

O princípio da boa-fé e o novo Código Civil*

*Edilson Pereira Nobre Júnior***

RESUMO. A consagração, no texto do Código Civil, emanado da promulgação da lei, do princípio da boa-fé objetiva, constitui um dos traços fundamentais do novo sistema obrigacional brasileiro, devendo modelar a interpretação, a formação e a extinção dos negócios jurídicos. Assim, ao ordenamento pátrio é incorporado forte lastro moral, de sorte que a conduta das partes nas relações jurídicas não dispensará a sua análise sob os primas da lealdade e honestidade.

Palavras-chave: Novo Código Civil. Boa-fé objetiva. Direito Civil.

Inicialmente, gostaria de agradecer o gentil convite, formulado pela Professora Yádia Gama Mayo, ilustre Diretora da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, para que pudesse ter a honra de dirigir-me a tão seleta platéia, proferindo aula inaugural de curso regular dessa instituição.

O tema proposto, considerada a proximidade do início da vigência do Código Civil, advindo com a promulgação da Lei 10.406, de 10-01-02, recai na análise do princípio da boa-fé, em face deste constituir-se em linha básica da nova ordenação. É o que faremos a seguir.

1 – Antecedentes remotos.

* Aula inaugural ministrada no curso de preparação à carreira do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, promovida pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMP/RN.

** Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Juiz Federal.

Tudo começa com o direito romano¹, cuja importância para a formação da base de nosso sistema jurídico é inegável, através do culto à deusa *Fides*, garantidora das estipulações negociais, o qual era realizado em um dos templos do Capitólio, durante o dia 01 de outubro.

Do plano religioso, a noção de *fides* se espria para o jurídico, a representar o fundamento de uma obrigação, logo alcançando relevante papel na disciplina das relações internacionais. Segundo Paolo Frezza², um antiquíssimo documento onde aquela punha lastro fora o primeiro tratado entre Roma e Cartago, no qual ambas as partes prometiam, com base na própria fé, assistência e proteção em prol do cidadão da outra parte nos negócios de direito privado, a serem realizados na zona de influência de cada uma delas.

Demais disso, a *fides* também se voltava às relações entre particulares. Exemplo fora o instituto da clientela, onde um cidadão, pelo ritual da manumissão, conferia a seu escravo uma parcela de liberdade. Isto porque o escravo não passava a ser totalmente livre, mas a integrar a classe dos clientes, com deveres a serem prestados em benefício do seu patrono, cabendo a este o encargo de proteção àquele.

Assim, a *fides* atuava, embora subentendida, na tábua décima segunda, a prescrever que o cliente não poderia ser defraudado da tutela do patrono. O emprego, em tom proibitivo, da expressão *fraus*, oposta ao valor encarnado na *fides*, retratava a influência desta.

¹ Elogiável levantamento bibliográfico acerca da boa-fé no direito romano consta de Lorenzo Fascione (Cenni bibliografici sulla "bona fides". In: Frezza, Paolo et alii. *Studi sulla bouna fede*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1975. p. 51-73.

² *Fides Bona*. In: Frezza, Paolo et alii. *Studi sulla bouna fede*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1975. p. 4.

Mas não é só. A *fides* ainda podia ser vislumbrada nos casos de tutela, curatela e adoção.

Ao lado dessa utilização da *fides*, conhecida como *fides* poder, aponta Pierre Daniel Senn³ a *fides* promessa, a pressupor, ao contrário da primeira, o estado de igualdade das partes. Consistia no liame a determinar que alguém mantivesse a palavra empenhada.

Num estádio posterior, retratado pela notável expansão romana, surge a necessidade de disciplinar-se, inclusive em nível de tutela processual, os liames celebrados entre romanos e estrangeiros, o que se opera com o *jus gentium*.

Em contraposição ao *jus civile*, marcado pelo rigor formal, de que é nota a *estipulatio*, origina-se da pena do pretor peregrino uma categoria de negócios jurídicos tismados pelo informalismo, como os contratos consensuais, de que constituía exemplo a compra e venda e a locação.

Tornou-se imperiosa, portanto, a irrupção, em cotejo com a *fides* solene, de uma *fides* informal, qualificada pelo adjetivo *bona*. Implicou a *bona fides* na obrigação de quem prometeu manter a promessa não somente segundo a sua letra, mas de acordo com o seu espírito. Haveria de ser averiguada a partir do comportamento que, em geral, é aguardado de um homem normal em um caso específico.

Muito contribuíra para o delinear da noção de *fides bona* as chamadas ações de boa-fé (*bonae fidei iudicia*). Estas surgiram justamente à época em que as ações de direito estrito se revelaram insuficientes para a tutela das novas situações, advindas com os contratos consensuais⁴.

³ Buona fede nel diritto romano. In: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*. 14^a ed. Turim: UTET, 1993. v. II, p. 131.

⁴ Um catálogo quase exaustivo das ações de boa-fé é encontrado em Pierre Daniel Senn (Buona fede nel diritto romano. In: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*. 14. ed. Turim: UTET, 1993. v. II, p. 133). Idem em Jose M. Carames Ferro (*Curso de derecho romano, Instituciones de derecho*

Além da permissão de julgamento por equidade, os traços a singularizar as ações de boa-fé consistiam em que as obrigações que as respaldavam permitiam a invocação de vícios do consentimento, a produção de determinados efeitos mediante a constituição em mora do devedor, a suscitação de compensação e a modificação de seus efeitos naturais por ajustes acessórios.

Com o desenvolvimento dessas demandas, passara a *fides bona* a constituir o padrão fundante do vínculo e aferidor da responsabilidade de cada uma das partes nele envolvidas⁵.

Não olvidar o destaque, embora de menor relevo, que a boa-fé romana usufruiu no campo dos direitos reais. Já agora sob a nomenclatura *bona fides*, constituía requisito para a defesa da posse nos institutos da *usucapio*, *longi temporis praescriptio* e da *praescriptio longissimi temporis*.

Diferentemente da *fides bona*, exprimia a convicção, por parte do possuidor, de que o poder de fato que exercitava sobre a coisa não estaria a lesar direito de outrem. O tom característico dos romanos era o de que referida crença era necessária apenas no momento do início da posse, uma vez a má-fé superveniente não influir no direito do possuidor.

O direito canônico, que sentida importância atingira na Idade Média, igualmente ofertara a sua contribuição para o estudo da boa-fé.

privado: obligaciones y sucesiones. 7. ed. Buenos Aires: Perrot, 1958, p. 56, nota de rodapé 13).

⁵ A importância das *bonae fidei iudicia* para a solidificação da boa-fé é bem ressaltada por Mario Bretone (*História do direito romano*. Tradução Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Estampa, 1998. p. 103-15). Idêntico registro é feito por Lorenzo Fascione (Cenni bibliografici sulla "bona fides". In: Frezza, Paolo et alii. *Studi sulla bouna fede*. Milano: Doot A. Giuffrè, 1975. p. 66-70).

Informada pela concepção eclesiástica da ausência de pecado, a boa-fé canônica, conforme bem sumaria José Luis de los Mozos⁶, revelara-se sob os domínios da: a) sustentação da validade dos *pacta nuda*, atribuindo eficácia ao simples consentimento, cuja quebra era reputada como pecado; b) atribuição dos efeitos do matrimônio inválido em relação aos cônjuges inocentes e seus filhos; c) prescrição aquisitiva, alterando a máxima romana *mala fides superveniens non nocet*, de sorte a exigir a continuidade da boa-fé durante todo o tempo necessário ao usucapião⁷.

Ainda durante o medievo, digno de nota influência que a boa-fé granjeara no direito germânico, a partir da fórmula *Treu und Glauben*, expressando a idéia de lealdade e crença. O seu evolver se deu com o juramento de honra, cujos efeitos jurídicos recaíam no empenhamento da lealdade, posto que, uma vez celebrado, implicava para o jurante sujeição ao poder pessoal do credor.

O emprego da boa-fé germânica como medida geral de comportamento, resume-se, no dizer de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, como “a obrigação de cumprir exactamente os deveres emergentes do contrato – a lealdade ao

⁶ *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*. Barcelona: Bosch, 1965. p. 117-118.

⁷ A dissensão entre romanos e canonistas ainda se faz presente na atualidade. Por exemplo, o art. 435 do Código Civil espanhol adota orientação, segundo a qual a posse adquirida de boa-fé ostenta este caráter até o instante em que existam atos que façam crer que o possuidor não ignora ser indevido o poder de fato exercido sobre a coisa, enquanto para o Código francês (art. 2.229) a má-fé superveniente não prejudica. O nosso Código Civil (art. 1.202), seguindo os passos do legislador de 1916 (art. 491), filia-se à orientação do sistema jurídico espanhol, de sorte que a boa-fé cessa quando as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora o vício de que padece a sua posse.

contrato - e a necessidade jurídica de ter em conta, no exercício dos direitos, os interesses da outra parte”⁸.

2 - Alguns modelos estrangeiros.

Impende agora ser vislumbrada a aceitação que a boa-fé vem logrando noutros sistemas jurídicos de relevo, ficando nossa abordagem restrita à família romano germânica⁹.

Seguindo-se um critério cronológico, de recordar-se, de logo, a cláusula geral enfeixada pelo art. 1.134, alínea 3^a, do Código Civil francês de 1804, ao referir-se que as convenções devem ser executadas de boa-fé.

Tal norma, insta acentuar, restara obscurecida durante largo espaço de tempo, adquirindo importância já próximo ao último quartel da centúria pretérita. Isto porque, na sua alínea 1^a, a mensagem, consoante a qual as convenções legalmente formadas terão lugar de lei para aqueles que as celebraram, cujo substrato era recolhido da exaltação da autonomia da vontade na França posterior à revolução liberal de 1789, praticamente anulou qualquer tentativa de implementação da boa-fé como regra de conduta, a nortear as bases do ato jurídico, tanto que gerações e gerações de civilistas passaram diante do art. 1.134, alínea 3^a, do Código Civil francês, sem prestar-lhe a atenção devida.

Prova insofismável dessa assertiva pode ser obtida de Henri, Léon e Jean Mazeaud¹⁰, os quais em sua epítome de

⁸ *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 174.

⁹ O prestígio que a boa-fé alcançou em países vinculados à *commom law*, mais precisamente na Inglaterra e nos Estados Unidos, é noticiado por Bruno Cavalcanti (*O princípio da boa-fé e os contratos de seguro*. Recife: Nossa Editora, 2000. p. 32-34).

direito civil dedicaram um pouco mais de uma página sobre o art. 1.134, alínea 3^a, do Código Civil da França, e, mesmo assim, para fincar as seguintes conclusões: a) a de ser bastante perigoso permitir-se que o juiz, com o seu sentimento de equidade, ou de interesse geral, intervenha no cumprimento das convenções, o que poderia fazer periclitar toda a economia, com a supressão da segurança nas relações contratuais; b) a razão de ser do dispositivo é a de afirmar o desaparecimento das ações de direito estrito, não se prestando para dispensar o devedor da execução da totalidade ou de parte de suas obrigações, informando, com a menção de decisão tomada no ano de 1933, que os tribunais manifestaram claramente o seu desejo de que aquele não saísse do papel, pois do contrário implicaria na sua conversão em legislador, a fim de restabelecer o equilíbrio de um contrato livremente aceito ; c) a proteção do devedor, do credor, ou do interesse geral, não justificam a intervenção do magistrado, salvo em situações absolutamente excepcionais.

O mesmo se obtém de Planiol, Ripert e Boulanger¹¹, os quais dedicaram pouco mais de meia página de sua obra à obrigação de agir de boa-fé, salientando que, a despeito de não se encontrar formulado no código, deveria ser seguida, com vistas a proscrever o dolo na execução do contrato, apontando, nesse sentido, algumas decisões.

¹⁰ *Lecciones de Derecho Civil*. Tradução: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. Parte Segunda, v. III, p. 20-21.

¹¹ *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. p. 168.

A partir de meados da década de 1970, informa-nos Alain Bénabent¹², é que o preceito fora redescoberto, sendo utilizado pela doutrina e jurisprudência com um espírito de moralização, a reclamar do devedor um procedimento leal no cumprimento das obrigações, ao passo que, sob a ótica do credor, passara a sancionar o exercício abusivo das prerrogativas contratuais que a sua posição lhe proporciona.

Já o Código Civil argentino de 1871, cuja feitura é tributada ao engenho de Vélez Sarsfield, não consagrara uma cláusula geral de boa-fé, muito embora esta constasse em dispositivos específicos, relacionados com a posse (art. 2.356 e seguintes), com a ação pauliana (art. 1.575) e com o pagamento feito a credor aparente (art. 738).

A reforma que a esse diploma imprimira a *Ley* 17.711 de 1968 trouxe à baila nova redação ao art. 1.198, proclamando, de início, o seguinte: “Os contratos devem ser celebrados, interpretados e executados de boa-fé, e de acordo com o que, de maneira verosimilhante, as partes compreenderam, ou puderam compreender, obrando com cuidado e previsão”.

Comentando o dispositivo, diz, com muita propriedade, Marcelo Urbano Salerno¹³ que, sobre não se poder conceber um contrato sem o pressuposto da boa-fé dos contraentes, a regra possui uma amplitude extraordinária, a permitir que sejam apreciados os comportamentos das pessoas nas suas relações jurídicas com terceiros, podendo abranger a província do matrimônio, da posse e das sucessões. Isso sem contar que, ainda consoante referido autor, o instituto da imprevisão, previsto no mesmo art. 1.198, bem como a lesão como vício do

¹² La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport Français. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées louisianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 291-292.

¹³ La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport Argentin. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées louisianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 233-235.

consentimento (art. 954), recolhem a sua inspiração na idéia de boa-fé.

O direito espanhol, pelo Código Civil de 24 de julho de 1889, dispensou notada atenção ao princípio da boa-fé. Sem embargo da influência sobre inúmeros dos seus preceitos, é destacável o art. 7.1, contido em seu Título Preliminar, solenizando que “os direitos deverão exercitar-se conforme as exigências da boa-fé”, fixando, assim, um viés ético a servir de limite à postura do titular de um direito subjetivo.

Outro comando de importância é o do seu art. 1.258, a manifestar o perfil integrativo da boa-fé no campo dos contratos, os quais, originados do consentimento, obrigam não somente ao expressamente ajustado, mas também a todas as conseqüências que decorram da boa-fé, dos usos e da lei.

Por sua vez, o BGB, promulgado em 24 de agosto de 1896, tratou do tema mediante o seu § 242, ao dispor que o devedor está adstrito a realizar a prestação conforme as exigências da boa-fé.

A sua integração pelo § 157, estatuinto que a interpretação dos contratos se pautasse pela boa-fé, propiciou, ao depois do primeiro pós guerra, uma fecunda contribuição jurisprudencial na reformulação do direito germânico, ao ponto de possibilitar uma maior liberdade judicial em exigir que as partes, na defesa dos seus direitos, comportassem-se de maneira justa¹⁴.

Nos rastros do sistema tudesco, o Código Civil suíço, de 10 de dezembro de 1907, logo no seu art. 2º, proclama: “Todos têm de agir segundo a boa-fé, tanto no exercício dos próprios direitos quanto no cumprimento de suas obrigações. O abuso

¹⁴ Franz Wieacker (*El principio general de la buena fe*. Madri: Civitas, 1982. p. 40), embora referindo-se ao § 242 do BGB, confirma que a aplicação dessa cláusula geral produz forte contribuição em favor da criação do direito futuro.

manifesto do próprio direito não está protegido pela lei". No art. 3º, relativo aos efeitos da boa-fé, torna a dispor: "Quando a lei faz depender um efeito jurídico da boa-fé de uma pessoa, aquela se presume. Ninguém pode invocar a própria boa-fé quando esta seja incompatível com a atenção que as circunstâncias permitam exigir-se dele".

O Código Civil italiano pôs a boa-fé em realce em muitos de seus dispositivos¹⁵. De início, ressalte-se o art. 1.175, mencionando que tanto o credor como o devedor devem portar-se pela regra da *correttezza*, vocábulo que oferta a noção de correção e seriedade.

Outros preceptivos podem ser citados, tais como o: a) art. 1.337, a demandar que as partes, tanto no desenrolar das negociações como na gênese do contrato, devem atuar de boa-fé; b) art. 1.366, ao prever que a exegese dos contratos deve ser efetuada segundo a boa-fé; c) art. 1.375, dispondo que o cumprimento do contrato deverá ser exigido nos termos da boa-fé¹⁶.

¹⁵ Anteriormente, na codificação de 1865, a boa-fé fora mencionada no seu art. 1.124, servindo de baliza à execução dos contratos.

¹⁶ Procurando desvendar o influxo dos parâmetros da *correttezza* e da boa-fé no direito italiano, Ugo Natoli ensina: "A referência à regra da correção e da boa-fé nos arts. 1.175 e 1.375 vale, exatamente, para advertir o juiz da necessidade que, *também* para os fins da valoração da legitimidade do comportamento das partes na sua atuação na relação obrigacional (como, afinal, na valoração de cada comportamento jurídico relevante dos sujeitos), aquelas operam no caso concreto a indispensável união do dispositivo particular da lei com os fundamentos e diretivas ético-sociais de todo o ordenamento" (Il riferimento alle regole della *correttezza* e della buona fede negli artt. 1175 e 1375 vale, appunto, a tenere avvertito il giudice della necessità che, *anche* ai fini della valutazione della legittimità del comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio (come, del resto, della valutazione di ogni altro comportamento giuridico rilevante dei soggetti), egli operi nel caso concreto l'indispensabile collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l'ordinamento). (La regola della *correttezza* e l'attuazione del

A exemplo do legislador itálico, o lusitano, exemplificado pelo Código Civil de 1966 consagrou a obrigação de atuar de boa-fé em seis dos seus preceitos¹⁷, quais sejam: a) o art. 227º, n. 1º, ao tratar da responsabilidade pré-contratual nas negociações preliminares e na formação do contrato; b) o art. 239º, estatuinto a boa-fé como critério de integração da vontade contratual; c) o art. 272º, ao cuidar da observância da boa-fé na fase de pendência da condição; d) o art. 334º, ao enquadrar a exasperação dos lindes impostos à boa-fé na tentativa de objetivar o conceito de abuso de direito; e) o art. 437º, n. 1º, ao disciplinar a teoria da base do negócio jurídico; e) o art. 762º, n. 1º, ao reportar-se à boa-fé no cumprimento das obrigações.

Código de elaboração recente, qual seja o do *Québec*, de 1991, não se manteve omissivo sobre o tema, reconhecendo-lhe, assim, perene atualidade. De início, o seu art. 6º exara uma importante noção ligada ao modo de exercício dos direitos subjetivos, ao dispor que “toda pessoa deve cumprir seus direitos civis segundo as exigências da boa-fé”. Doravante, o seu art. 1.375 confere realce à dição de que “a boa-fé deve governar a conduta das partes, tanto no momento do nascimento da obrigação quanto naquele de sua execução, ou de sua extinção”^{18 19}.

rapporto obbligatorio. In: Frezza, Paolo et alli. *Studi sulla bouna fede*. Milano: Doot A. Giuffrè, 1975. p. 167-168).

¹⁷ Muito embora António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Tratado de Direito Civil Português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, p. 223) afirme que a boa-fé se encontra presente em aproximadamente setenta artigos, o que engloba as hipóteses relativas aos direitos reais.

¹⁸ Antes do vigente Código Civil, noticia Claude Masse (*La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport Général*. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées louisianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 219), haver a Corte Suprema do Canadá produzido relevante inovação, impondo aos bancos um dever de boa-fé na execução de suas relações

3 - O conteúdo jurídico da boa-fé.

O ponto de partida para a compreensão da boa-fé reside nos dois sentidos que lhe são habituais. Um deles visa regular a ação daquele que atua movido por uma crença, errônea e escusável, acerca de determinada situação jurídica. Denomina-se boa-fé subjetiva, ou também boa-fé crença.

contratuais com seus clientes, destacando-se acórdãos em que foram partes o Banco Nacional do Canadá (1981) e o Banco de Montreal (1989).

¹⁹ Em alguns sistemas, a noção de comportar-se nos padrões reclamados pela boa-fé, não se encontrando devidamente explicitada, é extraída da operosidade exegética. Eis o exemplo do Código Civil polonês, de 23 de abril de 1964, o qual, ao depois da reforma de julho de 1990, em seu art. 354 edita o comando de que o devedor deve executar a obrigação de conformidade com seu conteúdo e de maneira correspondente ao seu fim social e econômico, atentando para as regras da vida em sociedade. A expressão “regras da vida em sociedade” tem sido identificada, como nos mostram Claude Masse (*La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport Général*. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées lousianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 220) e Wojciech Popiotek (*La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport Polonais*. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées lousianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 326), como ordem pública, boas maneiras, relações de justiça, dever de lealdade e também de agir de boa-fé. Igualmente, o também recente Código Civil da Holanda, com vigência iniciada em 01-01-92, mais precisamente no art. 248 do seu Livro VI, dedicado à parte geral das obrigações, dispõe: “O contrato não produz somente os efeitos jurídicos convencionados entre as partes, mas igualmente aqueles que, segundo a sua natureza, decorram da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”. Como esclarece Diana Dankers-Hagenaars (*La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport Néerlandais*. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées lousianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 323), a boa-fé é visualizada pela expressão, vaga sob o aspecto lingüístico, “exigências da razão e da equidade”, com a qual o legislador quis preservar, em favor do juiz, a liberdade necessária para solucionar as situações onde não podem ser fixadas regras jurídicas minudentes.

Como bem diz Wojciech Popiotek²⁰, a boa-fé, em seu sentido subjetivo, expressa um certo estado psíquico de um sujeito da relação jurídica, o qual “apela a certa regra de direito, ou relação jurídica, supondo que esta regra, ou esta relação jurídica, existe, mesmo sendo esta suposição errônea”, podendo reputar o equívoco em que incidira o sujeito como justificado²¹. Há um desconhecimento, por parte do sujeito, de que se acha a lesar direito de outrem.

Tem incidência mais freqüente no campo dos direitos reais, disciplinando as conseqüências relacionadas quanto à posse *ad interdicta*, à posse para fins de usucapião, e à disciplina das plantações e construções em terreno alheio, aplicando-se igualmente no que concerne ao matrimônio putativo, ao credor e ao herdeiro aparente, entre outras situações.

Noutro pórtico, a boa-fé é encarada objetivamente, consistente na conduta leal e honesta, esperada de um homem normal em determinadas circunstâncias. É conhecida também como boa-fé conduta.

Volvendo-se ao ensinamento de Wojciech Popiotek, a boa-fé objetiva “concerne aos princípios de comportamento,

²⁰ “appel à certaine règle de droit ou rapport juridique suppose que cette règle, ou ce rapport existe, même si cette supposition est erronée à condition que l’erreur de cette supposition puisse être considérée justifiée”(La bonne foi dans l’exécution du contrat, Rapport Polonais. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées lousianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 325).

²¹ Evocável aqui a observação de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Tratado de Direito Civil Português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. I, p. 229-231), para quem a boa-fé subjetiva requer, além de um sentido puramente psicológico, um sentido ético, de maneira que somente estará de boa-fé aquele que se encontrasse num estado de desconhecimento não culposo. Trata-se, portanto, da boa-fé subjetiva ética a que o sistema jurídico irradia seus efeitos.

compreendidos pela relação com o devedor – segundo as regras do dever de lealdade – na execução do contrato”²². A sua aplicação se dirige à província onde viceja a autonomia da vontade, representada pelo negócio jurídico e pelo ato jurídico em sentido estrito.

A presente exposição circunscrever-se-á à boa-fé objetiva²³, apreciando a sua repercussão perante o Código Civil de 2002.

Outro ponto onde as investigações sobre a boa-fé encontram dificuldades está no seu relacionamento com a

²² “concerne les principes de comportement, y compris par rapport au débiteur – selon les règles du devoir de loyauté – à l’exécution du contrat”. (La bonne foi dans l’exécution du contrat, Rapport Polonais. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées lousianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 325).

²³ Não se pode esquecer de abalizado seguimento doutrinário a defender uma concepção unitária da boa-fé, como é o caso das linhas recentemente escritas por Delia Matilde Ferreira Rubio (*La buena fe – El principio general en el derecho civil*. Madri: Montecorvo, 1984. p. 92-97) e, no princípio do século recém findo, por Alexandre Al Volansky (*Essai d’une définition expressive du droit basée sur l’idée de bonne foi*. Paris: Librairie de jurisprudence ancienne & moderne Édouard Duchemin, 1930. p. 163-164), porquanto uma conduta derivada de uma crença errônea e escusável há de ser tida como leal e honesta. Todavia, como bem sustenta o primeiro dos autores citados, a *summa divisio* está tão arraigada no seio doutrinário que se torna quase impossível desprezá-la. Prova disso é que até em sistema jurídico que, há pouco tempo, vem recebendo forte influência ocidental, como é o do Japão, o *discrimen* não é desconhecido. Consultar: Ichiro Kitamura, Hiroki Morita e Atsushi Omura (La bonne foi dans l’exécution du contrat, Rapport Japonais. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées lousianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 141). Por essa razão, manifesto-me, nos limites deste escrito, pela continuidade da distinção, sem prejuízo de, numa análise posterior, tornar ao trato da questão.

eqüidade²⁴, ou justiça do caso singular. As opiniões dos juristas apontam divergências.

Guido Alpa²⁵, forte em Mengoni, sustém que o julgamento de boa-fé consente na avaliação do comportamento das partes em confronto com os comportamentos reconhecidos como normas sociais. Diferentemente, a eqüidade permite ao magistrado recorrer a uma competência mais ampla, adaptando o regulamento negocial às exigências da justiça.

Já para Jesus Gonzalez Perez²⁶, a eqüidade opera durante a aplicação das normas, temperando o seu rigor, ou suprindo suas deficiências, enquanto que a boa-fé se relaciona com os atos jurídicos, com os direitos que se exercitam e ao cumprimento das obrigações²⁷.

Com respeito às opiniões mencionadas, e sem querer enveredar com profundidade no exame da sibilina distinção, sou de que o mais acertado advém de Delia Matilde Ferreira

²⁴ Como frisado ao final da nota de rodapé 19, não olvidar a coincidência de significados procedida pela doutrina holandesa, por ocasião da compreensão do sentido do art. 248 do Livro VI do Código Civil de 1992.

²⁵ *Trattato di diritto civile – storia, fonti, interpretazione*. Milão: Giuffrè, 2000. v. I, p. 953.

²⁶ *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 33.

²⁷ Há, na posição do autor, o influxo do art. 3.2 do Título Preliminar do Código Civil espanhol, ao prescrever que a eqüidade haverá de ser ponderada na aplicação das normas. Não omitir que Federico de Castro y Bravo (*Derecho Civil de España*. Madrid: Civistas, 1984. p. 425), com apoio em Aristóteles, advertia que a eqüidade configura a correção de uma lei, cuja abstração ou generalidade poderá resultar contrária, no caso concreto, à igualdade da justiça ou ao bem comum.

Rubio²⁸, para quem, sendo a eqüidade uma forma mais elevada do valor justiça, o seu lastro substancial informará a determinação do conteúdo da boa-fé.

No mais, atente-se que a boa-fé é um princípio – ou, com maior propriedade, um princípio geral do direito –, exprimindo, ao contrário das meras regras, um valor que, uma vez inserto no sistema jurídico, adquire positividade.

Manifesta-se ora como cláusula geral, ora como conceito jurídico indeterminado. Na atuação como cláusula geral, o princípio da boa-fé objetiva faculta ao juiz desempenhar um mister que não se limite a aplicar, na composição dos litígios, a lei em sua literalidade, dando-lhe margem a uma atividade criativa²⁹, com o que se lega ao sistema jurídica mobilidade.

Por seu turno, a boa-fé formalizada como um conceito jurídico indeterminado traduz uma evocação à atividade interpretativa, valorativa, do julgador.

Judite Martins Costa³⁰ procede à diferenciação com base no art. 51, IV, do CDC, e no art. 1.375 do Código Civil italiano. Ao afirmar o art. 51, IV, do CDC, que se reputa abusiva a cláusula contratual incompatível com a boa-fé, tem-se que a sua

²⁸ *La buena fe - El principio general en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984. p. 132.

²⁹ Guido Alpa (*Trattato di diritto civile - storia, fonti, interpretazione*. Milão: Giuffrè, 2000. v. I, p. 952-953), citando Wieacker, diz que as cláusulas gerais absorvem três funções, assim agrupadas: a) aplicativa do direito, no sentido de coadjuvar o julgador na explicitação do seu ofício; b) supletiva do direito, consentindo ao magistrado uma interpretação *praeter legem*, com a finalidade de controlar se o comportamento das partes está em conformidade com a justiça; c) corretiva do direito, ao individualizar uma solução que corrija o *strictum jus*.

³⁰ *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 327-328. Em escrito anterior (As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, a. 28, n. 112, p. 22-23, out./dez. de 1991), a idéia já estava sendo alvo de formulação pela autora.

caracterização decorre do que o magistrado, ao vislumbrar o comportamento social, puder aferir como contrário ao princípio enfocado pelo legislador. O art. 1.375 do Código Civil itálico, ao prever que o contrato deve ser executado de boa-fé, atribui ao juiz uma tarefa criadora à medida que, diante dos casos singulares, passe a extrair da cláusula geral ali inscrita toda a sua potencialidade.

A despeito de várias diferenças poderem ser localizadas na doutrina, pode-se inferir do princípio da boa-fé uma ampla funcionalidade, abrangendo a atuação como: a) norma ordenadora de condutas, onde age como limite para o exercício de direitos subjetivos; b) como critério informador, ao servir de lastro a vários institutos jurídicos; c) técnica de interpretação; d) diretriz instituidora de deveres particulares de comportamento.

4 - O direito brasileiro anterior à Lei 10.406/02.

O ambiente no qual fora gerado o Código Civil anterior não fora propício a que viesse a lume uma cláusula geral de boa-fé³¹. A sociedade da época, predominantemente agrária e escravista, propendia mais ao prestígio da autonomia da vontade do que de comandos que possibilitassem uma maior aproximação entre o desate do caso concreto e a justiça material.

³¹ É certo não se pode obscurecer o art. 131, n. 1º, do Código Comercial, a dizer que a interpretação das cláusulas contratuais deveria prestigiar, dentre outras bases, a inteligência simples e adequada, que mais se conformar à boa-fé. Todavia, a realidade fática preponderante fez do dispositivo algo vazio, desprovido de maior relevância jurídica. Fran Martins (*Contratos e obrigações comerciais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 91), que pode ser considerado um juscomercialista moderno, apesar de reconhecer que a boa-fé dos contratantes constitui princípio de largo alcance no direito comercial, servindo para legar maior rapidez e segurança aos atos de comércio, não dedica ao exame de tal dispositivo mais do que dois parágrafos.

Isso não significa dizer que o legislador de 1916 fora omissivo em aludir à boa-fé. Absolutamente. Em vários trechos de sua obra, a expressão boa-fé é encontrada com facilidade, tanto em sua faceta objetiva quanto subjetiva.

Da mesma forma, a ausência de uma cláusula geral expressa não constituiu fator impeditivo a que se entendesse favoravelmente à sua presença entre nós, quer com base no seu art. 85³², quer com base no art. 1.443³³, ou ainda mediante a construção do seu significado com base nas singularidades do caso concreto. Isso sem aludir à parcela da doutrina que vislumbra a sua incidência como consequência da vigência da Constituição de 1988³⁴.

³² Nesse sentido, consultar posição exposta por Humberto Theodoro Júnior (Contratos – Princípios Gerais – Tendências do direito contratual contemporâneo – Abrandamento dos princípios tradicionais – Intervenção estatal crescente – Impacto do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 765, p. 21, jul. de 1999.

³³ Fora louvado no art. 1.443 do Código Civil pretérito que Clóvis Beviláqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7.^a tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1940. v. II, p. 573) dissera que a boa-fé deveria permear em todos os contratos. Referido dispositivo teve, não obstante limitada ao contrato de seguro, viva aplicação pela jurisprudência, tanto antes da vigente Constituição (STF, 1.^a T., ac. un., RE 105.842 – 1, rel. Min. Rafael Mayer, DJU de 02-08-85, p. 12.056; TAPR, 1.^a Câm. Cível, ac. un., Ap. 1.466/88, rel. Juiz Ivan Righi, RT 640/186-189) quanto posteriormente (STJ, 3.^a T., ac. un., RESP 219.829 – CE, rel. Min. Nilson Naves, DJU de 19-06-00, p. 143).

³⁴ Há alguns autores entendendo que a observância da boa-fé no tráfico jurídico se justifica como ressonância da Lei Fundamental de 1988, indigitando-se como pontos de contato os arts. 1.^o, III, 3.^o, I, 5.^o, I, XXXII, 170, *caput*, e V. Conferir: Teresa, Negreiros (*Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998); Alinne Arquette Leite Novais (Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: Tepedino, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17-54); Bruno Lewichi (Panorama da boa-fé

Na jurisprudência, escassos exemplos, extraídos do labor do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem evidenciaram a necessidade de que as partes, em suas relações negociais, deviam obrar de conformidade com a boa-fé³⁵.

Continuando-se a pervagar a seara pretoriana, não pode ser esquecida decisão do Superior Tribunal de Justiça no RESP 256.456 – SP³⁶, onde se travava disputa, decorrente de contrato firmado entre plantadores de laranja e a empresa Cargil Citrus Ltda. Não obstante haver-se convencionado que a propriedade das frutas já passava, desde a assinatura do pacto, à compradora; as despesas de produção, colheita e transporte tocavam aos vendedores.

Convencionou-se, igualmente, que o comprador poderia, sem qualquer justificativa, recusar o pagamento de frutas que reputasse como inaptas à extração de suco ou revenda, cabendo aos vendedores arcar com os riscos resultantes de caso fortuito ou força maior.

E mais: não poderiam os citricultores alienar qualquer quantidade de frutas a terceiros, não dispondo o ajuste acerca

objetiva. In: Tepedino, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 55-76); Guilherme Magalhães Martins (Boa-fé e contratos eletrônicos via Internet. In: Tepedino, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 137-162); Leonardo de Andrade Mattietto (O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: Tepedino, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186).

³⁵ Esses julgados são encontrados em Judite H. Martins Costa (O Princípio da boa-fé. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 50, p. 207 e 210-211; *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 473-480) e Antônio Junqueira de Azevedo (Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto do Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, *Revista dos Tribunais*, v. 775, p. 12, maio de 2000).

³⁶ 4ª T., ac. un., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 07-05-01, p. 147.

da colheita das laranjas de maturação precoce, cujo prejuízo seria suportado por aqueles. Para compensar os agricultores, a compradora fixara, a seu exclusivo arbítrio, como preço dos frutos a cotação alcançada pela bolsa de mercadoria de *New York*.

A safra de 1990/1991 apresentara quadro adverso aos plantadores, representado pela elevação dos custos de produção e pela sensível baixa da cotação da mercadoria. Daí seguiu ação, destinada a anular negócio, com a fixação de preço justo para os bens vendidos. O pleito fora acolhido, havendo o digno relator assim se pronunciado: “Tenho, no entanto, que o contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranjas), ao lançar despesas à conta de uma das partes, contém desequilíbrio não admitido na nossa legislação, pois deixou ao critério da compradora a fixação do preço e lançou os custos sobre o produtor, sem risco para o adquirente, o que viola a regra do art. 1.125 do CCivil, invocada pelas recorrentes e não aplicada pela eg. Câmara. Além disso, a boa-fé objetiva impunha às partes a repartição dos prejuízos que decorreram da substancial modificação das condições do mercado, assim como observado na r. sentença. Reza o art. 131 do CComercial, que o contrato comercial deve ser interpretado conforme a boa-fé. O r. acórdão negou vigência a esse dispositivo ao consagrar a desigualdade expressa nos contratos de adesão”.

Sem embargo de proferido recentemente, a singularidade do julgado está em consagrar a boa-fé objetiva independente de invocação do Código de Defesa do Consumidor, haurindo a sua positividade da legislação codificada civil e comercial.

O Código de Defesa do Consumidor teve o condão de, nestas plagas, tornar expressa a boa-fé. A esta, inicialmente, dedicou-lhe o art. 4º, III, relativo às balizas principiológicas da

política nacional de relações de consumo, no sentido de que esta deve ser exercida com vistas a harmonizar os interesses do fornecedor e consumidor, de modo a compatibilizar a proteção deste com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando os princípios fundantes da ordem econômica, o que deve ser concretizado sempre com base na boa-fé.

Doravante, ao ocupar-se da proteção contratual no art. 51, IV, reputou abusivas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Embora com um pouco mais de um decênio de vigência, tais dispositivos vêm alcançando largo destaque no labor pretoriano³⁷.

5 - O princípio da boa-fé no novo código civil.

Ao contrário do seu antecedente, o Código Civil promulgado através da Lei 10.402/02 se distanciou do culto excessivo à autonomia da vontade, mitigando-a. O vértice do sistema negocial se deslocou em direção à função social do

³⁷ O Superior Tribunal de Justiça nos dá mostra disso em várias decisões. Consultar: 3.^a T., ac.un., REsp 417927/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 01-07-02, p. 339; 4.^a T., ac.un., REsp 327942/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 27-05-02, p. 176; 3.^a T., m.v., REsp 296453/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 03-09-01, p. 222; 2.^a S., ac.un., EREsp 176890/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 19-02-01, p. 130; 3.^a T., ac.un., REspP 158728/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 17-05-99, p. 197; 1.^a T., ac.un., REsp 157.841/SP, rel. Min. José Delgado, DJU de 27-04-98, p. 107; 4.^a T., ac.un., REsp 139.400/MG, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 25-09-2000, p. 103; 3.^a T., ac. un., REsp 330.261/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 08-04-02.

contrato, o que representa um forte golpe ao individualismo reinante no princípio da centúria passada.

Esse cenário permitiu o triunfar do princípio geral da boa-fé objetiva em vários de seus dispositivos.

De logo, ressalte-se o art. 113, explicitando “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Na função interpretativa, cumpre à boa-fé desvendar os efeitos do negócio jurídico. Traduzindo o preceito excelente critério exegético, por seu intermédio – acentua Darcy Bessone³⁸ – não se objetiva apurar se cada um dos contratantes se acha de boa-fé ao contratar, mas, ao invés, compreender as cláusulas contratuais como exige a boa-fé.

Delineando o significado interpretativo da boa-fé, a jurisprudência estrangeira, mais afeita ao manejo do princípio, preconiza que aquele implica em determinar ao intérprete que, afastando-se da estrita literalidade da convenção, passe a perscrutar a real vontade dos declarantes.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça português, ao negar provimento a recurso de revista, assentou em ementa: “Na interpretação do contrato, deve fazer-se apelo a uma actuação de boa fé, por parte do declaratário, na investigação da vontade real do declarante”³⁹.

Por seu turno, a Corte de Cassação italiana fixou interessante orientação sobre o assunto. Para que determinada declaração de vontade seja entendida nos termos requeridos pelo seu autor, faz-se necessário que, desse modo, tenha sido compreendida pela outra parte, ou por terceiros interessados. De transcrição indispensável o seguinte julgamento: “LETRAS

³⁸ *Do Contrato – Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 226.

³⁹ Revista 78.096, rel. Cons. Sousa Macedo, ac. un., julg. em 14-12-89. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/stj.nsf/954>>. Acesso em 17-07-02.

DE <PATRONAGE> - RELEVÂNCIA JURÍDICA - NEGÓCIO JURÍDICO UNILATERAL - INTERPRETAÇÃO EX ART. 1.362 E 1.366 C.C. - ADMISSIBILIDADE. A declaração de vontade não pode ser entendida no sentido que lhe atribuiu o seu autor se este não é aquele no qual pode ser entendida pelo destinatário, ou por terceiros interessados. Os critérios interpretativos detalhados pelos arts. 1.362 e 1.366 do C. C. são aplicáveis a todos os atos unilaterais entre vivos que tenham conteúdo patrimonial e, portanto, também às letras de 'patronage'⁴⁰.

Segue-se, assim, que a concretização da tarefa que ao aplicador do direito comete o art. 113 do Código Civil está inserta no antecedente art. 112, tocando-lhe atender mais à intenção dos declarantes do que ao sentido literal da linguagem⁴¹.

Há de optar-se, na busca do sentido das estipulações negociais, pela inteligência que melhor assegure a vontade dos declarantes, somente preferindo-se a literalidade quando aquela resulte desconhecida sem culpa.

Nesse diapasão, ao defrontar-se com cláusulas de disposições de teor ambíguo deve o exegeta enveredar pela

⁴⁰ "LETTERE DI 'PATRONAGE' - RILEVANZA GIURIDICA - NEGOZIO GIURIDICO UNILATERALE - INTERPRETAZIONE EX ART. 1362 E 1366 c.c. - AMMISSIBILITÀ. La dichiarazione di volontà non può essere intesa nel senso che há attribuito ad essa l'autore se questo senso non è quello in cui può essere intesa dal destinatario o dai terzi interessati. I criteri interpretativi dettati dagli artt. 1362 e 1366 c.c. sono applicabili a tutti gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale e, dunque, anche alle lettere di 'patronage'". (Cassação Civil, Primeira Seção, n. 10.235, julg. em 27-09-75, apud Guido Alpa e Pietro Maria Putti, *La nuova giurisprudenza civile commentada, casi scelti in tema di buona fede nei contratti speciali*. Milão: CEDAM, 1996. p. 84).

⁴¹ Não fora à toa a tentativa da descoberta da boa-fé objetiva através do art. 85 do Código Civil de 1916.

acolhida de solução que seja conforme à boa-fé, ou seja, que se aproxime mais do razoável, afastando tudo o que puder ser reputado como abusivo.

Não se tolera aqui o esquecimento ao disposto pelo art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, ao estatuir, assaz influenciado pela boa-fé, que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

É certo que o universo de incidência do Código Civil abrange a disciplina geral dos liames jurídicos, excluídos aqueles objeto de leis especiais, como é o caso das relações de consumo. Isso, todavia, não se traduz em impedimento a que o núcleo central do aludido preceito, calcado na *interpretatio contra stipulatorem*, possa ser estendido aos vínculos regidos pelo Código Civil, implicando em que as dúvidas, nos contratos ditos de adesão, sejam dirimidas de forma favorável ao aderente.

Sem embargo da pequena experiência na aplicação do princípio, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RESP 264.562 - SE⁴², fornece-nos um bom exemplo. Confirmando julgado do Tribunal de Justiça de Sergipe, entendeu que,

⁴² Eis a ementa do julgado: “ CIVIL. SEGURO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR - PLANO DE ASSISTÊNCIA INTEGRAL (COBERTURA TOTAL), ASSIM NOMINADO NO CONTRATO. As expressões “assistência integral” e “cobertura total” são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso especial não conhecido” (3.^a T., v.u., rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 13-08-01. p. 150). No mesmo diapasão, confira-se o Agravo Regimental no AI 81959-RS: “SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EQUIVALÊNCIA SALARIAL. ‘Plano de Equivalência Salarial’ é expressão que tem significado unívoco na compreensão comum, não podendo ser referida num contrato de adesão, esvaziada do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Agravo Regimental improvido” (2.^a T., v.u., rel. Min. Ari Pargendler, DJU 30.10.95, p. 36766).

havendo as partes firmado contrato de seguro saúde, cujo formulário de adesão é encimado pela expressão “Plano de Assistência Médico Hospitalar (Cobertura Total)”, não poderia ser tolerada, em cláusula contratual redigida com caracteres de pouca visibilidade, a estipulação de exceções, pena de afronta à boa-fé que, atuando na exegese do negócio jurídico, não permite que as aludidas expressões sejam compreendidas fora do seu significado comum, o qual servira de base para a aceitação dos aderentes.

O novo Código Civil, ao contrário do vigente em outros países, como Espanha (art. 1.258) e Portugal (art. 239º), manifestou-se silente quanto à função integradora da boa-fé, através da qual se complementa a eficácia do negócio jurídico, com a criação de deveres especiais de conduta além dos expressamente ajustados⁴³, como o de transparência, ou com adição de efeitos, tais como o da vinculação da prestação aos folhetos de publicidade, a aplicação da cláusula *rebus sic standibus*, juntamente com a doutrina dos atos próprios e a conversão do negócio jurídico.

O silêncio legislativo, a meu sentir, não rejeita a possibilidade de integração do negócio jurídico pela boa-fé. É

⁴³ Para Delia Matilde Ferreira Rubio (*La buena fe - El principio general en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984, p. 257) a função integradora vai mais além, permitindo que o juiz corrija disposições do estatuto da relação jurídica que sejam notoriamente improcedentes ou injustas. Defendendo que a integração retificadora não possa ser procedida de ofício, mas tão-só a instâncias da parte, esclarece como tal se dá: “[...] o juiz poderá proceder à integração do estatuto, integração que, neste caso, não consiste em completar, mas sim em corrigir; não se incorpora uma nova norma, baseada no princípio da boa-fé, mas se corrige uma norma que atenta contra este princípio básico na regulação da relação jurídica”. (“el juez podrá proceder a la integración del estatuto, integración que en este caso no consiste en completar, sino en corregir; no se incorpora una norma nueva, basada en el principio de buena fe, sino que se corrige una norma que atenta contra este principio básico en la regulación de la relación jurídica”, *loc. cit.*, p. 258).

da natureza deste princípio a circunstância de que a apreensão do seu sentido material suceda mediante a procura de soluções para os casos concretos com os quais se defronta o aplicador da ordem jurídica, o que torna inevitável a manifestação de sua função integradora. Vê-se, por conseguinte, que esta constitui faceta conatural à boa-fé. Ora, o mandamento de que o devedor, ao cumprir a prestação, deva adaptar-se à boa-fé respalda essa assertiva, porquanto evoca a necessidade de, nas situações particulares de conflito, amoldar a resolução deste ao caminho da justiça material.

Outro preceptivo onde se revela a obrigação genérica de atuar segundo a boa-fé é o art. 187 do Código Civil, ao proclamar: “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”.

A dição legislativa, cuja inspiração pode ser vista no art. 334º do Código Civil lusitano⁴⁴, vislumbra a prática de ato ilícito no chamado abuso de direito, ou seja, no exercício anormal de uma faculdade ou poder jurídico. Com vistas a traçar uma definição objetiva do que constitua abuso de direito, elencou o novel diploma a exasperação manifesta das limitações impostas pelo princípio da boa-fé objetiva no que toca ao seu perfil ordenador de condutas.

Adequada, assim, a observação de Lina Bigliuzzi Geri, afirmando que “é à cláusula geral de boa-fé, nas suas diversas manifestações (arts. 1.175, 1.375, 1.337 e 1.366), que se acredita

⁴⁴ Eis, a título ilustrativo, a redação ostentada pela codificação portuguesa: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

poder fazer constante referência, para o fim de se julgar do caráter abusivo de um ato”⁴⁵.

Procurando esclarecer quando ocorre abuso de direito, mediante o excesso dos lindes demarcados pela boa-fé, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, ao negar provimento à Revista 622/98⁴⁶, asseverou que tal ocorre quando o credor cria ao devedor remisso condições gravosas, representadas pela situação desproporcional entre a utilidade buscada e as conseqüências que o obrigado tem de suportar, de maneira a recusar o reconhecimento de inadimplemento ilícito em tal hipótese.

Outra contribuição, a ser nestas plagas haurida da maior experiência que os pretórios portugueses possuem no trato da matéria, está em que a concepção de abuso de direito, moldada pelo art. 334º do Código Civil de 1966, é objetiva, prescindindo da consciência do credor de que se acha a ultrapassar, no exercício de seu direito, as linhas demarcadas pela boa-fé⁴⁷.

O assunto voltará à baila nas próximas linhas.

⁴⁵ “[...] è alla clausola generale di buona fede, nelle sue diverse manifestazioni (artt. 1175 e 1375, 1337, 1366), che si è creduto di poter fare costante riferimento per giudicare del carattere abusivo di un atto”. (Buona fede nel diritto civile. In: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*. 14. ed. Turim: UTET, 1993. v. II, p. 186).

⁴⁶ Rel. Cons. Peixe Pelica, julg. em 14-04-99. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/stj.nsf/954>>. Acesso em 17-07-02.

⁴⁷ Consultar: Revista 690/99, rel. Cons. Silva Graça, ac. un., julg. em 20-06-00; Revista 852/98, rel. Cons. Pinto Monteiro, ac. un., julg. em 01-02-99. Disponíveis em <<http://www.dgsi.pt/stj.nsf/954>>. Acesso em 17-07-02. Não esquecer que, na doutrina brasileira, Sílvio de Salvo Venosa (*Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 499) já esboçara tal pensar ao reportar-se ao art. 187 do então projeto de Código Civil, dizendo que a sua caracterização prescinde da noção de culpa.

Encerrando a previsão legislativa acerca da obrigação de conduzir-se consoante à boa-fé, tem-se o art. 422 do Código Civil, assim redigido: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Inicialmente, o dispositivo alude à postura das partes durante a conclusão do negócio jurídico. Creio que, ao empregar-se o vocábulo conclusão, o legislador quis abranger o que se passa nas tratativas. A formação do vínculo não deve ser compreendida apenas como o instante em que passa aquele a existir, mas na condição de procedimento que engloba todos os acontecimentos capazes de retratar a aproximação dos respectivos sujeitos. Compreende, por isso, a fase pré-contratual.

No estágio de formação do negócio jurídico, o princípio da boa-fé impõe obrigações especiais a serem esperadas das partes. Dentre estas, estão presentes, no dizer de Herbert Schönle⁴⁸, as de: a) informação, a atingir a necessidade de se dar à outra parte conhecimento de todos os fatos que possam influenciar a sua manifestação de vontade; b) confidencialidade, porquanto a boa-fé obriga à discrição, mesmo se o contrato não chega a concluir-se, impondo-se principalmente àqueles que detêm sigilo em decorrência da profissão; c) comportamento sério e leal, o qual será infringido pela ruptura sem motivo das negociações quando o estágio avançado destas tiver criado uma fundada confiança na outra parte, pela indução de alguém a ultimar um contrato, do qual sabia ou devia saber que aquele seria nulo, ou ainda pela celebração do negócio de forma a provocar lesão.

⁴⁸ La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport Suisse. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées lousianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 198-201.

A violação de tais deveres é capaz de ensejar a invalidade de todo, ou de parcela do negócio jurídico, sem excluir o cabimento de indenização, em caso de dano comprovado⁴⁹. Mais particularmente no que concerne ao quebrantamento injustificado das negociações preliminares, indeclinável o direito da outra parte ao ressarcimento de prejuízos que sofrera na expectativa de futuro contrato⁵⁰.

O cumprimento das prestações constitui província onde a boa-fé produz notável influência.

Visualizada sob o prisma do devedor, a boa-fé reclama a satisfação, com lealdade, da obrigação que lhe incumbe. Toca-

⁴⁹ O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, na Revista 4599 (rel. Cons. Folque Gouveia, ac. un., julg. em 20-01-94. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/stj.nsf/954>>. Acesso em 17-07-02), entendeu fazer *jus* à indenização, com base na ofensa da boa-fé na fase pré-contratual, a parte que não pode valer-se da utilidade contratual, em virtude de nulidade do contrato, para a qual não restara culpada.

⁵⁰ Consta dos anais do Supremo Tribunal de Justiça lusitano o entendimento de que o rompimento, sem justa causa, das tratativas, que se encontrem em estado avançado, forja direito à reparação de danos. Exemplo disso está na fundamentação da Revista 83/89 (2.ª Seção, rel. Cons. Noronha Nascimento, julg. em 08-10-98. Disponível em <<http://www.cidadevirtual.pt/stj/jurisp/bolAnual>>. Acesso em 12-12-00), sede em que o pedido não fora acolhido, uma vez demonstrado que os promitentes compradores, ao desistirem do negócio, não o fizeram com culpa, mas porque os promitentes vendedores não adimpliram a promessa de obter autorização para edificar no prédio exposto à venda. Na Itália, o tema, *ex vi* do art. 1.337 do Código Civil, alcançou notável desenvolvimento jurisprudencial, como nos mostra Luca Nani (*La buona fede contrattuale - I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*. Pádua: CEDAM, 1998. p. 03-82). Entre nós, podemos citar, com apoio em Judite Martins Costa (*A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 473-480) dois interessantes julgados, proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os quais ficaram conhecidos como os casos dos tomates e do posto de gasolina.

lhe, ao fazê-lo, não fraudar a justa expectativa do credor, devendo observar não somente a literalidade da cláusula contratual, mas também o seu espírito. O que se interdita ao devedor é a atitude que frustre a utilidade almejada pela outra parte.

Sob o aspecto do credor, interdita a boa-fé posturas capazes de representar, pela situação de desequilíbrio suportada pelo devedor, desempenho abusivo de suas prerrogativas contratuais⁵¹.

O respeito à boa-fé objetiva, na execução dos negócios jurídicos, produz algumas conseqüências especiais, a saber: a) o adimplemento substancial, de maneira que, cumprida parte relevante, o descumprimento de parcela diminuta das prestações não justificará a resolução contratual; b) a impossibilidade de um negócio ser desfeito em decorrência de insignificante transgressão de prazo⁵²; c) a incidência da teoria

⁵¹ Em compasso com sistematização proposta por Alain Bénabent (*La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport Français*. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées lousianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 298-300), a má-fé do credor pode ser vislumbrada: a) pela utilização de uma cláusula negocial para atingir finalidade alheia à sua natureza; b) pela maneira como exerce os seus direitos, como, por exemplo, quando age maliciosamente; c) quando os resultados, a serem obtidos através de suas prerrogativas contratuais, provoquem situação de forte desequilíbrio frente ao devedor.

⁵² Sobre o tema, confira-se, em mais uma invocação à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português, o trecho da ementa, a seguir transcrito: "Perante um incipiente incumprimento da prestação devida pela entidade patronal, podendo admitir-se a sua boa fé, o trabalhador deve, antes de rescindir o contrato de trabalho com invocação de justa causa, avisar a entidade patronal de que esta está a cumprir mal as prestações, concedendo-lhe oportunidade de corrigir um comportamento menos esclarecido" (Revista 6.187/89, rel. Cons. Sousa Macedo, ac. un., julg. em 20-02-91. Disponível em <http://www.dgsi.pt/stj.nsf/954>. Acesso em 17-07-02).

da base do negócio jurídico, a preconizar a alteração deste quando as circunstâncias existentes durante a sua formação sofrerem mutação anormal⁵³; d) o reconhecimento do implemento de condição suspensiva quando maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer, juntamente com a não verificação da condição maliciosamente implementada, por tal ocorrer em função da atuação do seu favorecido⁵⁴; e) a possibilidade de oposição de exceção de contrato não cumprido⁵⁵; f) a vedação de *venire contra factum proprium*, de modo a não ser concebida que, em uma relação negocial, uma das partes se comporte contraditoriamente a uma anterior conduta sua, como, por exemplo, o locador que, ao depois de dois anos recebendo, sem reclamação, o aluguel mensal no quinto dia posterior ao vencimento, resolve, por tal fato, pleitear a rescisão da locação; g) não admissão da exigibilidade de condições gerais do contrato contrárias à boa-fé; h) a possibilidade de moderação da incidência da cláusula penal estipulada, levando-se em conta as circunstâncias peculiares ao caso concreto⁵⁶.

⁵³ Ver o arts. 478 e 6º, V, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente. Merece ser lido, até pela atualidade de que se reveste o tema entre nós, o RESP 376.877 – RS (3º T., ac. un., rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 24-06-02, p. 299), ao aplicar, com fulcro na boa-fé objetiva, o art. 6º, V, do CDC, com vistas a revisar, em virtude da crise cambial de janeiro de 1999, contrato de *leasing*, destinado à aquisição de bens com preço indexado ao dólar.

⁵⁴ Cf. art. 129 do Código Civil.

⁵⁵ Vide o art. 476 do Código Civil.

⁵⁶ Nesse sentido, a opinião de Diana Dankers-Hagenaars (*La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport Néerlandais*. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées lousianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 322).

Penso que, para fins do estabelecimento de critérios objetivos ao reconhecimento do abuso de direito, poderá o intérprete utilizar, mediante integração analógica, do enunciado do art. 51, §1º, do CDC, ao definir o que se deva entender por vantagem exagerada⁵⁷, aplicando-o, com as modificações devidas, às contratações submetidas ao Código Civil.

Malgrado o art. 422 do Código Civil limitar-se a falar em formação e execução do contrato, não há que se excluir a possibilidade do dever de pautar-se em conformidade com a boa-fé depois da extinção daquele.

O art. 1.375 do Código Civil do *Québec*, ao referir-se que a boa-fé deve governar a conduta das partes ao instante de sua extinção, parece já permitir o reconhecimento legislativo de que aquela também se impõe após executadas as prestações.

De fato, em algumas situações, da cada vez mais complexa e mutável sociedade onde vivemos, poderão as circunstâncias que presidiram a celebração do pacto inferir que o dever de boa-fé continue presente ao depois de sua extinção pelo seu cumprimento. Por exemplo, numa compra e venda pela Internet, cujo pagamento será realizado mediante cartão de crédito, cujos dados o comprador transmite ao vendedor. Este, mesmo após a autorização da compra pela financeira, deverá guardar sigilo acerca das informações fornecidas sobre tal documento pelo adquirente. Invoque-se ainda a contratação de profissional, cuja obrigação acessória seja a de guardar sigilo, a permanecer ao depois de desaparecida a avença.

⁵⁷ Diz o dispositivo: “§ 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem 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 o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

Penso que o fato do legislador patrial não haver, às expressas, afirmado que a conduta de boa-fé também é de ser manifestada posteriormente à execução das prestações contratuais não exclui a possibilidade de, diante do caso concreto, a atividade criativa do magistrado assim conceber. A formulação, à guisa de cláusula geral, conatural ao princípio, assim o permite.

Eis, em suma, o que tenho para dizer.

Muito obrigado.

The principle of *bona fides* in the Civil Code of 2002.

ABSTRACT. The consecration, in the Civil Code Text, from the promulgation the law, from the principle of the objective good-faith, constitute one of the founding traces of the new obligation brazilian system, which should model the interpretation, the creation and extinction of the juridical business. Thus, to the country law is incorporated a strong moral support, so the behavior of the parts in the juridical relations will not dismiss It's analyses on the references of the loyalty and honesty.

Keywords: New Civil Code. Objective bona fides. Civil Law.