a boa-fé objetiva imanta os atos e contratos administrativos, além de se espriar para os demais ramos do Direito Público, como tributário, constitucional, entre outros, inclusive no âmbito do Direito Penal, introduzida pela Teoria da Imputação Objetiva.

3.4. A Problemática da Aplicabilidade Jurisdicional da Boa-Fé Objetiva

Em prestigiada palestra na Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte em 2002, o eminente processualista Ovídio Batista asseverou que *“o direito que adoece é aquele que vai para o judiciário”*.

De fato, é ensinamento mezinho nos cursos de graduação em Ciências Jurídicas, que o direito possui coexistência cotidiana e rotineira, aplicada naturalmente pelo homem ao seguir uma regra⁹¹, mas somente é percebido aquele direito que “adoece”, ou seja, quando se busca a proteção jurisdicional para resolver uma querela surgida de uma relação jurídica qualquer.

Assim sendo, visando averiguar essa relação jurídica convalescente, à luz da boa-fé objetiva, é que se busca as nuances e instrumentos processuais legítimos utilizados no Direito

⁹¹ O saudoso Prof^o de Introdução à Ciência do Direito, Dr. Jales Costa, gostava de citar, como exemplo de aplicação do Direito, o motorista que freia ao ver o sinal vermelho.

Brasileiro, além de se enumerar algumas das principais dificuldades do Judiciário na revisão dessas mesmas relações.

Sampaio⁹² ressalta que alguns autores, entre eles Fernando Noronha, atribuem à boa-fé objetiva na revisão contratual, uma função denominada de corretiva ou justiça contratual, quando se identifica uma “ruptura ético-jurídica” da relação.

Continua Sampaio, ao esmiuçar este prisma da boa-fé objetiva, asseverando o seguinte:

Efetivamente, não age lealmente, com retidão, o contraente que se prevalece de sua condição econômica de superioridade, impingindo à outra parte um sacrifício desproporcional. Também não procede com lisura, nem demonstra consideração com o parceiro, o contraente que assiste passivamente a situação da outra parte agravar-se demasiadamente, mercê da alteração das circunstâncias quando da contratação. Não se admite, conforme Menezes de Cordeiro, nessa situação, que uma das partes (a não prejudicada) faça ‘exigências contrárias à boa-fé, permitindo-se, em simetria, à outra, por força da mesma regra, rescindir ou modificar o contrato.’⁹³

Depreende-se que, como a boa-fé objetiva foi alçada ao patamar de pressuposto de validade, se a parte prejudicada identificar a falta desse princípio antes, durante ou após a conclusão da relação jurídica, poderá pleitear a anulação da avença, porque inadmissível no direito pátrio, recorrendo-se ao judiciário para tanto.

É assim que se exsurgem as ações revisionais, baseadas, principalmente, como ensina Sampaio, na equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, e na distribuição justa de ônus e riscos, além de revelarem outras hipóteses, tais quais a alteração das circunstâncias contratuais (cláusula *rebus sic standibus*, teoria da imprevisão, da base do negócio jurídico, etc.), a aplicação da correção monetária, os institutos da lesão e do estado de perigo, e a invalidação das cláusulas abusivas.

Ocorre que, mesmo tendo à disposição todos esses instrumentos acima mencionados, a magistratura, afeita a dogmática legislativa, estranha a propositura de ação revisional com base na quebra da boa-fé objetiva, porque tendente a manter o estigma ultrapassado da

⁹² SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. Cadernos de Direito Privado: vI/Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: Malone, 2004. p. 85.

⁹³ Ibidem, p. 86.

manutenção da vontade das partes e culpa subjetiva, em detrimento da conduta paradigma estabelecida pela sociedade. É a troca de um sistema fechado pelo aberto.

A propósito, Mateo Jr. comenta o seguinte:

Estando a teoria geral dos contratos dotada do princípio da boa-fé objetiva, o magistrado passa a exercer um papel de fundamental importância, na exata medida em que participará da construção de uma nova noção do direito contratual como sendo um sistema aberto que pode evoluir e se completar, a cada momento, diante dos mais variados casos que podem surgir na vida social. Em outras palavras, se os contratantes são obrigados a guardar, tanto na conclusão, como na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé, o julgador sempre poderá corrigir a postura de qualquer um deles sempre que observar um desvio de conduta ou de finalidade. Ou ainda, se o contratante quiser se prevalecer de qualquer situação onde obtenha mais vantagem que aquela inicialmente esperada. Aliás, mesmo que não exista qualquer espécie de dano ou vantagem, entendemos que diante de uma regra de ordem pública, como o art. 422 do novo Código Civil, é proibida a postura não condizente com a boa-fé objetiva, impondo-se a correção pelo magistrado.⁹⁴

O que assombra, talvez, seja o notável aumento de poder do magistrado que, ao seu alvedrio, restringe a autonomia da vontade das partes e classifica uma conduta pautada na probidade e boa-fé, tendo, como parâmetro mínimo, a conduta do homem médio no mesmo caso concreto.

À guisa de exemplo quanto à problemática da aplicação, pelo Judiciário, das normas que estabelecem a conduta paradigma, pode-se citar o entendimento que se firma na Turma Recursal do RN, de que, nas relações de consumo, apenas o fornecedor deve manter a boa-fé objetiva, a contrário senso do art. 422, CC, que abrange todas as relações jurídicas, devendo ser aplicado na avaliação da conduta do consumidor.

Corre-se o risco de, por distorções valorativas ou mesmo inexperiência, o magistrado traceje uma conduta paradigma excessivamente rígida, ou excessivamente flexível, não atingindo a *ratio legis* da boa-fé objetiva, ou gerando óbices a sua aplicabilidade.

⁹⁴ MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 12 out.2004.

Contudo, como intervém MATEO JR, que vivencia esse problema por ser magistrado, alerta:

Na concretização desses princípios o magistrado irá guiar-se pela retidão de caráter, honradez e honestidade, que expressam a probidade que todo cidadão deve portar no trato de seus negócios. São conceitos abstratos, mas neles se pode visualizar o que podemos chamar de mínimo ético, patamar onde o Juiz deve lastrear sua decisão.⁹⁵

Portanto, mesmo sem desejar, sabe-se que o manejo da boa-fé objetiva no judiciário evoluirá gradualmente, até o momento em que se estabeleça a conduta paradigma de cada hipótese, ensejando o equilíbrio das relações jurídicas nas mais diversas áreas, lastreadas pela probidade e boa-fé, tanto no Direito Público quanto no Privado, com o fito único de se buscar a tão anelada JUSTIÇA, **porque, afinal, a aplicação desse princípio é uma expectativa do jurisdicionado.**

⁹⁵ Ibidem.

CONCLUSÃO

José Saramago, renomado escritor e prêmio Nobel da Literatura, em discurso de abertura do Congresso Internacional de Direito Civil/2002, em Portugal, presenteou o mundo com uma definição de justiça reluzente, empolgante:

Da justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não aquela que se encobre com túnicas teatrais e nos envolve com flores de vã retórica judicialista. Não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pratos da balança. Não a da espada que corta mais para um lado do que para outro. Mas sim uma justiça pedestre; uma justiça companheira cotidiana dos homens. Uma justiça a qual sua pura e simples aplicação ética seja a mais elevada expressão do justo. Uma justiça que seja tão indispensável à alma, quanto o alimento é ao corpo.

É interessante que a definição supra aduza, em seu bojo, a expectativa de todos de uma Justiça próxima, principalmente porque o presente compêndio trata de expectativas, da adoção de condutas paradigmas em todas as áreas do Direito Brasileiro.

É com essa flâmula em mente que se conclui alguns pontos abaixo elencados, inicialmente propostos pelo recorte temático:

a) que a boa-fé, ou *Fides*, no sentido de lealdade e confiança, envolveu, desde sempre, as relações sociais e jurídicas ao longo da história da humanidade, advindo do pensamento jusnaturalista;

b) o Código Comercial de 1850 trouxe albergado, em seu art. 131, I, a boa-fé objetiva, porém, não houve efetividade, salvo escassos entendimentos de alguns doutrinadores e magistrados, como o Min. Ruy Aguiar, do STJ;

c) que, na Constituição Federal de 1988, o princípio da boa-fé se encontra pontilhado em diversos artigos, sem, contudo, vingar efetividade, à guisa do Código Comercial, estabelecendo-se apenas o § 6º, art. 37, quanto a responsabilidade objetiva do Estado em face de danos causados ao administrado - Teoria do Risco Administrativo, além da função social no art. 170;

d) a anelada efetividade foi finalmente granjeada nas relações de consumo, quando da promulgação do Código de defesa do Consumidor, em 1990, estabelecendo a responsabilidade civil objetiva do fornecedor e a hipossuficiência do consumidor, visando equilibrar essas relações;

e) o advento do novo Código Civil, em 2002, adota expressamente a função social e o princípio da boa-fé objetiva, imantando as relações jurídicas com a proteção às partes, mormente, como ressalta Mateo Jr:

... aquelas consideradas hipossuficientes para que não sejam, diante da inferioridade social – econômica ou cultural, submetidas a alguma armadilha contratual que as coloquem em desvantagem, exigindo dos contratantes, além disso, um comportamento transparente, digno, onde não prepondera a ganância lucrativa mas a dignidade das pessoas.⁹⁶

f) que, conforme se depreende das valiosas lições de NOBRE e demais administrativistas, a boa-fé objetiva imbui o princípio da moralidade, além de outros artigos constitucionais acima citados, impingindo à Administração Pública uma conduta retilínea, escoreita, objetiva, nos atos e contratos administrativos, sob pena de invalidá-los, estendendo tal exegese às outras ramificações do Direito Público;

g) a responsabilidade civil passa a ser objetiva para todos aqueles que a lei definir ou quando *a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*, limitando, esta atividade, pelo fim econômico. No entanto, há de se sopesar a persistência da culpa subjetiva no ordenamento jurídico-positivo, e que, para alguns autores, há o elemento de culpa na responsabilidade civil objetiva, sendo esta considerada o abuso de poder ou desvio de finalidade;

h) e, finalmente, que há uma notória tendência dogmática no Judiciário, ensejando a criação de óbices para a efetividade da boa-fé objetiva e sua ampla aplicabilidade, muito devido à mutação sistêmica do fechado para o aberto, permitindo o magistrado, de bom alvitre, rever situações injustas somente baseado no desvio da conduta paradigma.

⁹⁶ Ibidem.

Entretanto, como ressalta o magistrado Mateo Jr., a hora exige um importante desempenho dos operadores do direito, visando à “*materialização dessas novas regras jurídicas, que vivificam e humanizam os contratos*”, e mais, em todas as relações jurídicas, em todos as searas do Direito, conduzindo o homem a uma atuação condizente com o ensinamento Cristão de “*amar o próximo como a ti mesmo*”, anunciando, talvez, o alvorecer de uma nova Era.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AMORIM, José Roberto Neves – Coordenador. Constituição Federal, Código Civil (1919 e 2002), Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal. 3 ed. São Paulo: Manole, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. São Paulo: RT, 2002.

BAHIA, Tribunal de Justiça do Estado. Memória da Justiça Brasileira. V-3. Bahia: TJ, 2002.

BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 314, 17 mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em 12 out.2004.

CAENEGEM, R. C. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAHALI, Yussef Said – (Organizador) Código Civil, Código Processo Civil, Constituição Federal. 6 ed. São Paulo: RT, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DURANT, Will. A História da Filosofia. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

FIUZA, Ricardo – (Coordenador) Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIANULO, Wilson. Novo Código Civil explicado e aplicado ao processo. V. 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

GIANULO, Wilson. Novo Código Civil explicado e aplicado ao processo. V. 2. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

GIORDANI, Mário Curtis. Direito Romano. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio H.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de defesa do Consumidor – Comentado. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. Contratos. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LESSA, Pedro. Estudos de Filosofia do Direito. São Paulo: Bookseller, 2002.

MATEO Jr., Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>. Acesso em 12 out.2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e legislação extravagante anotados. São Paulo: RT, 2002.

NOBRE Jr., Edílson Pereira. O Princípio da Boa-Fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Parte Geral. V. 1. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Obrigações. V. 2. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1971.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. Cadernos de Direito Privado. V.1. Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: Malone, 2004.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. A trajetória da boa-fé objetiva no direito brasileiro . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <
<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3120>>. Acesso em 12 out.2004.