

A Boa-Fé no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor

Good Faith in the Civil Code and Consumer Rights

Alessandra Cristina Furlan^{a*}, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador^b, Simone de Paula Molinari^c

Resumo

O estudo trata da boa-fé objetiva como princípio contratual limitador da autonomia da vontade. Define princípio, classifica-o e aponta as diferenciações entre princípio e regra. Analisa a evolução histórica dos contratos e da boa-fé objetiva. Verifica o significado e a importância das cláusulas gerais. Diferencia boa-fé objetiva e subjetiva. Discorre sobre a boa-fé objetiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Aborda as funções da boa-fé objetiva.

Palavras-chave: Boa-fé. Contratos. Proibidade.

Abstract

This study deals with good faith as a will restriction contractual principle. It defines and classifies principle by showing the differences between principle and regulation/norm. It analyzes the historical evolution of contracts and objective good faith. In addition, it verifies the meaning and importance of general clauses. It also differentiates objective from subjective good faith. Objective good faith in the Civil Code and Consumer Rights are discussed as well as the functions of objective good faith.

Key-words: Good faith. Contracts. Probity.

^a Mestre Universidade Estadual de Londrina (UEL). Docente da Universidade Estadual de Londrina (UEL) e Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). E-mail: alessandrafurlan@uol.com.br.

^b Doutoranda em Direito Civil Universidade Federal do Paraná (UFPR). Docente da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). E-mail: rita.tarifa@unopar.br

^c Acadêmica do curso de Direito Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). E-mail: simonemolinari@bol.com.br.

* Endereço para correspondência: Rodovia Celso Garcia Cid, Km. 377, CEP: 86.047-500, Londrina-PR.

1 Introdução

O Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) rompeu com o paradigma liberalista, em que imperava o individualismo e a preocupação patrimonialista. Adotou a concepção social e instituiu como núcleo principal a pessoa humana, em consonância com a tábua axiológica da Constituição Federal de 1988.

O contrato, no cenário pós-moderno, volta-se à sua função social e à preocupação com os Direitos Fundamentais do Homem. Assim sendo, uma das importantes alterações trazidas pelo Código Civil de 2002 foi a previsão da cláusula geral da boa-fé objetiva, um dos princípios norteadores de todas as relações obrigacionais. Através dessa boa-fé objetiva e da função social do contrato, a autonomia da vontade deixa de ser absoluta para receber limites em prol dos interesses sociais, da proteção do equilíbrio e justiça contratual.

Nada obstante, anteriormente ao Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990) não só prestigiou a regra da boa-fé objetiva em dois de seus artigos (art. 4º, III e 51, IV), como também a tutelou implicitamente em muitos outros dispositivos.

Portanto, a boa-fé é um dos pilares das relações contratuais, consistindo em um desdobramento dos princípios constitucionais fundamentais: dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial.

O presente estudo tem por objetivo a análise da boa-fé objetiva no âmbito civil e consumerista. Para tanto, adota como premissa a perspectiva constitucional de contrato.

Igualmente, abandona-se a idéia de sistema fechado de instituições e normas, onde todo o caso pode ser enquadrado num determinado conceito formulado hipoteticamente, para adotar uma concepção de sistema aberto. Pela técnica legislativa das cláusulas gerais, oferece-se maior flexibilidade e capacidade de expansão do sistema, a fim de atingir a integração do ordenamento jurídico com os diversos elementos sociais, econômicos e culturais existentes (SLAWINSKI, 2002).

Outrossim, mais do que verificar o cumprimento dos requisitos formais para a validade dos negócios jurídicos caberá ao intérprete apreciar o conteúdo da relação contratual, analisando o equilíbrio entre prestações e contraprestações resultantes do contrato (AMARAL JÚNIOR, 1993). Analisar, pois, se as partes procederam com proibidade e boa-fé.

O presente estudo é dividido em partes. Inicia o trabalho com a noção de princípio e diferenciação entre princípios e regras. Recorre às fontes históricas e ao Direito Comparado. Analisa as cláusulas gerais e diferencia boa-fé objetiva e subjetiva. Enfim, procede-se o estudo da boa-fé objetiva como cláusula geral e suas funções.

Apesar da divergência entre os estudiosos sobre a natureza jurídica da boa-fé objetiva, em face da impossibilidade de maior aprofundamento da questão neste trabalho, reconhece-

se a boa-fé objetiva como um princípio jurídico, em conformidade com a doutrina majoritária e a jurisprudência.

Diante do que foi exposto até o presente momento, o trabalho traça algumas considerações sobre a boa-fé objetiva, sem a pretensão de esgotar o assunto. E para o seu desenvolvimento foi utilizado o método dedutivo, com consulta e análise da legislação e material doutrinário constante em livros, artigos e periódicos. Desta forma, tem por base a pesquisa legislativa e bibliográfica, apresentando diversos posicionamentos a respeito do assunto e extraindo-se conclusões.

2 Princípio

Para que seja possível a análise da boa-fé objetiva impõe que se precise qual o significado de princípio e sua função entre princípios e regras.

Canotilho (2003, p. 1159) afirma ser o sistema jurídico “um sistema normativo aberto de regras e princípios”. A norma é gênero que comporta duas espécies: regras e princípios. Ambos (princípios e regras) são dotados de igual normatividade.

Segundo Oliveira (1997, p. 43), os princípios são:

Mandatos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas encontra-se determinado através de princípios e regras que jogam em sentido contrário.

Nesta esteira, Canotilho (2003) entende que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoantes os condicionalismos fáticos e jurídicos, ou seja, os princípios “são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” (SANTOS, 1998, p. 111).

A Teoria Geral do Direito diferencia princípios e regras. Como acima disposto, ambos apresentam igual normatividade. Nada obstante, enquanto os princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete, as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e conseqüências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma

situação jurídica específica, elaborada por um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras, embora admitindo exceções, quando contrariadas provocam a exclusão do dispositivo colidente (AMARAL JÚNIOR, 1993).

O Código Civil de 2002 estabeleceu como princípios basilares o da eticidade, da socialidade, da praticidade e da operabilidade (DELGADO, 2007). E a boa-fé objetiva está diretamente relacionada com esses princípios adotados pelo Código Civil de 2002, como se passa a demonstrar.

Antes, porém, salienta-se que o Código de Defesa do Consumidor elenca vários princípios próprios para o equilíbrio nas relações de consumo, como os princípios da vulnerabilidade, da boa-fé, da harmonia, da transparência, da proteção governamental, princípio da informação, todos estes relacionados (MARTINS, 2002).

Nesse sentido, oportuna a lição de Slawinski (2002, p. 116) que explica:

Os tecidos normativos do Código Civil e da legislação especial devem ser informados pelos mesmos princípios, estando ambos, por conseguinte, condicionados, vinculados, instrumentalizados, ao projeto constitucional e aos princípios por ele consagrados.

Em suma, atualmente, a boa-fé objetiva encontra previsão expressa tanto no Código Civil de 2002 como no Código de Defesa do Consumidor¹. Mas nem sempre essa previsão foi expressa. Para uma análise e compreensão da boa-fé objetiva recorre-se, inicialmente, à consulta das fontes históricas.

3 Evolução Histórica

O Direito Contratual apresenta princípios próprios que o regem: os clássicos (princípio da autonomia da vontade, princípio da força obrigatória do contrato e princípio da relatividade subjetivados efeitos do contrato) e os modernos, que estabelecem limites aos primeiros (princípio da função social do contrato, princípio da boa-fé objetiva e princípio da equivalência material). Constata-se que os princípios contratuais se desenvolvem ao longo do tempo adequando-se às necessidades e alterações sociais.

Na concepção clássica de contrato, predominante nos séculos XVIII e XIX, imperava o princípio da autonomia da vontade²

1 Lôbo (2002,) faz comparação entre os princípios sociais dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, concluindo que são notáveis as aproximações entre os dois códigos. Marques (2003) ensina que o novo Código Civil brasileiro traz ao Direito Privado brasileiro geral os mesmos princípios já presentes no Código de Defesa do Consumidor, como a função social dos contratos e a boa-fé objetiva.

2 Na concepção clássica, as expressões autonomia privada, autonomia da vontade e liberdade contratual são sinônimas (OLIVEIRA, 1997). Na atualidade, a autonomia da vontade diferencia-se da autonomia privada. Amaral (2003) explica que autonomia da vontade é o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. E, quando a referência é especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, diz-se autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como o de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa, mas, complementariamente ao ordenamento estatal. Oliveira (1997) igualmente diferencia os termos afirmando que enquanto a autonomia de vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, a autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade e autonomia negocial expressa a capacidade de auto-regulamentação no campo do negócio jurídico.

e da liberdade de contratar e contratual. Isto significava que a pessoa era livre e soberana para decidir se e com quem contratar, de estabelecer o tipo, o conteúdo, a forma e os efeitos do acordo. As partes eram consideradas livres e formalmente iguais, sem privilégios, sem proteção legislativa. E apenas duas limitações poderiam ser impostas: a ordem pública e os bons costumes.

Essa doutrina clássica, seja para a teoria subjetiva, seja para a teoria objetiva, estabelece o predomínio do voluntarismo como fundamento do negócio jurídico, pois em ambas as teorias não se dispensa a exteriorização da vontade para o contrato (OLIVEIRA, 1997). A prevalência da vontade interior (teoria subjetiva ou da vontade) ou da vontade declarada (teoria objetiva ou da declaração) em caso de conflito não afetava diretamente o princípio da autonomia da vontade. A vontade (interna ou declarada) era, pois, soberana.

Esse pensamento clássico pautou-se nos fundamentos filosóficos do individualismo e voluntarismo. Como fundamento ideológico e econômico tem-se o liberalismo. Vedava-se a intromissão estatal no setor privado e os juízes não se intrometiam naquilo que as partes acordaram no negócio jurídico. Ao legislador cabia tão-somente resguardar a manifestação de vontade isenta de vícios.

Todos esses fundamentos que predominaram após a Revolução Francesa atendiam aos interesses da classe burguesa na livre produção e circulação de bens e na aquisição de propriedade³.

Portanto, nos séculos XVIII e XIX, o dogma da vontade preponderou de forma praticamente absoluta, pressupondo a igualdade formal entre todos os sujeitos e a liberdade econômica.

No âmbito do direito pátrio, o Código Civil de 1916 foi inspirado nas doutrinas individualista e voluntarista, consagradas estas pelo Código de Napoleão. O valor fundamental deste Código era o indivíduo. O Direito Privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais visavam poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens sem restrições ou entraves legais. Por sua vez, o Direito Público não interferia na esfera privada (TEPEDINO, 2001).

Somente no final do século XIX, após a Primeira Guerra Mundial é que desponta uma mudança radical, com alterações econômicas e sociais. Os movimentos sociais, a oposição aos regimes totalitários, o processo de industrialização crescente, a massificação dos contratos atingiram o Direito Civil europeu e, conseqüentemente, o ordenamento brasileiro, quando se fez inevitável a necessidade de intervenção estatal na economia. No âmbito privado, essa intervenção estatal se constituiu no

fenômeno conhecido como dirigismo contratual (TEPEDINO, 2001).

A autonomia da vontade, antes ampla e ilimitada, passa a sofrer restrições por parte da lei e dos juízes, como forma de coibir abusos praticados pelos grandes conglomerados e se adequar à nova realidade: contratação massificada, padronizada, a montagem de aparatos publicitários, a prevalência dos interesses dos mais fortes economicamente sobre os mais fracos. Em lugar da vontade, passa a prevalecer o interesse social.

Desta feita, os princípios contratuais sofrem profundas modificações com a passagem do Estado Liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais) para o Estado Social (limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados, através da intervenção legislativa, administrativa e judiciária nas atividades privadas e a tutela dos mais fracos) (LÔBO, 2002).

No Brasil, essa transição se dá com a Constituição Federal de 1988, na medida em que ela estabeleceu um novo sentido de indivíduo, isto é, da pessoa e de sua repersonalização, inserindo em seu texto vários institutos fundamentais do Direito Civil. Assim, o Direito Civil perde a tendência excessivamente patrimonial e individualista para receber uma abordagem constitucional e “reconhecer uma justa prevalência da pessoa humana em lugar dos bens materiais” (GAGLIANO; AMPLONA FILHO, 2005, p. 32).

O Direito Contratual, como parte do Direito Civil apresenta uma nova realidade: a busca o contrato pela realização de uma justiça distributiva e da proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, em detrimento da mera circulação de riquezas. Hoje, é possível afirmar que o Direito Contratual só encontra fundamento se analisado sob o prisma desses Direitos Fundamentais do Homem (TORRES, 2006), com proteção da vida e da dignidade do homem.

O contrato, tomando por base os novos valores constitucionais e o homem como fim último da ordem jurídica, estabelecida a partir de 1988, apresenta novo perfil principiológico. A autonomia privada volta-se para uma dimensão constitucional⁴: o contrato ganha função social (proteção à vida, à dignidade, proteção o consumidor, função social da propriedade) e o comportamento das partes passa a limitado pelo Estado frente ao princípio da boa-fé.

Enfim, o princípio clássico da autonomia da vontade não desaparece, continuando como princípio básico da ordem jurídica privada. Apenas sofre uma releitura, uma limitação no seu conteúdo e alcance pelos novos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva. Portanto, a questão é de limites. Permanece, “como regra, a liberdade de contratar e de estabelecer o conteúdo do contrato, sendo excepcional

3 A concepção clássica de contrato nasce com o liberalismo econômico, em resposta às limitações oriundas do direito canônico e do corporativismo. Surgiu a idéia de liberdade contratual como um dos corolários básicos da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Desejando as partes unir-se por vínculo contratual, tudo que acordassem seria tido como lei entre elas (*pacta sunt servanda*), não podendo, sequer, o Poder Judiciário, interferir em seu conteúdo (*intangibilidade*) (POPP, 1997).

4 Sobre o assunto, “A autonomia privada na legalidade constitucional” (NALIN, 2006).

a intervenção do Estado ao estabelecer a obrigatoriedade de certos contratos e cláusulas e preços prefixados” (AMARAL, 2003, p. 359).

Feitas estas considerações sobre a superação da visão tradicional de contrato e a adoção de paradigma pós-moderno de contrato, passa-se a um rápido estudo da evolução história da boa-fé objetiva no Direito Romano, Direito Canônico e no ordenamento jurídico pátrio.

No tocante à evolução histórica da boa-fé, esta apresenta origem no Direito Romano, ligada à idéia de *fides* que se desenvolveu, especialmente, nas relações de clientela, implicando a existência de deveres de lealdade e obediência por parte do *cliens* em troca da proteção que lhe era dada pelo *cidadão*. A noção evoluiu para *bona fides* querendo significar a observância ao compromisso assumido, segundo seu espírito e não apenas segundo o texto que o expressa. No período clássico, esta concepção foi reduzida a uma espécie de procedimento jurisdicional denominado *bonae fidei iudicium*, aspecto técnico que conota a boa-fé em sentido objetivo (PEIXOTO, 2003).

Cretella Júnior (2001) afirma que *os contractus bonae fidei* são contratos que levam em consideração as circunstâncias que cercam o fato à intenção das partes. São opostos aos contratos de direito estrito, os quais admitem rigorosa interpretação. Na realidade, os contratos de boa-fé (*contractus bonae fidei*) eram tutelados por ações de boa-fé (*bonae fidei iudicium*), possibilitando ao juiz analisar com menos rigor formal (MARTINS, 2002).

A boa-fé igualmente aparece no Direito Canônico, seja em matéria possessória, seja em matéria contratual, mas ligada à idéia de ausência de pecado, respeito à promessa e ao consentimento dado. Prevalcia a noção subjetiva de boa-fé (PEIXOTO, 2003).

O Código francês chegou a tratar da boa-fé, mas foi o sistema jurídico alemão o primeiro a desenvolver, predominantemente, “por meio da jurisprudência, os seus contornos ainda hoje utilizados como fonte de direitos e obrigações, tanto para o devedor quanto para o credor” (PEZZELLA, 1997, p. 199). Portanto, será na jurisprudência alemã, a começar pela comercial, que se firmará a boa-fé objetiva como um princípio, passando depois a ser reconhecido o princípio na legislação. Surge, então, a boa-fé objetiva “relacionada à confiança, à reciprocidade de deveres, a uma preocupação com os interesses do alter”. Esta noção foi inserida na codificação germânica e alcançou os demais ordenamentos (PEIXOTO, 2003). Atualmente, a boa-fé objetiva é prevista nos “artigos ou parágrafos 1.134 do CC francês, 242 do BGB, 1.337 do CC italiano e 227 do CC português” (AZEVEDO, 1992, p. 78).

No ordenamento pátrio, o Código Comercial (1850) é que introduziu a boa-fé objetiva ao estabelecer regras de interpretação aos contratos mercantis (art. 131, § 1º). Nada obstante, essa regra “permaneceu letra morta por falta de

inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais” (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p. 21).

Já o Código Civil de 1916 comportava expressamente apenas a boa-fé subjetiva, omitindo-se a respeito da boa-fé objetiva como regra geral de comportamento, o que traduziu:

Um reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos (AZEVEDO, 1992, p. 78-79).

Foi o Código de Defesa do Consumidor que resgatou a boa-fé objetiva como regra de conduta, materializando o que já existia na doutrina e na jurisprudência (PEZZELLA, 1997).

Como conclusão, oportuna a lição de Nalin (2006):

A presença da boa-fé no âmbito positivo remonta a 1850, em vista do art. 130 do Código Comercial, encontrando-se, mesmo essa, em incessante mutação. Não se pode pretender imaginar que a boa-fé é um produto final do século XX. É claro que, no Brasil, desde a sua primeira aparição codificada, teve ela importância e dimensão condizentes com a sociedade da época.

E dentre os vários fatores que concorrem para a transformação da boa-fé, jurídicos e metajurídicos, o perfil constitucional que se atribui à autonomia privada é, componente preponderante no processo de compreensão histórica da boa-fé.

O atual Código Civil tratou da cláusula geral da boa-fé objetiva em vários dispositivos, sendo os mais importantes os arts. 113, 187 e 422, como serão estudados.

4 Cláusulas Gerais ou Abertas

A boa-fé objetiva traduz-se em uma cláusula geral ou aberta, a ser preenchida pelo juiz conforme as particularidades do caso concreto. Mas o que significa essa cláusula geral?

O legislador, convencido da impossibilidade de regulamentação exaustiva de todas as relações da vida contemporânea, que evoluem num ritmo frenético ante os avanços da tecnologia, vale-se da técnica das cláusulas gerais na regulamentação dos institutos. Abandona a pretensão de prever soluções a todos os casos e chama o jurista e o aplicador da norma, para a análise das particularidades do caso concreto.

A cláusula geral consiste em técnica legislativa que confere maior flexibilidade ao intérprete, no sentido de que, diante das particularidades do caso concreto, faça prevalecer

os valores do ordenamento em todas as situações novas que, desconhecidas do legislador, surgem e se reproduzem como realidade mutante na sociedade tecnológica de massa (TEPEDINO, 2001, p. 207).

O julgador apresenta, através dessa técnica legislativa, uma maior amplitude para que decida de acordo com as particularidades do caso. É, pois, técnica de legislar que permite ao juiz a elaboração da solução aplicável ao caso

concreto e as conseqüências jurídicas daí decorrentes⁵.

Coelho (2005, p.30-31) explica que “as cláusulas gerais são normas jurídicas vazadas em um ou mais conceitos vagos destinados a deixar em aberto a questão dos exatos contornos do seu âmbito de incidência”.

Assim, o elaborador da norma, diante da complexidade do fato emprega expressões dotadas de vagueza, de modo que o juiz possa nortear-se mais confortavelmente por ela na solução dos conflitos de interesses.

As cláusulas gerais são dotadas de abertura semântica, nada regulamentando de modo completo e exaustivo. Apresentam como objetivo enviar o juiz “para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 29).

Na decisão do caso concreto, diante de um conceito aberto, o juiz preenche esse conteúdo normativo com o exame de cada caso, por meio de um ato de valoração. Sua atuação não se restringe à rígida subsunção, pois apresenta uma margem residual de livre apreciação do caso. E os “elementos que preenchem o significado da cláusula geral não são, necessariamente, elementos jurídicos, pois advirão diretamente da esfera social, econômica ou moral” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 33).

O fato da abertura contida nas cláusulas gerais conferirem maior amplitude para a solução do conflito pelo julgador, não significa que esta liberdade do intérprete seja ampla e ilimitada. Não se trata de discricionariedade ou arbitrariedade, pois a tarefa do julgador é a materialização das valorações, encontráveis, no ordenamento, como por exemplo, na Constituição e/ou nos princípios por ela consagrados.

Assim como o princípio da função social dos contratos (Código Civil, art. 421) a boa-fé objetiva (Código Civil, art. 422) traduz-se em uma cláusula geral. Isto significa que ela se presta a atingir o fim de flexibilização do Direito Privado, afastado a rigidez do conteúdo das normas que impossibilita a sua adaptação às necessidades das situações concretas, diante do dinamismo e das mudanças sociais⁶. E, assim, as construções jurisprudenciais quanto à boa-fé objetiva têm sido inovadoras na busca da justiça, muito mais do que da segurança jurídica.

5 Boa-Fé Objetiva e Subjetiva

Para exata compreensão da boa-fé, convém distinguir boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. Esta última constava no Código Civil de 1916 e está presente igualmente no Código Civil de 2002. A boa-fé objetiva, ao contrário, não estava prevista no Código Civil de 1916, sendo tratada timidamente pela doutrina e jurisprudência. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 contêm dispositivo expresso sobre a boa-fé objetiva com o *status* de cláusula geral.

Em suma, atualmente, a boa-fé pode ser encarada sob duas perspectivas: uma subjetiva e uma objetiva. A primeira consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo onde o agente ignora o vício constante no ato que realiza. É o reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância, como é o caso do possuidor de boa-fé, do pagamento putativo e do casamento putativo. Baseia-se, pois, numa crença ou ignorância, em um erro (GONÇALVES, 2004).

Todavia, a boa-fé que constitui inovação do Código de 2002 e acarretou alteração no Direito Obrigacional clássico é a objetiva. Constitui-se em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem observar a boa-fé nas suas relações recíprocas. É regra de conduta, fonte de direito e obrigações (GONÇALVES, 2004). Traduz um comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico *Standard*, que deve agir com lealdade, confiança, transparência antes, durante e após a contratação.

Do exposto, cumpre diferenciar boa-fé subjetiva e objetiva: a boa-fé subjetiva se refere à consciência ou convicção de prática de um ato conforme ao direito, a boa-fé objetiva se refere a uma regra de conduta que impõe às partes determinado comportamento.

6 Compreendendo o Princípio da Boa-Fé Objetiva

Com base nas premissas que foram expostas, é possível a análise da boa-fé objetiva com o fim de esclarecer o seu significado⁷, o seu alcance e as suas funções.

Afirmar que a boa-fé é regra obrigatória de conduta imposta a todos os negociantes significa afirmar que as partes devem agir com lealdade e probidade antes, durante e até mesmo após a contratação. Significa agir de forma clara, sem utilização de subterfúgios, com respeito aos direitos do outro, cooperando para a realização dos objetivos negociais, desde a fase da oferta, das tratativas, no adimplemento e até após o encerramento do contrato. Então, desde o início, os contratantes devem manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos

5 Sobre a técnica de legislar, Perlinieri (1999, p. 27), esclarece que esta pode se dar com normas regulamentares, através de previsões específicas e circunstanciadas ou com cláusulas gerais. “Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”.

6 Ela configura-se como técnica legislativa que dá flexibilidade ao ordenamento jurídico, na medida em que permite a participação da jurisprudência no preenchimento do conteúdo dos conceitos apostos nas normas, conforme o caso concreto, e também no estabelecimento das conseqüências nas hipóteses de violação, caso a caso (WALD, 2005).

7 É difícil conceituar e explicar a boa-fé. Probidade é integridade de caráter e honradez; ‘boa-fé, sentido de ‘Certeza de agir com o amparo da lei, ou sem ofensa a ela. Ausência de intenção dolosa. Sinceridade, lisura. É o sentido mais corrente (WALD, 2005).

relevantes e as situações pertinentes à contratação, procurando equilibrar as prestações, dando informações, esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando interpretações divergentes e cláusulas leoninas, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado, tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa (AZEVEDO, 2004). Enfim que as partes guardem um comportamento ético exigível do homem médio, comum.

Para entender esse comportamento ético exigível do homem médio, Marques (2002, p.181) explica que:

A boa-fé objetiva é um Standard, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.

Nesta esteira, a boa-fé consiste em um parâmetro de caráter genérico, que significa bem mais do que a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas um comportamento de respeito, fidelidade, cooperação que se espera do homem comum, médio, o bom pai de família, o padrão jurídico *Standard*⁸.

Boa-fé significa uma atuação refletida em que uma parte se preocupa com o parceiro contratual, respeitando-o e aos seus interesses legítimos, respeitando suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o fim da obrigação. O contratante deve cooperar na medida do possível e segundo a lei (MARQUES, 2002).

Nada obstante, se a boa-fé impõe o respeito aos direitos da parte contrária, isto não significa que o contratante deva defender os interesses do outro: cada um continua buscando seus próprios interesses e não precisa abrir mão deles. As partes devem nutrir um mútuo respeito, que prestem sempre informações completas, não enganem nem ocultem aspectos essenciais ao negócio, sob pena atentar contra a boa-fé (COELHO, 2005).

E se as partes devem proceder de maneira proba, é possível concluir que na busca da realização do objetivo contratual, as partes não ficam limitadas ao cumprimento da prestação principal (dar, fazer e não fazer). Ao contrário: o contrato é dotado de vários outros deveres, dentre os quais estão os denominados “deveres anexos” ou “deveres acessórios de conduta” que “visam assegurar a proteção das pessoas envolvidas na relação contratual, bem como de seus bens, em razão da atividade contratual” (GARCIA, 2003, p. 101). A criação de deveres anexos é uma das funções da boa-fé objetiva.

7 Funções da Boa-Fé Objetiva

Para entender melhor a afirmação de que as partes ficam adstritas à obrigação principal e aos deveres anexos, impõe-se a modificação no modo de visualizar a situação jurídica obrigacional. Esta deixa de ser vista por uma perspectiva estática (doutrina tradicional) para ser considerada uma relação dinâmica (doutrina moderna), com a imposição de novos direitos e deveres para ambas as partes (um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas). É um verdadeiro processo que se desenvolve no tempo, irradiando uma série de efeitos jurídicos durante a sua realização, antes mesmo dessa e após. Em outras palavras, o contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas também a obrigação de conduta, deveres gerais (MARQUES, 2002).

Esses deveres anexos não se encontram em direta ligação com o adimplemento do contrato, com a prestação. Somente de maneira indireta dizem respeito à prestação, não tanto para viabilizá-la, mas para resguardar interesses dos envolvidos na relação obrigacional. Buscam garantir a plena satisfação dos interesses envolvidos na relação obrigacional complexa (GARCIA, 2003). E sua não-observância coloca em risco a utilidade e a eficiência do contrato.

Não é possível fixar em um rol exaustivo dos deveres acessórios. Muitas vezes eles são indetermináveis antecipadamente e por isso, não se exige do contratante prévia e específica determinação de quais os comportamentos as partes deveriam adotar ou não poderiam realizar. É o recurso da boa-fé que permite ao julgador identificar, no caso concreto, qual deve ser o comportamento probo devido pelos contratantes. É ela que, na maior parte dos casos, vai dar conteúdo desses deveres acessórios de conduta (GARCIA, 2003).

Em relação à classificação dos deveres anexos, a doutrina apresenta variadas classificações. Lembrando que a enumeração do deveres anexos não pode ser exaustiva, os deveres mais conhecidos são: a) informação; b) lealdade; c) assistência (ou cooperação); d) sigilo; e e) cuidado.

Pela proteção do dever de informação, há uma imposição moral e jurídica a obrigação de comunicar a outra parte todas as características e circunstâncias do negócio, o que consiste em imperativo de lealdade entre os contratantes. É dever que abrange tanto os contratos civis, como os de consumo, durante toda a negociação, em especial na fase pré-contratual, momento em que as informações são fundamentais para a decisão do contratante. Mas este dever permanece ainda durante a execução do pactuado e até mesmo após o cumprimento da prestação.

⁸ Nalin (2000) contesta este entendimento alegando que o *Standard*, baseado no bom pai de família é de origem européia, não se adequando à realidade latino-americana. O homem médio da sociedade brasileira é um sujeito inidentificável ante as desigualdades sociais. Daí defende que a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva.

⁹ A nomenclatura desses deveres não é objeto de consenso, sendo que a mais adotada pela jurisprudência é “deveres anexos”. Para Noronha (2003) a melhor terminologia seria deveres fiduciários, pois aponta para o fato de eles serem exigidos pelo dever de agir de acordo com a boa-fé, tendo como fundamento a confiança gerada na outra parte. Garcia (2002) adota a terminologia de deveres acessórios de conduta; Marques (2002) deveres de conduta gerais ou deveres anexos. Em deveres secundários e em deveres instrumentais ou laterais (GODOY, 2004).

Já a lealdade é fidelidade aos compromissos assumidos, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade. A idéia de lealdade infere o estabelecimento de relações calcadas na transparência e enunciação da verdade, com a correspondência entre a vontade manifestada e a conduta praticada, bem como sem omissões dolosas (dever de informação), para que seja firmado um elo de segurança jurídica calcada na confiança das partes que pretendem contratar, com a explicitação, a mais clara possível, dos direitos e deveres de cada um.

O dever de assistência (ou de cooperação) se refere à concepção de que aos contratantes cabe colaborar para o correto adimplemento da sua prestação principal, em toda a sua extensão: não dificultar o pagamento ou o recebimento do crédito, pelo sujeito ativo da relação obrigacional. Reporta-se à obrigação de facilitar o cumprimento obrigacional, ou seja, evitando inviabilizar a atuação do outro contratante, com base nos critérios e limites usuais ditados pelos usos, costumes e boa-fé.

Pelo dever de sigilo se exige “reserva da parte sobre o que tenha sabido em razão do contrato e cuja divulgação lhe possa frustrar o objetivo ou trazer prejuízo a seu desenvolvimento e, por conseguinte, à própria contraparte”. Enfim, pelo dever de cuidado “impõe-se ao contratante a cautela de não contratar ou agir de forma a causar exacerbados riscos de danos à pessoa ou ao patrimônio do outro contratante” (GODOY, 2004, p. 80-81).

A violação desses deveres acessórios implica sempre a obrigação de reparar os danos causados, podendo ainda constituir fundamento para a invalidação (se o vício é originário) do contrato celebrado, ou para a sua resolução (se o vício é superveniente) e poderá ainda possibilitar a adoção de algumas providências coercitivas (como multa cominatória na obrigação de fazer) (NORONHA, 2003).

Outra importante função da boa-fé é a de limite ao exercício abusivo de direitos subjetivos. Desta maneira, evita-se o exercício danoso e inútil do direito (o titular exercita direito sem proveito pessoal, mas causando dano a outrem); que alguém exija aquilo que deva restituir e que haja desproporção entre a vantagem obtida pelo titular do direito exercido e o sacrifício imposto a outrem (GODOY, 2004). Desta forma, todo o direito é delimitado pela boa-fé. Fora ou contra a boa-fé não existe nenhum direito subjetivo. E é a boa-fé critério de diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular o abusivo de direitos frente ao outro contratante (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2004).

Quanto à função interpretativa, o aplicador do direito tem na boa-fé objetiva um referencial hermenêutico para extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé

evita a inserção de cláusulas abusivas. Permite ao intérprete sua utilização como instrumento de controle das cláusulas contratuais insertas nos contratos de consumo, pressupondo uma hermenêutica jurisprudencial e finalística para avaliar o caso concreto. Revela assim uma utilização prática ao permitir que juízes e tribunais considerem abusivas determinadas cláusulas que, originariamente, não figuram entre as cláusulas expressamente mencionadas (AMARAL JÚNIOR, 1993).

Na mesma linha, a boa-fé serve de suporte de colmatação para orientar o magistrado no caso de integração de lacunas, pois, da perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes e à boa-fé.

8 Conclusão

A boa-fé objetiva norteia, na atualidade, todas as relações obrigacionais, sejam de natureza civil, sejam de natureza consumerista.

A edição e a vigência do Código Civil Brasileiro trouxe grande abertura para a hermenêutica da legislação civil e geral, conhecida, também, como a constitucionalização do Direito Civil baseado nos fundamentos da justiça social e na dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o legislador, por meio da inserção das cláusulas gerais, passou a permitir o preenchimento valorativo na apreciação de situações concretas e autorizou o uso de idéias morais, como as da boa-fé, da equidade, entre inúmeros outros.

A legislação consumerista, por sua vez, já havia adotado a boa-fé como elemento de base das relações de consumo. Tal regra assume grande relevo, servindo, no Código de Defesa do Consumidor, de parâmetro para o exercício dos direitos ali previstos, sempre tendo em mira a correção e lealdade tanto do fornecedor como também do próprio consumidor.

O presente artigo procurou demonstrar o surgimento da concepção de boa-fé no sistema jurídico brasileiro, sua evolução à luz das relações jurídicas contratuais em sentido amplo, seus deveres anexos e suas funções.

A boa-fé objetiva prevê uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, agindo as partes como um modelo de conduta social, respeitando a confiança e os interesses da parte contrária que se reflete em toda a sociedade.

Urge que os magistrados e demais intérpretes do Direito colaborem para a concretude e efetividade do Direito, decidindo as tensões existentes no direito obrigacional com base na boa-fé objetiva, instrumento hábil a captar os valores vigentes na sociedade.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, R.R. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.
- AMARAL, F. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMARAL JÚNIOR, A. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações e consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 27-33, abr./jun. 1993.
- AZEVEDO, Á.V. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, A.J.A. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 79-87, set./dez. 1992.
- CAHALI, Y.S. (Org). *Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial*. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. (Mini-Códigos).
- CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO, F.U. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Direito Romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DELGADO, J.A. A ética e a boa-fé no Novo Código Civil. *Revista Jurídica Consulex*. São Paulo, n. 240, p. 20-22, jan./2007.
- GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de Direito Civil – Contratos: (abrangendo o Código Civil de 1916 e o Novo Código Civil)*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GARCIA, E.C.G. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- GODOY, C.L.B. *Função social o contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONÇALVES, C.R. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LÔBO, P.L.N. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.
- MARQUES, C.L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.
- MARTINS-COSTA, J. O Direito Privado como “um sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, p. 24-48, jul. 1998.
- MARTINS, P. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NALIN, P.R.R. *Conceito pós-moderno de contrato: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba, 2000. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- _____. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: _____. (Coord). *Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 13-45, v. II.
- NERY JÚNIOR, N. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.
- NORONHA, F. *Direito das Obrigações: fundamentos do Direito das Obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- OLIVEIRA, U.M. Princípios informadores do sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 23-24, p.41-77, jul./dez., 1997.
- PEIXOTO, E.L.O. princípio da boa-fé no Direito Civil Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 140-171, jan./mar. 2003.
- PERLINIERI, P. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PEZZELLA, M. C. C. O princípio da boa-fé objetiva no Direito Privado alemão e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 23-24, p.199-223, jul./dez. 1997.
- POPP, C. A nova visão contratual: o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 23-24, p. 238-256, jul./dez. 1997.
- SANTOS, F.F. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- SLAWINSKI, C.B.A. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé objetiva no Ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- TEPEDINO, G.; BARBOZA, H.H.; MORAES, M.C.B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TORRES, A.C.B. Direito civil-constitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, P. *Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2, p. 13-45.
- WALD, A. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.