

ASPECTOS, LIMITES E APLICAÇÃO DA BOA-FÉ

RESUMO: O presente artigo tem por escopo enfrentar questões relacionadas ao princípio da boa-fé à luz das teorias clássicas e contemporâneas que melhor exploram e elucidam o tema. Elaborou-se o instituto jurídico em vista de seus elementos coronários, não só propriamente legais, mas também de ordem moral e filosófica para se chegar a uma concepção mais holística e integral do conceito da boa-fé na sistemática jurídica contemporânea, em especial seus impactos ao Direito Civil. A metodologia de pesquisa utilizada centrou-se em um exame analítico-descritivo, levando em consideração a bibliografia indicada *infra* e seus impactos na formação axiológica do instituto da boa-fé. Por derradeiro, explorou-se o impacto das construções doutrinárias na formação normativa cara ao Direito Privado brasileiro, consubstanciada na análise de elementos legais objetivos.

Palavras-chave: Boa-fé; Limites; Aplicação; Direito Civil.

ASPECTS, LIMITS AND APPLICATION OF GOOD FAITH

ABSTRACT: The present article aims to analyze issues related to the principle of good faith in light of classical and contemporary theories that best explore and elucidate the theme. The legal institute was elaborated on the perspective of its central elements, not only properly legal, but also of a moral and philosophical order seeking to accomplish a more holistic and fundamental conception of the concept of good faith in the contemporary legal system, especially its impacts on private law. The research methodology employed focused on an analytical-descriptive examination, considering the bibliography indicated below and its impacts on the axiological formation of good faith. At last, the impact of doctrinal constructions was explored over normative elements related to Brazilian Private Law, embodied in the analysis of objective legal elements.

Keywords: Good faith; Limits; Application; Civil right.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O processo civilizatório que acompanhou e acompanha a humanidade por toda a História pressupõe um agir ético. Das discussões Socráticas aos modernos postulados filosóficos existencialistas, a discussão sobre ética e moralidade perpassa praticamente todas as áreas do saber humano e parece condicionar a existência do ser como humano em diversas cátedras e áreas do saber. Independente da concepção e forma pela qual a ética e a moralidade tenham sido concebidas em diversas sociedades, um ponto em que essas compreensões parecem convergir na sociedade ocidental é o que veio a ser tido na contemporaneidade como a boa-fé.

De forma sucinta, a boa-fé é instituto de direito privado, com raízes históricas que remontam ao Direito Romano, e que, tendo perdurado até os Diplomas atuais, teve a sua grande importância revelada no Código Civil brasileiro de 2002, pois adotada como cláusula geral, de modo a possibilitar múltiplos significados e possibilidades de atuação. (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 32)

Com o passar do tempo, a boa-fé ainda teve concepção próxima à garantia, e, mais tarde, com o Direito Canônico, aproximou--se de uma perspectiva ética (MENEZES CORDEIRO, p.153), sendo característica atribuída àquele que agisse conforme os valores eleitos pela religião.

Nessa esteira, o presente artigo visa explorar os elementos essenciais e constitutivos da boa-fé à luz dos postulados jurídicos contemporâneos essenciais ao pleno funcionamento da sistemática jurídica nacional contemporânea. Esse exame pretende se viabilizar por intermédio de uma metodologia analítico descritiva que, expondo conceitos chave às normas postas no sistema jurídico, busca uma melhor compreensão sobre a formação e constituição hermenêutica, teleológica e axiológica da boa-fé como instituto legal.

2. OS ASPECTOS HERMENÊUTICOS DA BOA-FÉ

A boa-fé é fundada em dois pilares – um endógeno e outro exógeno. Isso se dá, primeiramente, pelo simples fato de que a boa-fé é tida como a pauta de comportamento definida pela moral social, contendo um certo grau de normatividade, embora em intensidades

distintas, caracterizando o elemento endógeno da boa-fé. Em segundo lugar, por outro lado, há parcela exógena que constitui importante elemento e que está condicionada à forma pela qual o ordenamento jurídico concebe o instituto em questão.

Apesar de os esforços de sistematização e objetivação, é notório que conceitos tais quais como boa-fé, moralidade, ética e bons costumes são dotados de alto grau de abstração. Nesse ínterim, a maioria da doutrina e da jurisprudência, buscando melhor esclarecer o Direito, disciplinou a existência de dois prismas da boa-fé: um de natureza subjetiva e outro de natureza objetiva.

No Brasil, pode-se considerar a Constituição de 1988 como o primeiro grande passo para o reconhecimento da dualidade de conceitos em nossa legislação, haja vista que se utilizou de princípios como o da dignidade da pessoa humana e promoveu uma reinterpretação de toda legislação infraconstitucional. Esse fenômeno de constitucionalização do Direito, por sua vez, tomou raízes nos institutos e transformou elementos essenciais de institutos jurídicos muito antes já consagrados pela legislação, mas incompatíveis com a nova Magna Carta. Esse fenômeno de constitucionalização fez entranhar na legislação infraconstitucional princípios e valores como aqueles concebidos pela boa-fé.

Assim dispõe o § 242 do Código Alemão, em tradução livre: “O devedor deve cumprir a prestação tal e como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico”. E o art. 422 do Código Civil pátrio: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Encontra-se a boa-fé em um papel de norma de conduta. Tanto a boa-fé objetiva quanto a subjetiva direcionam as ações dos sujeitos. A segunda considera a intenção do sujeito da relação jurídica, isto é, seu estado de consciência em um dado comportamento, enquanto a boa-fé objetiva é também um dever de conduta, mas não conforme a inteligência do sujeito, e sim de maneira a atingir, no negócio, “a recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato.” (NERY, 2008, p.247)

Ainda dentro de uma perspectiva introdutória, cabe apenas uma pequena digressão sobre a diferenciação entre os institutos. Apesar de não serem antagônicos, e sim complementares,

ambos os aspectos da boa-fé devem nortear todo o comportamento humano dentro do universo jurídico, *verbis*:

"A boa-fé guarda em si uma antiga e (hoje) notória distinção entre a chamada boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Aquela, considerada como a concepção na qual o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato, esta, um pouco mais exigente, considera-se como a que não protege o sujeito que opera em virtude de um erro ou de uma situação de ignorância o seu comportamento não é o mais adequado conforme a diligência socialmente exigível"¹.

Enquanto a boa-fé subjetiva se originou no Direito Romano, passou pelo Direito Canônico e é utilizada até os dias de hoje, a boa-fé objetiva disposta no §242 do BGB, na qualidade de modelo de conduta pautado na lealdade e na probidade, buscou inspiração nas práticas comerciais alemãs muito anteriores a 1900, reforçadas pela jurisprudência germânica.

Figura a boa-fé objetiva como princípio e, conseqüentemente, como fonte direta de deveres e obrigações, enquanto a boa-fé subjetiva é um elemento constitutivo para a aplicação de uma norma. Ao passo que a boa-fé subjetiva exige a configuração da culpa para a imputação do dever de reparar os danos causados, a boa-fé objetiva elimina tal figura e distribui o dever de reparar ao atribuir os riscos da vida em sociedade a quem não tenha agido conforme padrões ou *standards* de conduta desta mesma sociedade.

Enquanto a contrariedade à boa-fé subjetiva é a má-fé, que se traduz na intenção de lesar outra pessoa, a conduta contrária à boa-fé objetiva é o comportamento em desacordo com um padrão objetivo, “verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico” (MARTINS-COSTA,2002), isto é:

“A primeira representa uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta.”²

¹ MARTINS, Flávio Alves. Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro. 2. ed. Lumen Júris, 2000, p.16.

² NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.255.

Assim, pode-se infirmar, em poucas palavras, que a boa-fé subjetiva se refere aos elementos internos do ser, condutas ilícitas que são tomadas a partir de pensamentos alheios a moral e a ética. Noutra giro, a boa-fé objetiva impõe-se diante de elementos externos, normas de conduta, que determinam a forma de agir de um indivíduo, mas que são exógenas à sua consciência.

Em uma análise mais profunda sobre o conceito e aplicação da boa-fé subjetiva, deve-se levar em conta a valoração da conduta do agente, uma vez que agiu na crença, analisando-se a convicção da pessoa que se comporta conforme o Direito.

Nesse sentido, o manifestante da vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um ato ou fato jurídico. Há a denotação de ignorância, crença errônea, ainda que escusável, conforme explicado pela melhor doutrina:

“A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem”³

Quanto à sua aplicação prática, deve ser observado, no caso concreto, qual era a intenção do sujeito de direito ao cometer tal conduta, sendo de grande interesse na análise dos institutos possessórios. Um exemplo clássico seria aquele sujeito que compra algo de quem não é dono, sem saber, agindo de boa-fé, no sentido subjetivo.

Sobre o assunto, entende a doutrina que o magistrado, ao se deparar com um caso concreto, deverá analisar o estado de ciência ou ignorância do indivíduo com relação ao fato ocorrido. Isso porque, como explica Menezes Cordeiro (1984), “o juiz tem, muitas vezes, de abdicar do elemento mais seguro para a determinação da própria conduta. (...) Na boa-fé psicológica, não há que se ajuizar da conduta: trata-se, apenas de decidir do conhecimento do sujeito”.

³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

Em outras palavras, o juiz, no exame do caso em concreto, deve verificar qual seria a conduta tida dentro da normalidade, ou seja, deve analisar se, a partir dos indícios existentes, seria esperado que a pessoa agisse de tal forma, seja por ciência ou ignorância. Ressalva-se, no entanto, as hipóteses nas quais se é sabida ou comprovada a intensão delituosa do sujeito, agindo então com má-fé.

Por sua vez, a boa-fé objetiva está intimamente ligada à honestidade e à constância com a qual o sujeito condiciona o seu comportamento. Sendo assim, seu principal dever é guardar a lealdade ao comportamento praticado, buscando não abusar da confiança alheia.

Importante ressaltar, todavia, que apesar de a boa-fé objetiva se relacionar com o campo ético-social, essa também deve ser inserida no cenário jurídico, de maior importância para a presente análise. Nesse sentido, deverá o magistrado incentivar e ratificar o comportamento de respeito e confiança existente entre as pessoas, sejam elas partes de uma relação contratual, consumidores, litigantes ou participantes de qualquer relação jurídica.

Assim, a boa-fé pode ser caracterizada como um dever de agir à luz das normas de conduta, pautado sempre pela ética e pelos padrões socialmente estabelecidos e reconhecidos. A primeira vez que tal conceito foi positivado como conhecemos hoje se deu pela interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”.

Diferentemente da análise conduzida no aspecto subjetivo, neste modelo são levadas em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não havendo que se falar em um modelo ou padrão de conduta esperado para aquela situação. Ou seja, no aspecto objetivo da boa-fé, principalmente em razão da sua importância na manutenção do ordenamento jurídico, não se admite uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subjuntivo. (MARTINS-COSTA, 2000).

3. PRINCÍPIOS, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS GERAIS

Há uma diferença entre princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos

indeterminados, essencial para a interpretação e aplicação de determinadas normas. Muitas vezes os três conceitos são inseridos em uma mesma prescrição normativa, porém cada um deles implica em uma função distinta.

Os princípios têm diversos conceitos, todos muito amplos, mas pode-se delinear-los de acordo com seu papel dentro do ordenamento jurídico, ou seja, como um guia para a aplicação, tanto de regras comuns quanto de cláusulas gerais. Eles podem, portanto, ser explícitos ou implícitos, como acontece muitas vezes nas hipóteses de desdobramento de outros princípios. Os princípios agem sobre todas as normas, direta e indiretamente.

Diferentemente dos princípios, que agem como guias de interpretação de todas as normas, as cláusulas gerais criam molduras nas quais as situações fáticas devem ser enquadradas e, a partir daí, definida a consequência jurídica de referido enquadramento. Ou seja, as cláusulas gerais devem ser concretizadas a cada caso, criando uma norma específica para cada um em função de suas peculiaridades

Entre os diversos instrumentos criados para permitir a operabilidade do sistema estão, mais ligados aos seus valores, os princípios, que são diretrizes genéricas e abstratas que norteiam a maneira pela qual os instrumentos devem ser interpretados e utilizados.

No entanto, a abrangência dos princípios muitas vezes dificulta sua aplicação aos problemas concretos que surgem. Sendo assim, criam-se normas específicas para uma série de situações cujo conteúdo se permite assemelhar mais diretamente a cada caso.

Aparentemente, resolve-se a questão da subsunção do problema ao princípio, porém, quanto mais específico o conteúdo da norma, mais árdua a tarefa de aplicá-la a outros casos que não idênticos àquele para o qual foi criada.

De um lado, há princípios que apontam a direção a ser seguida para solução de problemas com base em valores fundamentais e, de outro, há normas que indicam soluções prontas para determinados casos específicos. Precisa-se, assim, de um caminho que una esses dois instrumentos e permita sua aplicação conjunta, ou seja, um caminho que permita a criação jurídica válida e legítima dentro do sistema.

Dois são os mecanismos que surgem para possibilitar essa interação entre princípios e normas, pois indicam, nos casos para os quais não foi criada norma específica aplicável, as diretrizes que deverão ser utilizadas para sua solução: a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado. Ambos proporcionam ao julgador a consideração de valores para a obtenção de soluções dentro do raciocínio jurídico.

A principal diferença entre estes dois institutos está nas suas consequências, nas respostas obtidas pelo julgador em um ou em outro caso.

“Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher o seu conteúdo. Preenchido o conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a consequência previamente estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto (cláusula geral).”⁴

Tomando como exemplo a cláusula geral da boa-fé prevista no art. 422, do Código Civil Brasileiro, percebe-se que, por meio de uma norma, determinou-se que fosse aplicado um princípio a certas situações e, caso se observe que tal princípio não foi respeitado, o mesmo deve ser aplicado para sua solução.

De qualquer forma, trata-se de um princípio ao qual foi atribuída uma função que servirá à solução de um problema, quando requisitado. Solução não prevista na norma, mas aberta à valoração dada pelo julgador no caso concreto. Quer dizer, as soluções dependem da observância de todos esses elementos do sistema de maneira organizada, harmônica e plenamente justificada.

“Ou seja, a cláusula geral encerra um preceito normativo cujos termos são propositadamente vagos. É mesmo uma técnica de elaboração legislativa, que se afasta do casuísimo descritivo em favor de uma previsão cujos termos semânticos são abertos. Examinando a matéria, tive já oportunidade de assentar, com base na lição de Karl Engisch, que “a característica central da chamada cláusula geral está no domínio da técnica legislativa, oposta àquela casuística, de antevisão e descrição, pelo legislador, da hipótese fática”. É ainda de Engisch a advertência de que essa necessária generalidade das cláusulas gerais é que acaba por dar flexibilidade ao sistema, no sentido de que adaptável à diversidade das situações fáticas, assim, acrescenta-se, sem necessidade de alteração legislativa.”⁵

⁴ Ibidem, p.209-210.

⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Responsabilidade civil pelo risco da atividade. São Paulo: Saraiva, 2010, p.67.

Há uma diferença entre princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, essencial para a interpretação e aplicação de determinadas normas. Muitas vezes os três conceitos são inseridos em uma mesma prescrição normativa, porém cada um deles implica em uma função distinta.

Os princípios formam o alicerce de um sistema jurídico, trazendo seus valores básicos e indicando como o direito positivo deve ser interpretado e aplicado. Para entender o propósito de um regime jurídico, é imprescindível conhecer os princípios que o fundamentam.

A principal característica das cláusulas gerais é a contraposição ao modelo de legislar por meio da casuística. Seria, portanto, o modelo da não casuística. Ou seja, o legislador não exaure as hipóteses de incidência do fato à norma, mas cria, isto sim, uma moldura aberta, que permite a incorporação de valores, princípios e diretrizes, originariamente externos ao corpo codificado.

Somam-se a estas características três espécies de cláusulas gerais, de acordo com Judith Martins-Costa⁶, a saber:

“a) disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico (...); b) de tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei (...); c) e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos.”

Quer dizer, as cláusulas gerais fazem parte de um sistema que concede ao juiz a possibilidade de se utilizar de critérios normativos e não normativos para decidir. Isto é, um sistema fundado tanto no processo legislativo, quanto jurisprudencial. Apesar de parecer temerário à segurança jurídica, trata-se de um sistema que proporciona ao julgador mais subsídios, tornando mais rica sua decisão. O juiz pode fazer uso dos dispositivos criados por meio da casuística e, também, das cláusulas gerais.

Com esta visão moderna e corajosa, o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, proferiu o Enunciado 27: “Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 753, jul./1998, p. 31.

levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.”

Os três institutos jurídicos, no entanto, se assemelham em determinados aspectos, sendo um deles a possibilidade que confere aos sujeitos de, mesmo diante da imprevisibilidade de uma série de situações, ser ressarcido quando lesado e ter respeitados seus direitos em todas as esferas de manifestações.

Com relação à boa-fé, divergem os doutrinadores acerca de sua classificação. Trata-se de um molde de conduta do qual derivam diversos deveres, isto é, a boa-fé, tendo em vista o fim do contrato de acordo com o vínculo gerado, cria deveres de adoção de determinadas condutas, “otimizando o contrato independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida.” (Martins-costa, 1999), A importância desta questão é realçada por Nelson e Rosa Nery: “Boa-fé objetiva. Natureza. É cláusula geral, ao mesmo tempo em que se consubstancia em fonte de direito e de obrigações, isto é, fonte jurídica assim com a lei e outras fontes”

Conforme se depreende dos parágrafos anteriores, autores distintos classificam a boa-fé de modos diversos. Uma primeira perspectiva a trata como princípio e a segunda como cláusula geral. Menezes Cordeiro, por sua vez, apresenta a boa-fé por outro ângulo, de conceito indeterminado. Seja sob um enfoque ou sob o outro, o papel da boa-fé na teoria do negócio jurídico é de modelar condutas baseadas na ideologia do Código Civil de 2002 que, como já foi dito, pretende proporcionar e preservar os princípios aqui citados, principalmente da dignidade da pessoa humana, que dá origem a todos eles.

4. OS ELEMENTOS NORMATIVOS DA BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Com relação ao ordenamento jurídico nacional, em que pese anterior adoção da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor, a doutrina atribui a relevância do instituto pela forma como adotado no Código Civil de 2002, constando no conteúdo de 5 artigos.⁷

⁷ O instituto da boa-fé está previsto nos seguintes artigos do Código Civil brasileiro:

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

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em

Todavia, a adoção da boa-fé objetiva nos artigos acima mencionados não significa que a função desempenhada pela boa-fé, em cada um deles, seja a mesma. Isso porque, entendida a boa-fé como cláusula geral, é conformadora de famílias de conceitos, cuja função desempenhada na prática dependerá da análise do caso concreto (SILVA, 2017, p. 76).

Noutro giro, importante destacar também que a boa-fé objetiva possui três principais funções, positivadas expressamente no Código Civil vigente. São elas: a função interpretativa (art. 113 do Código Civil), a função integrativa (art. 422 do Código Civil) e a função de correção (art. 187 do Código Civil).

A primeira delas, a função interpretativa, deverá ser entendida com mais cuidado e atenção, principalmente pela sua aplicação nas leituras de contratos e negócios jurídicos entre pessoas com diferentes poderes de barganha. Um exemplo de aplicação de tal função pode ser na interpretação de cláusulas pré-fixadas em contratos de adesão, onde é imperioso que a dúvida beneficie aquele que não pôde redigir ou debater o conteúdo do negócio, como prevê o Código de Defesa do Consumidor. A seguir serão analisados casos práticos nos quais poderá ser entendida melhor a aplicabilidade de tal função.

Já a função integrativa, por sua vez, é focada no sentido de que a eticidade deve integrar a relação negocial por todo o seu percurso, seja na fase de negociações, pré-contratual ou pós-contratual. Assim, tem por objetivo assegurar a finalidade da obrigação, incrementando princípios como a paridade de armas, a função social e a autorresponsabilidade.

Por fim, temos a função de controle, que buscará a responsabilização do contratante que, no curso do contrato, revele aspectos que demonstrem abusividade ou desequilíbrio na relação jurídica. Um exemplo clássico poderá ser os contratos de adesão comumente utilizados nas relações de consumo. Isso porque, como visto acima, a boa-fé é o grande norte das relações

contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

“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.”

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

“Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”

jurídicas na atualidade, o que incluiria, por óbvio, as relações de consumo.

Nesse cenário, a boa-fé surge no direito do consumidor como princípio equilibrador ou reequilibrador das relações de consumo, tendo em vista a hipossuficiência de uma das partes, justificando-se como um instrumento de controle das cláusulas contratuais abusivas, à luz do art. 4º, III, do CDC. Nas palavras de Plínio Lacerda Martins (2002): “a boa-fé é um critério justo para a manutenção do vínculo obrigacional consagrando o equilíbrio na relação de consumo”.

Uma segunda possibilidade de aplicação do princípio da boa-fé objetiva relaciona-se à recíproca confiança existente entre as pessoas, sejam elas, por exemplo, as partes de um contrato. Ressalta-se que, como apontado acima, a boa-fé deve imperar antes, durante e após a conclusão do documento.

Mais do que isso, um contrato deve ser entendido como um fato social, que produz seus efeitos para além de suas partes. Sendo assim, o contrato também deverá ser respeitado pelos terceiros que gravitam em seu entorno, devendo não apenas considerar a sua existência, como também não interferindo negativamente na relação contratual, de forma a causar o inadimplemento da obrigação. Tal aspecto será melhor abordado posteriormente ao tratar da teoria do terceiro cúmplice.

De todo modo, esse dever de respeito decorre da função social do contrato, que mitiga o princípio da relatividade dos efeitos contratuais estabelecendo eficácia da avença para além das partes contratantes, e da boa-fé objetiva, que impõe limites ao exercício do direito subjetivo de contratar. Nesse sentido, no paradigmático “caso dos tomates”, tem-se a aplicação do instituto para relações pré-contratuais.

Aliás, a boa-fé contratual é preceito que deve ser observado na fase pré-contratual, contratual e depois a execução do contrato. Ao falar da fase negocial, pré-contratual, a jurista portuguesa Ana Prata⁸ salienta que:

“Variando a medida da vinculação das partes na razão da confiança produzida pelo processo preliminar, pode chegar-se a um momento em que tenha que considerar-se

⁸ PRATA, Ana. Notas sobre a responsabilidade pré-contratual. Coimbra: Almedina, 2005, p.77.

ilícito o inesperado rompimento das negociações ou, mesmo mais, ilegítima a recusa de conclusão do contrato, isto é, em que da boa-fé haja de considerar-se emergente o dever pré-contratual do prosseguimento das negociações ou da própria celebração do negócio. (...) Esta última hipótese de obrigação de contratar decorrente da boa fé na fase negociatória apresenta-se particularmente nítida nos casos em que todo o conteúdo contratual se encontra já acordado, restando apenas a sua formalização em obediência às regras legalmente impostas”.

A elaboração do Código Civil de 2002 possibilitou a introdução de novas realidades, a partir da compreensão das tipologias sociais relevantes na vida civil. Assim, reconhece-se que o Diploma Civil retornou ao centro do ordenamento jurídico para harmonizar os microsistemas, proporcionando uma continuidade axiológica, cujos valores, tais quais a socialidade, a eticidade e a operabilidade, foram reafirmados (MARTINS-COSTA, 2002, p. 451-453).

Segundo Nelson Rosenvald (2005, p. 73), o Código Civil elege o ser humano como centro do ordenamento jurídico, alcançando a pessoa que se apresenta por detrás do caso concreto, de modo a superar o individualismo (MARTINS-COSTA, 2003, p. 331-332), por meio da definição de novas bases e valores inaugurados pelo Código Civil.

Diante disso, evidencia-se a necessidade de se ter modelos abertos, reconhecendo uma estrutura normativa completa, ausente da vinculação aos meros valores formais abstratos (MARTINS-COSTA, 2002, pp.451-453). Tal modelo pode ser alcançado por meio da utilização de vocábulos capazes de promover à norma, a compreensão ética, exemplificada por meio dos conceitos indeterminados de probidade, boa-fé, equidade e função social.

E, com o ingresso da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, foi possível conformar a relação contratual como um complexo normativo em vigor, resultado da soma entre o estabelecido pelo ordenamento jurídico e as vontades dos contratantes (ROSENVALD, 2005, p. 91).

A boa-fé, portanto, da forma como foi inserida no Diploma Civil de 2002, não constitui um mandamento ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima a vivência jurídica, tanto na interpretação das leis quanto dos contratos celebrados (REALE, 2002).

Em um breve histórico, a sociedade empresária de conservas alimentícias CICA distribuiu durante anos sementes de tomates aos agricultores de certa região no Rio Grande do

Sul, para plantio e posterior aquisição da safra para a produção de molho de tomate. Na safra de 1987/1988, a sociedade empresária distribuiu sementes aos fornecedores, como era costumeiro, mas recusou-se a adquirir a produção, acarretando prejuízo em razão da quebra da confiança despertada nos produtores antes da celebração do contrato e que se viam totalmente dependentes da aquisição de seus produtos.

O TJRS, sob o voto condutor do Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior, reconheceu a responsabilidade pré-contratual da sociedade empresária por quebra da confiança ao deixar de celebrar, sem motivo justificável, a compra da safra de tomates dos agricultores, embora tenha – como de costume – distribuído as sementes.

Na fundamentação de seu voto, o magistrado considerou que a recorrente compra distribuição de sementes levava os agricultores a pressupor que a empresa gostaria de que a celebração do contrato fosse definitiva no futuro. Desse modo, não poderia voltar atrás nessa conduta, surpreendendo os produtores sem motivo justificável, em decorrência direta dos postulados da ofensa à boa-fé objetiva.

Em outras palavras, por meio da decisão em comento, foi cunhada a vedação do comportamento contraditório, consubstanciada na máxima *venire contra factum proprium non potest*:

“Tanto basta para demonstrar que a ré, após incentivar os produtores a plantar a safra de tomate – instando-os a realizar despesas e envidar esforços para plantio, ao mesmo tempo em que perdiam a oportunidade de fazer o cultivo de outro produto – simplesmente desistiu da industrialização do tomate, atendendo aos seus exclusivos interesses, no que agiu dentro do seu poder decisório. Deve, no entanto, indenizar aqueles que lealmente confiaram no seu procedimento anterior e sofreram o prejuízo. (...) Confiaram eles lealmente na palavra dada, na repetição do que acontecera em anos anteriores.”⁹

Outro exemplo vivo de aplicação de tal função ocorreu por meio da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, na qual foi formulado o Enunciado n. 25, que dispõe: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.”

⁹ TJRS. Apelação Cível 591.028.2915, Quinta Câmara Cível, Relator: Ruy Rosado De Aguiar Júnior, Data do Julgamento: 06/06/1991, Data da Publicação: Diário da Justiça do Dia.

O reconhecimento na referida jornada também nos remete a uma discussão sobre o tema que possui múltiplas facetas, demonstrando a complexidade e essencialidade do instituto. A compreensão emanada pela referida Jornada possibilita um escrutínio por parte do julgador que vai muito além da mera relação contratual estática no tempo, incluindo o *animus* das partes ao contratar, a postura subjetiva dos envolvidos desde sua manifestação de vontade preliminar até a execução dos termos pactuados no instrumento contratual.

Expressão dessa complexidade é a discussão que circunda a dimensão de tutela protetiva em que a boa-fé objetiva se veste. Na medida em que estabelece a distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva uma questão que emerge da discussão conceitual é a forma de tutela dessa boa-fé. Nesse sentido, parte da doutrina ao se debruçar sobre a questão defende que há espécie de relação coordenada na tutela da boa-fé, na medida em que a boa-fé objetiva opera como espécie de tutela à boa-fé subjetiva. Nesse diapasão, a referida tutela justifica-se pelo fato de que os elementos verificáveis e auferíveis que podem elucidar a boa-fé do agente estão muito mais evidentes a nível objetivo do que subjetivo. Naturalmente, pelas próprias características da dimensão objetiva da boa-fé esta é, indubitavelmente, muito mais expressa no mundo das coisas por intermédio de ações e condutas do sujeito. A dimensão subjetiva da boa-fé, em via transversa, transcende a materialidade das condutas e circunscreve-se ao plano da consciência e das ideias.

Nessa esteira, a subjetividade está muito mais contida na concepção que o sujeito elabora sobre o mundo e, por extensão, nas suas manifestações de vontade do que na dimensão objetiva. Essa premissa é central à ideia de tutela pela via objetiva porque pressupõe que a externalização da vontade na conduta humana é resultado de uma consciência subjetiva pretérita, alinhando as vontades do sujeito – dimensionadas no âmbito subjetivo da boa-fé – com suas ações e condutas – manifestadas em uma esfera objetiva. Por essas razões importante parte da doutrina atribui à boa-fé subjetiva uma dimensão psicológica intrínseca, uma vez que a consciência do sujeito é ponto fulcral à subjetividade como elemento constituinte da boa-fé. Em via transversa, o caráter objetivo da boa-fé também é conhecido como aspecto ético do instituto, uma vez que a externalização da consciência pela via da conduta do agente revela um escrutínio de caráter ético do sujeito.

Dentro da função de princípio, destinado a moldar condutas, a boa-fé quando relacionada com outros institutos jurídicos mostra nuances dentro do sistema jurídico pátrio, a

fim de atingir a meta que lhe foi imposta pelo legislador, que a inseriu sob forma de cláusula geral no artigo 422, do Código Civil, deixando para o julgador a decisão de conflitos advindos do caso concreto e preenchê-la conforme parâmetros de conduta correta, devida pela parte em dada situação. Tanto essa conduta ética é esperada, que o próprio dispositivo fala em proibidade: Art. 422 - “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Por fim, estabelecidos os elementos centrais à boa-fé e analisados os principais postulados axiológicos do instituto uma conclusão é patente: a essencialidade da boa-fé ao direito brasileiro. Independente da discussão acerca do limiar entre o Direito Público e o Direito Privado, a boa-fé permeia-se como elemento soberano não somente indicando o agir correto, mas representando verdadeira bússola hermenêutica ao juiz no momento em que profere a decisão.

5. REFERÊNCIAS

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função social do contrato: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Cláudio Luiz Bueno de. Responsabilidade civil pelo risco da atividade. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Flávio Alves. Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro. 2. ed. Lumen Júris, 2000.

MARTINS, Plínio Lacerda. O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *In*: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 753, jul./1998.

_____, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. Arts. 304 a 388. Vol V, Tomo I, 2ª Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

_____, Judith. A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado brasileiro. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, Ano 101, Vol. 382, nov-dez 2005.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. Da Boa Fé no Direito Civil. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1984.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. São Paulo: RT, 2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRATA, Ana. Notas sobre a responsabilidade pré-contratual. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSENVALD, Nelson. Efetividade da boa-fé no Código Civil de 2002. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.