



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

FLÁVIO SANTOS ARAÚJO

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SEUS REFLEXOS
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**JUIZ DE FORA
2008**

51 056
140 00000



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

FLÁVIO SANTOS ARAÚJO

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SEUS REFLEXOS
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como parte dos requisitos integrantes para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: André Peluso

JUIZ DE FORA

2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

FLÁVIO SANTOS ARAÚJO

Aluno

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SEUS REFLEXOS
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Laura R. Vieira

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 12/12/2008.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha esposa, Deusângela G. Araújo pelo pulso sempre forte na condução de nosso lar durante todo este período de provação e falta para que pudéssemos ter uma vida melhor. Aos nossos filhos Pedro Henrique e Bernardo Antônio, símbolos e razão de toda existência. Aos meus pais José Maria e Lecy, que sempre apostaram em um futuro melhor para seus filhos e ao meu irmão Cezar, que mesmo distante, soube dar o apoio necessário.

RESUMO

Trata-se a presente monografia de conclusão de curso, de estudo jurídico sobre o princípio da boa-fé objetiva e seus reflexos nas relações de consumo. O trabalho monográfico tem por objetivo institucional satisfazer exigência regimental da Faculdade de Direito de Juiz de Fora, como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito. A pesquisa acadêmica traz em seu bojo uma pesquisa voltada para a conceituação do princípio da boa-fé, suas funções e aplicabilidades nas relações de consumo. Para a concretização da monografia foi necessário desenvolver pesquisas no direito positivo brasileiro, no direito alienígena, legislações e, principalmente, na doutrina e jurisprudência. O método de investigação privilegiou a aplicação do dedutivo. O trabalho acha-se estruturado dentro do seguinte plano: Informações acerca do novo princípio, sua importância na relação jurídica e seus efeitos nas relações de consumo.

Palavras - chave: Boa-fé Objetiva; Consumidor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
Capítulo 1 – O CONCEITO DE RELAÇÃO DE CONSUMO.....	10
1.1 – Consumidor	11
1.1.2 – Pessoa jurídica	12
1.1.3 – Consumidores por Equiparação.....	12
1.2 – Fornecedor	13
Capítulo 2 – BREVE HISTÓRICO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	15
Capítulo 3 – A TENDÊNCIA MODERNA	20
Capítulo 4 – O CONCEITO DA BOA-FÉ OBJETIVA	21
4.1. A Justificação da Boa-Fé.....	21
4.2. O Fundamento Jurídico	22
4.2.1. A regra do Art. 4º, II do Código de Defesa do Consumidor e a Quebra dos Microsistemas	23
4.2.2. Os Deveres Secundários do Contrato	24
4.2.3. Princípios Gerais do Directo	24
4.2.4. Valor Constitucional.....	26
Capítulo 5 – A AMPLITUDE DOS DEVERES DECORRENTES DA BOA-FÉ OBJETIVA	28
5.1. A Criação de Deveres.....	28
5.2. A Limitação do Exercício de Direitos da Atividade das Partes	30
5.2.1. Exceptio Doli.....	30
5.2.2. Venire Contra Factum Proprium	31
5.2.3. Supressio.....	32
5.2.4. Tu Quoque	32
5.2.5. Abuso de Directo	33
Capítulo 6 – ACOLHIDA JURISPRUDENCIAL E CAMINHOS FUTUROS.....	35
Capítulo 7 – A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA	41
7.1. O Papel do Judiciário.....	41
7.2. A Insegurança Jurídica	42

CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

A exigência da boa-fé nas relações negociais e sua inserção como princípio orientador da teoria contratual constitui uma evolução de salutar importância no mundo jurídico.

A aplicação do princípio ora em análise pode ser verificada em vários exemplos, valendo ressaltar que é no Direito das Coisas que a boa-fé possuía maior importância, até bem pouco tempo atrás. Todavia, a conotação que ganhou hoje a boa-fé é bem diferente daquela exigida nos Direitos Reais, já que nestes a mesma se apresentava com uma visão subjetivista e, atualmente, principalmente em matéria de contratos, é em seu caráter objetivo que ela se apresenta.

A maioria da doutrina entende, então possuir a boa-fé dois sentidos diferentes, ora tratado como estado psicológico do agente, ora tratado como regra de conduta, daí resultando em suas concepções subjetiva e objetiva, respectivamente.

Partindo do pressuposto da existência de dois significados para o princípio da boa-fé, um subjetivo e outro objetivo, de acordo com a doutrina dominante, farão, neste momento, uma diferenciação desses dois sentidos.

A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica. Já a boa-fé objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, isto é, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social sempre respeitando a confiança e os interesses do outro.

No nosso ordenamento jurídico civilístico, vários são os exemplos de exigência da boa-fé subjetiva, em vários assuntos isolados, tais como a aquisição a non domino, usucapião, casamento anulável contraído de boa-fé, posse, dentre outros.

Todavia, em matéria de contrato, é na sua vertente objetiva que o princípio da boa-fé tem importância. Por isso, neste trabalho o princípio da boa-fé será estudado em seu sentido objetivo, como princípio jurídico segundo o qual as partes, no contrato ou na relação obrigacional, devem agir com lealdade, confiança, equidade, razoabilidade, cooperação e colaboração.

1. O CONCEITO DE RELAÇÃO DE CONSUMO

As relações de consumo são aquelas que ocorrem entre dois entes, o consumidor (individual ou coletivo), sendo este, necessariamente, o destinatário final e um fornecedor de produtos e serviços. Tal relação tem por objetivo a satisfação das necessidades ou desejos dos consumidores, baseando-se num vínculo jurídico entre as partes que gera obrigações tais como de cooperação, probidade, lealdade, boa-fé e, principalmente por parte do fornecedor, o zelo à saúde, segurança do consumidor frente aos produtos e serviços prestados, bem como da efetiva e eficaz prevenção e reparação de todo e qualquer dano patrimonial ou moral sofrido pelo consumidor em decorrência desta relação jurídica.

As relações de consumo são, por excelência relações jurídicas, cujo caráter é preponderantemente instrumental e não, finalístico. Assim, embora atenda a finalidades diversas, geralmente econômicas, as relações de consumo têm inegavelmente caráter jurídico instrumental, na medida em que são vínculos intersubjetivos reconhecidos e tutelados pelo ordenamento jurídico, que os provê de segurança e estabilidade.

O conceito jurídico de consumo, para efeito de enquadramento nas relações de consumo a que se refere o CDC, alcança não só as coisas fungíveis, como as infungíveis, consumíveis e inconsumíveis, ou seja, mesmo que não se destrua com o uso e os bens imóveis.

O Código de Defesa abarca e acolhe tanto o consumo absoluto (com destruição da coisa) como o consumo relativo (sem destruição imediata ou mediata da coisa).

Observe-se que o consumo para o Código tem sentido econômico, ou seja, pressupõe compra ou aquisição.

Em conclusão, o CDC aceita como relação de consumo qualquer avença entre fornecedor ou produtor e o consumidor, independente da qualificação jurídica do bem ou do serviço prestado, desde que se trate de consumidor final.

Desta conceituação podemos depreender os elementos de uma relação de consumo, quais sejam: os sujeitos, consumidor e fornecedor; o objeto, produtos ou serviços prestados pelo fornecedor; o vínculo obrigacional, a efetiva vontade do consumidor em adquirir produto ou serviço junto ao fornecedor que se dispõe a tal prestação; E o elemento teleológico contido

na expressão destinatário final, vinculando assim, para fins da incidência do CDC, somente a obrigação instituída com a finalidade de retirada do produto ou serviço do mercado, isto é, com a ocorrência da relação de consumo passa a existir o intuito precípua por parte do primeiro de desfrutar daqueles como destinatários. Para elucidar de maneira mais clara o ente que integram a relação de consumo, ilustrará com uma breve definição os conceitos de consumidor e fornecedor dentro das previsões do CDC.

1.1. Consumidor

“Art.2º da lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) assim estabelece:” Art. 2º-Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Trata-se de um conceito amplíssimo, que tem como única restrição o já analisado elemento teleológico das relações de consumo. Considera-se consumidor o destinatário final do produto ou serviço, ou seja, o usuário, isto é, aquele que faz uso do bem ou serviço, com destruição imediata ou, de forma permanente, sem destruição imediata. Observe-se que, para a caracterização do consumidor, faz-se mister que se verifique a finalidade consignada ao consumo.

O conceito de consumidor pode ser tomado em sentidos lato e estrito, dando margem a duas correntes doutrinárias sobre o tema, respectivamente, os maximalistas e os finalistas.

Em um sentido lato, consumidor é aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço, quer para uso pessoal ou privado, quer para uso profissional. O que importa é que alguém consuma o bem, termine o processo econômico, seja dando satisfação a necessidades pessoais, familiares e ou profissionais.

Já em sentido estrito, consumidor é apenas aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou um serviço, para uso privado (pessoal, familiar ou doméstico), de modo a satisfazer as necessidades pessoais e familiares, mas não o que obtém ou utiliza bens e serviços para a

satisfação das necessidades de sua profissão ou de sua empresa, que não seriam os destinatários finais.

1.1.2. Pessoa Jurídica

As pessoas jurídicas também podem participar das relações de consumo na condição de consumidoras, dispondo, por conseguinte, da proteção do Código desde que o mesmo seja destinatário final e não utilize o produto ou serviço de consumo para fins de produção.

1.1.3 Consumidores por Equiparação

Prevê o parágrafo único, do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, in verbis: "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

Tal extensão conceitual revela a ampla dimensão do conceito de consumidor, já assinalada em linhas anteriores. Neste dispositivo, permite-se à coletividade consumidora, seja um conjunto indeterminado de pessoas, seja um grupo, classe ou categoria determinada, amparar-se sob a proteção do Código, facultando-lhes o exercício dos direitos do consumidor. O enquadramento de universalidade ou conjunto de pessoas, ainda que não se constituam em pessoa jurídica, como por exemplo, um condomínio ao contratar serviços, figure na relação de consumo como consumidor.

Através dessa regra o CDC além de promover a equiparação em comento, embasa a legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos previstos no Título III, arts. 81 ao 107 da lei consumerista.

Também se equipara aos consumidores às vítimas do fato do produto ou serviço objeto de uma relação de consumo. Tal equiparação, que vem expressa no artigo 17, do Código de Defesa do Consumidor, autoriza terceiros, isto é, estranhos à relação entre consumidor e fornecedor, a acionar este pela responsabilidade civil por danos materiais ou pessoais decorrentes de defeitos intrínsecos ou extrínsecos do produto ou serviço.

"Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento".

Por fim, mas não menos importante, através do artigo 29, do CDC, são também equiparadas ao consumidor às pessoas expostas às práticas comerciais previstas nos Capítulos V e VI, do Título I, da Lei nº 8078/90, as quais compreendem a oferta, a publicidade, as cláusulas gerais dos contratos, as práticas comerciais abusivas, cobranças de dívidas e contratos de adesão, bancos de dados e cadastros de consumidores. Portanto, os estranhos à relação de consumo podem albergar-se da proteção do Código contra essas práticas comerciais, como se consumidores fossem.

"Art. 29. Para os fins deste Capítulo, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas".

É importante ressaltar que não há impedimentos a que as equiparações previstas nos artigos 17 e 29, do Código, abranjam, além do consumidor individual, as pessoas jurídicas e a coletividade de pessoas.

1.2. Fornecedor

Prevê o artigo 3º, da Lei nº 8078/90, a conceituação do fornecedor como o outro participante da relação de consumo.

Art.3º- Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Com vistas a promover a proteção máxima ao consumidor, o conceito legal fornecedor é de larga abrangência. Mas, poder-se-ia, sem prejuízo de tal amplitude e respeitando-se os lindes legais, asseverar sinteticamente: fornecedor é todo ente que provisiona o mercado de produtos ou serviços, destinando-os ao consumo.

Na conceituação de fornecedor, com o elenco das diversas atividades econômicas de provisão do mercado, o legislador adotou critério econômico e objetivo. Com efeito, não há

índole subjetivista, sendo relevante apenas, para a configuração do fornecedor, que o ente, desenvolvendo atividade civil ou mercantil, seja responsável pelo oferecimento, entrada ou intermediação de produtos ou serviços no mercado, com profissional idade.

A exigência da profissionalidade vem ínsita no termo legal da atividade “, que não pode ser entendido senão como a prática de atos continuados e habituais, no caso, atos de comércio ou de indústria. Entretanto, ressalte-se que, mesmo os que exercem a atividade comercial de forma irregular, como, por exemplo, os vendedores ambulantes e os camelôs, podem ser reputados fornecedores, sujeitando-se, pois, à legislação consumerista. Isso se dá, porque a ausência de registro no órgão competente, embora importe restrições ao agente da atividade, não é da essência do conceito de comerciante, logo, com maior razão, não há que constituir impedimento à caracterização de fornecedor”.

Merece algumas considerações a inclusão dos entes despersonalizados no conceito de fornecedor. Ora, consistindo a personalidade jurídica exatamente na capacidade in abstracto de ser sujeito de direitos ou obrigações, é, em princípio, de se dizer que os entes despersonalizados, não sendo aptos a contrair obrigações, não se obrigariam, portanto, em face da Lei No 8078/90. Não obstante, se tais entes não são dotados de capacidade jurídica in abstracto, detêm-na in concreto, desde que a lei preveja de modo expresso. Assim, exercendo atividades de oferecimento de bens ou serviços ao mercado consumidor, tais entes participam de relações de consumo, sendo hábeis a assumir obrigações, por previsão expressa do artigo 3º, da Lei No 8078/90.

Observe-se, ainda, que, no conceito de fornecedor, além de constar à pessoa jurídica privada, são também inclusas as públicas, o que quer dizer que o Poder Público quer por si, quer pelas empresas públicas bem como as concessionárias e permissionárias de serviços públicos (empresas de transporte coletivo, telefonia, radiodifusão, televisão, energia elétrica, etc.), se sujeitam à disciplina do Código, em participando de relações de consumo. Assim, pode-se dizer sinteticamente que os entes ligados ao Poder Público serão considerados fornecedores em razão de serviços ou produtos que disponibilizem no mercado mediante tarifa ou preço público, eis que só assim podem participar de relações ditas de consumo, haja vista que, nessa condição, agem à maneira dos particulares, isto é, sem que prevaleça o poder de império do Estado.

2. BREVE HISTÓRICO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Nos primórdios do direito romano, cultuava-se a deusa Fides, invocando-se a divindade na celebração dos negócios. A palma da mão era consagrada à deusa e, por isso, os contratantes apertavam as mãos no término do negócio, a fim de sacramentar o ajustado. Mais adiante, a palavra fides passou a ter a acepção que conhecemos hoje: fidelidade. O preceito, inicialmente, foi puramente ético; as partes deviam respeitar a palavra dada. Apenas posteriormente, a noção ganhou sentido jurídico. Ao termo fides acrescentou-se o substantivo *bona*, para designar o comportamento que se espera da parte.

No período formulário do direito romano, *bona fides* qualificava uma ação – a *bonafides iudiciae* –, um tipo de *actiones in personam*. Os juízes gozavam de alguma discricionariedade para avaliar se, no caso, as partes haviam atuado de boa-fé. A ausência de uma conduta honesta constituía a causa de pedir dessa ação, que visava a condenar o contratante desleal por sua conduta imprópria. Apenas em 67 a.C., *bona fides* passa a ser um dos requisitos para o usucapião. Vê-se, assim, que a boa-fé subjetiva, em termos históricos, é posterior à objetiva. A época de Justiniano, última fase do direito romano, assistiu à decadência do conceito de boa-fé objetiva, com a banalização do instituto, cujo sentido passou a ser meramente formal. Partia-se do pressuposto de que as partes sempre atuavam de boa-fé.

Os povos bárbaros, invasores do Império Romano, não dispunham de organização suficiente para formular um ordenamento jurídico consistente. A Igreja passou a ser a única instituição capaz de tratar o direito como ciência. Apenas a boa-fé subjetiva foi examinada pelos juristas canônicos. Ela era vista como a ausência de pecado. A boa-fé objetiva, por sua vez, caiu no esquecimento. O conceito do instituto, nessa época, era o mesmo que desfrutava no direito Justiniano: deixou de ser uma técnica, para se tomar um axioma. No período de prevalência do direito canônico a boa-fé objetiva desapareceu.

Os glosadores, nos séculos XII e XIII, foram os primeiros a fazer uma análise sistematizada do direito romano, estudando o *Corpus Iuris Civilis*, de Triboniano. Deles surgiu a idéia de que o direito romano servia como direito comum. Pecavam, contudo, pelo purismo, pois buscavam encontrar o significado mais exato do direito romano. Os pós-glosadores tinham o mérito da praticidade. Entretanto, esses estudiosos se apegavam aos ideais do direito canônico, no qual a boa-fé objetiva não gozava de qualquer importância.

Examinando a evolução do conceito de boa-fé, Menezes Cordeiro traça três grandes sistematizações do ordenamento jurídico: a relacionada ao movimento humanista, ao jus naturalismo e ao positivismo. O movimento humanista trouxe o homem para o centro das especulações. Apesar da evolução do pensamento jurídico, não se encontrava, contudo, qualquer referência à boa-fé objetiva.

De acordo com o jus naturalismo, corrente que dominou os séculos XVII e XVIII, o direito deriva de princípios atribuídos a Deus, à razão ou à natureza das coisas, independente de convenção. Esses princípios estariam acima das leis positivas. Hugo Grotius, um dos expressivos representantes do jus naturalismo, tratou da fides ("a forma de pensar na qual são possíveis os contratos"). Para ele, a quebra da fides seria motivo justo para a guerra.

O movimento positivista, por sua vez, vai repelir o princípio metafísico que permeia o jus naturalismo. As regras de direito derivam da realidade social e não de uma entidade superior. Bentham, árduo crítico da *common Law*, propõe um sistema jurídico sem lacunas. O direito deveria ser uma ciência exata e a norma jurídica equiparar-se a uma regra matemática.

Do conceito positivista se extrai a necessidade de precisa fixação das normas, que devem estar contido em um só corpo, hermético e definidas. Nesse contexto surgem as primeiras codificações, e, em especial, o Código de Napoleão de 1804. Segundo Roppo foi o primeiro código burguês. Antes dele, dois sistemas governavam a França: o direito costumeiro no Norte e um positivado, fundado em noções de direito romano, era vigente no Sul. Interessante notar que, antes mesmo da realização do Código de 1804, Potier examinou o dolo na formação dos contratos, cuidando de seu aspecto interno e externo. A boa-fé visada, contudo, era apenas a subjetiva.

O Código de Napoleão sedimentava-se sobre dois pilares: a propriedade e o contrato. É desse Código à emblemática definição, estampada no art. 1.134, 1 alínea-a, segundo a qual o contrato "é lei entre as partes". Os propósitos da nova ordem jurídica instaurada pelo Código de 1804 eram claros: visavam a permitir a fácil circulação de riqueza, possibilitando umas alterações sociais, impensáveis no *ancien regime*.

Apesar de não existir uma regra geral de dever de conduta adequada, o art. 1.134, inciso 3 do Código, determinava que as convenções "*doivent être exécutées de bonne foi*".

Essa disposição vista com os olhos do jurista moderno, poderia significar um atendimento à noção de boa-fé objetiva. Entretanto, na época, era tida como um mero reforço à obrigação. A boa-fé examinada pelo Código _ de Napoleão seguia sendo apenas a subjetiva, cuja apreciação fazia-se necessária nos casos de usucapião e da aquisição de frutos. O direito alemão seguiu outro caminho. Para entendê-lo, necessário voltar a 1648, ano em que, em função do Tratado de Vestfália, a Alemanha foi dividida em 300 diferentes Estados. A falta de uma unidade judiciária atrapalhava os negócios das cidades mercantes. Apenas em 1815, Hamburgo, Lübeck, Bremen e Frankfurt acertaram constituir um tribunal comum, sediado em Lübeck.

A boa-fé objetiva, que não foi esquecida pelo direito costumeiro germânico, tem sua origem, segundo alguns, na noção de fides romana. Menezes Cordeiro conta que a primeira menção do termo "Treu und Glauben" - hoje reconhecido no direito alemão como relativo à boa-fé objetiva - apareceu em um manuscrito de 1346. Entretanto, como anota o mestre português, a referência ao termo não significa o desenvolvimento do conceito. De toda sorte: o Tribunal de Lübeck julgou algumas causas nas quais revelou uma considerável compreensão da idéia de boa fé objetiva. Em 1850: por exemplo: deu-se o caso de um comprador de uma mercadoria perecível que deixou de avisar ao vendedor o seu desinteresse pelo Bem. A mercadoria acabou apodrecendo. Entendeu-se: na ocasião: que faltou boa fé ao comprador: pois deveria ter informado rapidamente ao vendedor a sua decisão. Em 1883: foi julgada uma causa na qual se entendeu que, pelo princípio da boa-fé, cabia ao segurado inteirar-se de todas as cláusulas do acordo. O tribunal alemão considerou que a conduta leal impunha ao contraente ler todo o corpo do contrato. Não obstante a invocação da boa-fé objetiva nos julgados havia certa fraqueza científica do conceito. Lhering, em 1861, investigou a responsabilidade de uma pessoa que celebrara contrato nulo. Conhecendo o vício a que inquinava o negócio. Discutia-se. Em primeiro lugar, se havia responsabilidade e, depois, qual era a natureza dela: se aquiliana ou contratual. Vista a situação através de uma perspectiva pandectista, não se poderia conceber a existência do vínculo contratual, pois não havia a confluência das vontades. Lhering entendeu que, no caso, a parte desleal incorria em uma espécie de responsabilidade contratual. Esse trabalho foi o marco inicial do estudo dos efeitos primárias e secundárias do contrato. Lhering não sistematizou a questão, mas quedou clara a necessidade de uma avaliação das responsabilidades das partes na fase do pré-contrato, isto é, a culpa in contrahendo".

O Código Civil alemão passou a vigorar em 1900. O seu § 242 diz o seguinte: "§ 242 - O devedor deve realizar a prestação como exige a boa-fé..." Inicialmente, essa disposição funcionava apenas como um reforço material aos contratos. Somente nos anos 30 houve uma evolução significativa da aplicação da boa-fé objetiva. Buscou-se, então, um sentido prático para o instituto, visando a aplicá-lo ao caso concreto. A boa-fé não deveria ser vista como uma norma, mas como um princípio. A partir de então, o conceito de boa-fé objetiva vem sendo utilizado em outras legislações. O Código Civil italiano de 1942, por exemplo, trata, no artigo 1.337, da culpa in contrahendo. Apreciava-se a boa-fé no desenvolvimento e na formação do contrato. O Código Civil português de 1966, por sua vez, faz referência, no art. 227, à culpa in contrahendo, isto é, na formação do contrato, no Art. 239, relativo à interpretação do negócio jurídico e, finalmente, no art. 762, n° 2, referente ao cumprimento das obrigações adotando-se a boa-fé objetiva. Aliás, o Supremo Tribunal português já reconheceu a boa-fé objetiva como princípio que compete ao juiz concretizar.

O Código Civil alemão, quando foi elaborado, no final do século XIX, partiu do pressuposto de que as cláusulas de um contrato eram livremente discutidas e pactuadas pelas partes. Isso, entretanto, não ocorre nos contratos de adesão. De fato, nos contratos de massa, tão comuns hodiernamente, os riscos do negócio são, normalmente, transferidos para o aderente, que não tem condições de discutir as bases do acordo. O AGB Gesetz visa a evitar os abusos. Aliás, primeiro agiu a jurisprudência alemã, que, muito acertadamente, reconheceu a injustiça que poderia advir dos contratos de adesão. Apenas em um segundo momento o legislador deu força positiva às regras de proteção ao aderente.

A sistemática do AGB Gesetz é singela. O § 1º define as cláusulas de adesão, eliminando a incidência da lei nos casos em que as cláusulas foram discutidas pelas partes. Adiante, a lei alemã trata das regras de conduta, ou seja, as formas de aferição da boa-fé objetiva. O § 2º, por exemplo, cuida da publicidade e o 3º veda a existência de cláusulas incomuns ou inusitadas nos contratos. A norma distingue as hipóteses em que as cláusulas são absolutamente nulas (a denominada lista negra) e aquelas nas quais as cláusulas são apenas anuláveis (a lista cinzenta). Os tribunais alemães têm dado uma interpretação ampla das listas cinza e negra, para aplicá-las também nas relações entre comerciantes, mesmo que não exista contrato com cláusula de adesão. Procura-se proteger, principalmente, a boa-fé objetiva.

Com o igual propósito de evitar o desequilíbrio das relações jurídicas, deu-se, em Portugal, a publicação do Decreto-lei n° 446/85, cuidando das cláusulas gerais, o art. 16 do

Decreto-lei trata, especificamente, do princípio geral de boa-fé objetiva.

O Código Civil brasileiro não se referiu à regra da boa-fé objetiva. Tampouco a Constituição Federal trata, diretamente, desse princípio. Convém anotar, contudo, que o Projeto do Código Civil (634-8 de 1975) faz referência à boa-fé objetiva, trazendo cláusula geral nos seguintes termos:

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

Antes disso, o art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11.9.90, anota que a política nacional das relações de consumo tem como objetivo, entre outros, o respeito pela dignidade do consumidor, a boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Eis, muito nitidamente, o princípio da boa-fé positivado em nosso sistema.

3. A TENDÊNCIA MODERNA

O primado da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos acordos acabou. Esses dois princípios, consagrados nas revoluções burguesas, seguem sendo importantes, mas já não são suficientes para garantir os interesses da justiça que a sociedade busca atualmente. A procura pela liberdade deu lugar à busca por uma sociedade mais justa. Abandonamos o individualismo para atingirmos o solidarismo. Diante do novo norte, necessária uma nova avaliação dos princípios. A consequência pode ser a desconsideração de antigas verdades, ou o reconhecimento de novas características para antigos institutos. A análise mais detida da boa-fé objetiva, os fundamentos que a justificam, pode servir como uma forma de avaliação da eficácia dos atos jurídicos, capaz de temperar os princípios tradicionais que os regulam.

Entretanto, para que isso seja possível, é necessário vencer alguns obstáculos. O primeiro deles consiste em encontrar uma definição mais concreta para a boa-fé objetiva. Existe uma carência de uma construção filosófica satisfatória para explicar essa forma de boa-fé. O problema não é simples, pois houve uma mitificação do termo, que torna fundamental que se delimite o conceito a fim de extrair dele um uso mais amplo e seguro.

A segunda dificuldade consiste na apresentação de uma justificativa para o conceito. A sua razão de existir deve ser a mais clara possível.

Em terceiro, o estudo da boa-fé objetiva passa pela análise do seu fundamento jurídico. De fato, para que se admita a vigência da boa-fé objetiva no ordenamento não se pode prescindir de fundamentação científica. Ultrapassados esses pontos, faz-se necessário aferir a amplitude da aplicação do princípio.

Por fim, o último passo a ser dado no exame do conceito está em saber como ele pode ser aplicado; quais os instrumentos que o sistema oferece para que se invoque a boa-fé objetiva. Essas, portanto, as questões que este trabalho pretende, de forma sucinta, enfrentar: o conceito, a justificação teórica, os fundamentos jurídicos, a amplitude, e, finalmente, a forma de aplicação da boa-fé objetiva.

4. O CONCEITO DA BOA-FÉ OBJETIVA

No início deste trabalho, oferecem-se conceitos das diversas formas de boa-fé, concluindo que a boa-fé objetiva é a análise de uma certa conduta na qual se aprecia, de forma material, se o autor do ato agiu de forma adequada. Trata-se do exame do procedimento correto, não se questionando os motivos ou a intenção do realizador, mas apenas o ato praticado. Como se ressaltou anteriormente, a boa-fé objetiva refere-se ao exame da conduta adequada. Usa-se metonimicamente o termo para designar a própria conduta leal que se espera da parte.

Como não poderia deixar de ser, o conceito de boa-fé objetiva traz consigo um critério valorativo que não é por si forjado pelo direito, mas que o direito assume e recebe da consciência social, da consciência ética da sociedade, para o qual ele foi destinado a valer. A averiguação da conduta adequada dependerá, assim, dos valores da sociedade.

A boa-fé objetiva traduz uma regra de conduta, necessariamente geral, a incidir sobre a coletividade. Quando se fala dela, estamos nos referindo a um comportamento fiel e leal na atuação de cada uma das partes que estabelecem um contrato para que seja garantido o respeito a ambos os lados. Daí serem tão íntimos o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo.

4.1. A Justificação da Boa-Fé

Dois são os principais argumentos referidos pela doutrina justificadora do princípio da boa-fé objetiva. O primeiro deles, de Betti, é conhecido como critério de reciprocidade. Segundo Betti, a boa-fé teria sua razão de ser no dever de mútua cooperação que deve presidir as relações jurídicas. A crítica que se pode fazer a essa corrente é, em primeiro lugar, que ela limitaria a aplicação do princípio ao campo contratual, onde vige uma relação de sinalagmaticidade entre as prestações. Depois, caso a essência da boa-fé objetiva esteja mesmo na reciprocidade, se poderia alegar que, diante de um inadimplemento de uma das partes, não seria mais necessário à outra agir com lealdade, ou, em outras palavras, que haveria uma exceção da boa-fé diante do contrato não cumprido, dando-se maior vigor ao artigo 1.092 do Código Civil do que, creio, ele efetivamente tenha.

A segunda explicação, que me parece mais acertada, está no interesse social de que as pessoas atuem com retidão e honestidade. O sistema que privilegia a conduta leal e transparente garantirá, com maior eficácia, uma sociedade mais justa. A conduta leal esperada será obtida na medida em que o Estado impeça que qualquer das partes tenha um benefício desmesurado sobre a outra. Não é razoável que um contratante tire vantagem da contraparte porque é o único que, por exemplo, possui informações e conhecimentos técnicos referentes ao objeto do contrato. O Estado, com certeza, tem todo interesse de assegurar o procedimento correto das pessoas. Deve, então, impor um dever aos jurisdicionados: "Ajam honestamente". Aquele que infringir essa regra, desviando-se da conduta adequada, fica obrigado a reparar o dano que seu proceder causou.

4.2. O Fundamento Jurídico

Um jurista mais apegado ao positivismo, ao ser questionado sobre a aplicação, ou a exigência, da boa-fé objetiva entre as partes de um negócio, certamente questionará: "qual o fundamento jurídico do pedido?" De fato, dentro da concepção positivista, onde todos os direitos devem estar escritos, sob pena de seu total desprezo, há, pelo menos aparentemente, um impasse. Afinal, não há regra no Código Civil exigindo a atuação correta e leal das partes. Tampouco, ao menos diretamente, há norma nesse sentido na Constituição Federal. Apenas o Código de Defesa do Consumidor reconhece, expressamente, o dever da conduta adequada. Estaria a exigência legal desse dever restrito aos casos de consumo?

Uma primeira defesa da existência da boa-fé objetiva dentro do nosso ordenamento jurídico pode partir do questionamento do positivismo jurídico como meio de garantia dos anseios da sociedade moderna. Perlingieri, traçando os atuais. Desafio do direito civil ressalta a necessidade da criação de um sistema mais apegado ao valor de justiça. É sensível o amadurecimento das necessidades individuais e sociais, que alteraram as bases ideológicas de sustentação do positivismo extremo. Deu-se a substituição do raciocínio formalista pelo raciocínio teleológico, que, hoje, anima os juristas. Atualmente, defende-se a avaliação das normas pelo seu valor ético. Essa flexibilização das normas positivas, através de uma interpretação mais ampla e atual de seus dispositivos, permite a aceitação das regras de boa-fé objetiva como atreladas ao sistema.

Há, entretanto, outra forma de encontrar a boa-fé objetiva em nosso ordenamento. Tal como o Barão de Munchausen, que puxando a sua própria cabeça conseguiu sair de um poço, o ordenamento encontra nele mesmo fundamento para embasar a aplicação da boa-fé objetiva. Com efeito, bem analisadas as coisas, podemos concluir que o dever da conduta adequada, isto é, a boa-fé objetiva, pode e deve ser exigida em todas as relações contratuais por diversos fundamentos. Examinemos, pois, cada um deles.

4.2.1. A Regra do Art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor e a Quebra do Micro sistemas.

Um fenômeno moderno do ordenamento consiste na criação dos denominado micro sistemas. São regras 'que visam a regular certo grupo de pessoas ou um tipo específico de relação, como, v.g., os menores ou os consumidores. Ao invés de uma leitura hermética dessas leis, onde elas não são vinculadas estritamente aos destinatários imediatamente mencionados, propõe-se uma aplicação mais abrangente dessas normas. Não se pode perder de vista que cabe ao juiz aproximar-se antes do princípio, e apenas depois da regra positivada. Caso os princípios, os fundamentos, os motivos que justificam a lei estejam presentes no caso concreto - mesmo que os destinatários do micro sistema não participem do fato - a norma deve ser aplicada. É natural que um juiz, na apreciação de um negócio realizado entre dois comerciantes, atividade que não se enquadra entre. Aquelas de consumo, notando que uma das partes seja mais capacitada econômica ou tecnicamente do que a outra e disso tirem vantagem desleal, possa, para julgar o litígio, amparar-se nas normas do Código de Defesa do Consumidor, como a que exige conduta correta entre as partes. Razoável abandonar a idéia de micro sistemas e reconhecer que todos os fatos jurídicos devem ser analisados dentro de um só sistema, harmônico e coeso.

O reflexo dessa constatação para o instituto da boa-fé é sensível: o art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor seria - como creio que seja - aplicável em qualquer hipótese em que haja um desequilíbrio causado pela conduta objetivamente inadequada de uma das partes.

4.2.2. Os Deveres Secundários do Contrato

O dever principal do contratante consiste no cumprimento da prestação ajustada. Entretanto, não há dúvidas de que, ao lado desse dever, estão aglutinadas outras várias obrigações, denominadas secundárias ou laterais. Tome-se o exemplo do sujeito que compra uma casa. A obrigação principal em um contrato de compra e venda reside na entrega do bem. Entretanto, o vendedor tem, também, o dever de informar ao comprador de eventuais defeitos do bem alienado, ou, ainda, o dever de usar todos os esforços para garantir a inscrição da transferência no registro de imóveis. Eis deveres secundários típicos, acessórios do principal.

O dever de agir corretamente, que se verifica através do exame de boa-fé objetiva, é, pois, acessório de qualquer obrigação. O descumprimento de uma obrigação acessória pode legitimar a resolução do contrato quando torna impossível ou dificulta o exato adimplemento da obrigação principal. Qualquer que seja a prestação ajustada, as partes têm o direito de esperar a mútua cooperação. Os contratantes devem atuar da forma mais transparente possível, o desvio da conduta esperada implica na quebra da obrigação lateral e, se disso decorrer dano, pode ser objeto de pedido de reparação pelo lesado. Caso essa falha na conduta impossibilite ou afete consideravelmente o cumprimento da obrigação principal, cabe reclamar a resolução do contrato ou a diminuição do seu valor.

Admitindo-se que o dever de atuar lealmente seja parte da responsabilidade contratual, inverte-se o ônus da prova, em benefício do contratante que suscitar o descumprimento da obrigação secundária. A este cumpre apenas provar o fato e o efetivo desvio de conduta.

4.2.3. Princípios Gerais do Direito

Pode-se sustentar que a boa-fé objetiva está inserida em nosso sistema como um dos princípios gerais do direito. Beviláqua não era muito amigo das cláusulas gerais, o que pode ser uma das razões pela qual o Código Civil nacional, ao contrário do alemão, do francês e do português, não recebeu artigo expresso sobre o tema. Entretanto, pode-se dizer que o princípio permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico, enquanto forma regulamentadora das relações humanas. A doutrina nacional é categórica no sentido de reconhecer a boa-fé objetiva como princípio geral do direito. Assim se manifestam, entre outros, Caio Mário, Orlando

Gomes, Serpa Lopes e Ruy Rosado. Clóvis do Couto e Silva chega a ponto de concluir que "seria absurdo admitir que esse princípio não integra o ordenamento jurídico".

Os princípios justificam as normas, são suas almas. Mais ainda, os princípios gerais do direito compõem a espinha dorsal do sistema jurídico. Diante disso, não se pode admitir que uma norma contrarie o princípio. Ao enquadrar a boa-fé objetiva como princípio geral do direito e, portanto, inserida no ordenamento, deve-se, ainda que brevemente, justificar a situação dos princípios gerais no sistema, principalmente diante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657, de 4.9.42). O art. 4º da Lei de Introdução informa que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito". A interpretação gramatical desse dispositivo pode dar a falsa impressão de que os princípios gerais só serão aplicados nos casos de lacuna da lei, e, mesmo assim, depois de fracassadas as tentativas de solução do litígio com a analogia e os costumes.

Entretanto, essa leitura não pode ser privilegiada em detrimento de uma interpretação sistemática da norma. Tampouco deve o intérprete ater-se à regra do art 4º da Lei de Introdução sem adequá-la ao nosso tempo. Com efeito, hoje se reconhece, como ensina Perlingieri, que os princípios não representam apenas fontes supletivas, mas têm força própria, aplicando-se diretamente, com o que concorda Canotilho, que qualifica os princípios como normas estruturantes. Judith Martins-Costa coloca os princípios entre as normas de direito, apenas distinguindo as normas fundantes (os princípios) e as normas fundadas, isto é, as regras escritas. Trata-se, assim, de natural tendência de considerar os princípios reconhecidos aptos a serem aplicados sem a necessidade de uma norma que os cristalice.

Apenas para esgotar o tema, deve-se ressaltar que o art. 4º da Lei de Introdução trata das lacunas, enquanto que o princípio da boa-fé objetiva não tem a pretensão de ser aplicado em hipóteses de omissão da lei, mas em todos os casos. Tome-se, por exemplo, a regra do art. 863 do Código Civil, referente à identidade do objeto da obrigação. Segundo o dispositivo, "o credor de coisa certa não é obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa". Essa norma, por todos os motivos, deve ser aferida através da boa-fé objetiva. Se a conduta de alguma das partes for incorreta, como, v.g., o devedor não explicou adequadamente ao credor as características do objeto que pretendia entregar, necessário que se socorra do princípio da boa-fé objetiva, a fim de resguardar os interesses do credor lesado. O princípio geral do direito - no caso, a boa-fé - é aplicável em harmonia com a norma específica incidente no fato concreto, de forma complementar e harmoniosa.

4.2.4. Valor Constitucional

O princípio da boa-fé objetiva pode também ser visto como um valor resguardado na Constituição. Fala-se, hodiernamente, na constitucionalização do direito civil, para tratar do fenômeno de migração de regras que antes pertenciam exclusivamente ao campo do direito privado para a norma principal do sistema. Essa tendência não se resume a uma mera reorganização geográfica das normas, que migraram do Código Civil. A constitucionalização do direito civil passa, também, por uma nova leitura da Constituição, suas regras e valores, como parte de um sistema jurídico coeso, onde todas as demais normas jurídicas devem ser interpretadas utilizando-a como parâmetro. O Código Civil, assim, perdeu a condição de norma central reguladora das relações privadas. A Constituição tomou o seu lugar, passando a apresentar regras e valores que irão contaminar as demais normas, influenciando todas as relações. Como consequência desse fenômeno há uma releitura da legislação infraconstitucional atendendo-se às diretrizes e valores expressos na Constituição. Os princípios constitucionais tomam novo fôlego. É a este fenômeno que Paulo Bonavides denomina de pós-positivismo. Dentro dessa nova perspectiva, as normas e os princípios constitucionais devem ser aplicados diretamente.

Resta, pois, saber se o princípio da boa-fé objetiva foi resguardado constitucionalmente. É certo que o espírito da Constituição aponta no sentido de que a autonomia privada deve ceder diante da justiça social, a fim de garantir o equilíbrio entre a liberdade e a justiça. Não há dúvida de que a proteção da conduta correta enquadra-se a esse espírito. Entretanto, não há, como já se referiu, norma expressa referente à boa-fé objetiva. Deve-se, então, procurar o princípio em outras regras.

Para alguns, a boa-fé objetiva estaria inserida nos fundamentos da república, especificamente no respeito à dignidade de pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal). Para outros, o princípio estaria resguardado nos objetivos fundamentais da república, art. 3º, I, que fala da constituição de uma sociedade justa, livre e solidária.

Examinemos as duas possibilidades. No primeiro caso - a boa-fé objetiva como consequência do respeito à dignidade humana -, o raciocínio utilizado é simples: a boa-fé objetiva consiste na conduta adequada. Através dessa conduta correta se garantirá a dignidade da pessoa humana, pois, estar-se-á evitando que alguém sofra uma deslealdade. A falha dessa assertiva está em que nem todas as relações jurídicas envolvem a pessoa humana. No caso,

por exemplo, da humilde mercearia que toma empréstimo de um poderoso agiota, pode haver violação ao princípio da boa-fé objetiva, mas o lesado será a pessoa jurídica.

Entretanto, caso se entenda que o embasamento da aplicação do princípio está no amparo à dignidade da pessoa humana, não se poderia invocar essa proteção no caso citado, porque à parte lesada seria uma pessoa jurídica. Na segunda acepção, o princípio da boa-fé objetiva estaria previsto entre os objetivos fundamentais da república, uma vez que a Constituição pretende garantir umas sociedades livres, justas e solidárias (art. 3º, I da Constituição Federal). Muito evidente que, para se atingir umas sociedades livres, justas e solidárias, o direito deve prestigiar as condutas corretas. Esta acepção não possui qualquer restrição.

Conclui-se, então, que a primeira possibilidade é válida, mas nem sempre será aplicável; o segundo enfoque é sempre aplicável; e as duas acepções podem co-existir, sendo que a segunda estará sempre presente.

Todas as mencionadas fundamentações jurídicas da boa-fé - como reflexo do art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor, como dever secundário das obrigações, como princípio geral do direito e como valor constitucional - são válidas e podem ser utilizadas para justificar o dever de agir lealmente.

Convém, por fim, notar nesse ponto, que, como ensina Ruy Rosado, sena dispensável a cláusula, pois não se conceberia uma sociedade organizada com base na má-fé. De fato, se, por um lado, pode-se encontrar aparente dificuldade em explicar onde está positivada a cláusula da boa-fé objetiva, seria, por outro, um disparate defender que as partes possam agir deslealmente. Com certeza, não seria lícita a cláusula de um contrato que eliminasse o dever de uma das partes de atuar adequadamente. O art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil fulmina de nulidade as cláusulas contratuais que afetem os bons costumes. Não se concebe, no mundo moderno, que contratantes acertem a aplicação do "princípio do truço", onde seria admitido trapacear. Compete às partes comportarem-se honestamente, sendo vedada qualquer convenção em contrário. Isso apenas reafirma que o princípio da boa-fé objetiva integra o ordenamento. Afinal, se a boa-fé objetiva não pode estar fora, deve, então, necessariamente compor o sistema.

5. A AMPLITUDE DOS DEVERES DECORRENTES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Passo fundamental, no estudo da boa-fé objetiva, consiste em delimitar a amplitude de sua aplicação, na criação de deveres e como orientadora da conduta das partes.

5.1. A Criação de Deveres

Como este trabalho pretendeu esclarecer, há um dever de agir de forma correta nas relações contratuais. São deveres secundários, complementares ao dever principal de adimplemento obrigacional. Uma possível classificação desses deveres secundários os qualifica em função do momento em que eles aparecem. Pode surgir na fase de formação, de celebração, de cumprimento e, até mesmo, após o contrato, o que demonstra que a obrigação de agir lealmente acompanha todo o iter negotii.

Vejamos os deveres de boa-fé objetiva, referentes à etapa da formação da relação. Os exemplos mais evidentes são os deveres de informação acerca da qualidade do objeto da prestação e a forma pela qual a obrigação será cumprida. Outro dever comum à etapa de formação é o de segredo, segundo o qual as partes se comprometem a não comentar o possível acordo antes de sua celebração. Esses deveres pré-contratuais, referentes às tratativas, são hoje plenamente analisados também pela doutrina estrangeira, no estudo das "pourparlers" no direito francês, Verhandlungen "no alemão e da" trattative "do italiano. De fato, reconhece-se que, como esclareceu Setti", surge para ambas partes el deber recíproco de lealtad y de probidad prenegocial, que impone, eventualmente, no s610 deberes negativos, sino también deberes positivos, consistentes en revelar la realidad de las cosas, tal y como cada uno las conoce, según su ciencia y conciencia "".

Nos contratos de seguro, por exemplo, o Código Civil exige de forma expressa no art. 1.443, que as partes atuem de boa-fé, a fim de informarem corretamente as circunstâncias do seguro e seus reais riscos. Antônio Junqueira de Azevedo anota, com razão, que o art. 94 do Código Civil já traz a idéia de que o silêncio de uma das partes pode constituir omissão dolosa. Convém ressaltar, contudo, na esteira da lição do civilista, que a mencionada norma fala em "silêncio intencional", isto é, ausência tanto da boa-fé subjetiva como da objetiva. Na realidade, a omissão indevida - independente do animus do declarante - já basta para anular o ato, caso comprovado que aquela omissão foi determinante para a realização do negócio. Na

etapa de celebração do negócio pode-se, também, aferir presença dos deveres da boa-fé. Trata-se, por exemplo, do dever de clareza das declarações dos contratantes. O acordo deve ser interpretado atendendo-se à "lealdade e confiança".

Menciona-se, também, a necessidade de equivalência das prestações como sendo um dever resultante da boa-fé objetiva. Este é talvez, o maior avanço propiciado pelo conceito de boa-fé, pois ultrapassa a idéia de aferição apenas formal da atitude das partes, para atingir a necessidade de uma conduta adequada também no que se refere à equivalência material das prestações.

Passemos, agora, ao exame dos deveres e à etapa do cumprimento da obrigação. Aqui se encontram as obrigações de cooperação recíproca; os esforços que as partes empreenderão no adimplemento do contrato. Finalmente, há os deveres que ocorrem após o contrato. São os casos de culpa post factum finitum, como o dever de segredo, o dever de reserva e de garantia da fruição do resultado. Este último pode ser exemplificado da seguinte forma: A vende sua fábrica de comida para cachorros para B, e, imediatamente depois de realizado o negócio, A abre outra fábrica, especializada no mesmo ramo e concorrente direta do negócio que acabara de alienar para B. Na maioria dos casos, o vendedor, mesmo que não se tenha obrigado expressamente, fica impedido de, logo depois de alienar o seu negócio, abrir nova fábrica para competir com aquela que acabara de vender. Apesar de ser necessário um exame casuístico, pelo menos a princípio, parece que a concorrência especializada não era esperada por B, novo proprietário da fábrica. O procedimento do vendedor violaria as regras de conduta adequada, devendo, assim, ser invocado o princípio da boa-fé objetiva para proteger o adquirente do negócio.

Uma outra forma de classificação dos deveres de atuação correta, utilizada por Menezes Cordeiro, se prende à natureza desses deveres. Relacionam o mestre português os deveres de proteção, que visam a impedir que as partes se prejudiquem. Outros são os deveres de esclarecimento, cujo nome é auto-implicativo. Há, ainda, os deveres de lealdade, consistentes naqueles que pretendem garantir uma harmonia entre as prestações dos contratantes, evitando um desequilíbrio econômico.

Uma derradeira forma de classificação dos deveres consiste em determinar se o exame da boa-fé objetiva vai incidir sobre os aspectos formais ou materiais da conduta. De fato, ora se analisa o procedimento utilizado pelas partes, ora se avalia o conteúdo do

contrato.

Havendo a exigência da conduta honesta nos contratos, avalia-se o conteúdo da obrigação, abrindo margem para a aferição de sinalgmaticidade e a excessiva onerosidade do acordo e a apreciação de seu conteúdo. Esse exame parece ser o mais desafiante. Questiona-se a paridade das prestações, investiga-se o preço ajustado, tudo a fim de evitar a "excessiva onerosità", para se atingir aquilo que preconizava Larenz: a necessidade de um preço justo.

Veja-se que, por outro lado, se presente à boa-fé objetiva, o preço mais elevado pode justificar-se. Afinal, uma pessoa pode ir a um restaurante notoriamente caro, sabendo que está pagando muito mais pelo prato do que ele custa ao dono do estabelecimento. O importante é aferir se a conduta das partes foi correta. No caso do restaurante, oferecido como exemplo, se os preços foram afixados e eram de conhecimento do consumidor - este sabia que pagava mais por comer naquele local -, a cobrança de um valor exorbitante não constitui uma afronta à regra da boa-fé objetiva. Como se vê, a boa-fé poderá ampliar ou restringir o conteúdo do contrato. Ela irá atuar como fator de equilíbrio da relação, permitindo uma execução mais justa do contrato, em sintonia com sua função social.

5.2. A Limitação do Exercício de Direitos da Atividade das Partes

Alguns conceitos cuidam de explicar como o exame da boa-fé objetiva pode limitar o exercício de certas atividades. Passemos, então, a examiná-los.

5.2.1. Exceptio Doli

A exceptio doli é um conceito antigo, que outrora gozou de grande prestígio, caindo hoje em desuso, muito em função de seu conceito fugidio. Ele se refere ao poder de repelir uma pretensão se comprovado que o seu auto agiu de forma desleal. A exceptio doli, como o próprio nome indica, não atribui qualquer direito, funcionando apenas como defesa.

Em 1911. Enneccerus sustentou, em defesa da exceptio doli, que o Código Civil alemão não negava a sua aplicação. Com efeito, a idéia de se defender de uma pretensão suscitando o dolo do autor é intuitiva. O Código Civil brasileiro também não nega - nem

poderia fazê-lo - a possibilidade de utilização dessa exceção.

5.2.2. *Venire contra factum proprium*

Outro conceito, esse de maior divulgação moderna, é o *venire contra factum proprium*, também conhecido como Teoria dos Atos Próprios. A idéia se confunde com a essência da boa-fé objetiva e visa evitar que uma parte do contrato adote um ato em contradição com conduta anterior, e acabe por confundir a outra, obtendo, com isso, alguma vantagem.

Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada contida na cláusula geral da boa-fé.

Na hipótese de um contrato vencido, mas em que o credor dá ao devedor todas as indicações de que segue interessado na mercadoria, a atitude do credor de mudar abruptamente de idéia, rejeitando o cumprimento da obrigação, mesmo em mora, consiste em uma alteração de posicionamento, em contrariedade com a sua primeira conduta, que pode prejudicar o devedor, já que este tinha justa razão para crer na permanência de interesse do credor no cumprimento da obrigação. No caso referido, a nova atitude do credor não se harmonizou com seu ato anterior. Amparando-se no *venire contra factum proprium*, o devedor poderá sustentar que a conduta do credor violou as regras de boa-fé objetiva.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quando ainda Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferiu decisão lapidar, que demonstra a atenção da jurisprudência ao *venire*:

Boa-fé. Contrato. O princípio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles encontram-se a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuário de não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador.

Venire contra factum proprium. Contrato. A vendedora de loja de vestuário, que

auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias, não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isso tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.

(...).

Por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão coligadas, não se permite que o comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra.

Como sintetiza Borda, "no es admisible que se premie la conducta contradictoria, porque se violaría el principio general de la buena fé".

5.2.3. Supressio

A supressio refere-se à demora desleal e anormal na realização de certo negócio. De acordo com o conceito, comprovado que a tardança não se justifica, a parte prejudicada fica liberada da obrigação. A idéia é, assim, afastar a exigência de uma obrigação cujo titular ficou inerte por período considerado incompatível.

Na supressio, um direito não exercido durante um determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé. O contrato de prestação duradoura, que tenha passado sem cumprimento durante longo tempo, por falta de iniciativa do credor, não pode ser exigido, se o devedor teve motivo para pensar extinta a obrigação e programou sua vida nessa perspectiva. Enquanto a prescrição encobre a pretensão pela só fluência do tempo, a supressio exige, para ser reconhecida, a demonstração de que o comportamento da parte era inadmissível segundo o princípio da boa-fé.

5.2.4. Tu Quoque

Segundo o conceito do tu quoque, a parte que deixou de realizar certo ato não pode exigir da contraparte que o faça. Um contratante não tem o poder de exigir do outro um

determinado comportamento que ele próprio descumpriu. É o que sintetiza o brocardo inglês: "*équité must come in clean hands*". O instituto é muito utilizado na avaliação dos casos de compensação da culpa.

Por exemplo: condômino que viola a regra do condomínio e deposita móveis em área comum, ou a destina para uso próprio, não pode exigir do outro comportamento obediente ao preceito. Quem já está em mora, ao tempo em que sobrevêm circunstâncias modificadoras da base do negócio, não pode pretender a revisão ou a resolução judicial.

5.2.5. Abuso de Direito

Finalmente, cumpre fazer uma referência ao abuso de direito. O fundamento clássico do abuso consiste em impedir que o direito sirva como forma de opressão. Busca-se evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela que esse direito deve normalmente ser invocado, ofendendo a comunidade.

Há duas teorias que definem o abuso. A mais tradicional é a subjetiva, segundo a qual, o abuso seria um ato que, embora amparado pela lei, foi adotado deliberadamente com o interesse de lesar a alguém. Nesse caso, a única boa-fé a ser avaliada na aferição de abuso seria a subjetiva, pois irá se examinar o interesse psicológico do agente.

Outra acepção do abuso de direito é a objetiva, na qual se afere objetivamente o uso antifuncional do direito. Examina-se a existência de conflito entre a finalidade própria do direito e a sua atuação no caso concreto. Atualmente, a maioria da doutrina posiciona-se no sentido de que a constatação do abuso passa, forçosamente, pela análise da boa-fé objetiva. De fato, a ausência de uma conduta adequada terá conseqüências jurídicas.

Considero, todavia, que nas hipóteses onde houver ausência de boa-fé objetiva estaremos diante de um ato ilícito, pois o fato irá contrariar a ordem jurídica. sendo desnecessário, até mesmo, invocar o conceito de abuso. O direito português adotou um caminho intermediário entre as teorias objetiva e subjetiva: haverá abuso sempre que o comportamento do titular for reprovável ao sentimento jurídico prevalente na coletividade.

No abuso de direito, como se sabe, o ato é formalmente legal, mas o titular do direito

se desvia da finalidade da norma, transformando o ato aparentemente - isto é, externamente - lícito. Como é, portanto, fundamental que se questione a vontade, fica difícil, na prática, afastar por completo a verificação da boa-fé subjetiva. O ideal nesses casos seria a exemplo do que faz os portugueses, uma análise em conjunto.

6 - ACOLHIDA JURISPRUDENCIAL E CAMINHOS FUTUROS

Antes mesmo da positivação do princípio da boa-fé objetiva no Código Civil brasileiro, já existiam decisões que corporificavam a renovada concepção das obrigações, orientada à manutenção da mais estrita lisura entre as partes desde o momento que elas se entregavam às primeiras tratativas.

Após a positivação do princípio da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor, a ausência de regulação do Código Civil não era mais óbice para sua aplicação, reconhecendo a jurisprudência à vocação expansionista e de forma plena no campo das obrigações ao princípio da boa-fé.

EMENTA: BOA-FE. CONTRATO. O PRINCIPIO DA BOA-FE IMPOE DEVERES ANEXOS, DE ACORDO COM A NATUREZA DO NEGOCIO E A FINALIDADE PRETENDIDA PELAS PARTES. ENTRE ELES SE ENCONTRA A OBRIGACAO DA VENDEDORA DE PEQUENA LOJA DE VESTUARIO NAO CANCELAR PEDIDOS JA FEITOS, COM O QUE INVIABILIZARIA O NEGOCIO E FRUSTRARIA A JUSTA EXPECTATIVA DO COMPRADOR. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. CONTRATO. A VENDEDORA DE LOJA DE VESTUARIO, QUE AUXILIA O COMPRADOR NOS PRIMEIROS DIAS DA NOVA ADMINISTRACAO E ASSINA PEDIDOS DE NOVAS MERCADORIAS, NAO PODE DEPOIS CANCELAR TODOS OS PEDIDOS AINDA NAO RECEBIDOS, ASSIM INVIABILIZANDO A NORMAL CONTINUIDADE DO NEGOCIO, SEM QUE PARA ISSO TENHA MOTIVO RAZOAVEL. ACAO INDENIZATORIA JULGADA PROCEDENTE. APELO PROVIDO EM PARTE, PARA REDUZIR A INDENIZACAO. (Apelação Cível Nº 589073956, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 19/12/1989)

TRIBUNAL: Tribunal de Justiça do RS	DATA DE JULGAMENTO: 19/12/1989	Nº. DE FOLHAS: 7
ÓRGÃO JULGADOR: Quinta Câmara Cível	COMARCA DE ORIGEM: PORTO ALEGRE	SEÇÃO: CIVEL
PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do dia		TIPO DE DECISÃO: Acórdão
ASSUNTO: LOJA DE VESTUARIO (ESTABELECIMENTO COMERCIAL - COMPRA E VENDA) 1. DIREITO CIVIL. CONTRATO. 2. DIREITO CIVIL. OBRIGACOES. 3. INDENIZACAO. - CRITERIO PARA SUA FIXACAO. - DANOS CAUSADOS A COMPRADOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. FORNECIMENTO DE MERCADORIAS. - PEDIDO FEITO PELO EX-PROPRIETARIO. CANCELAMENTO POSTERIOR.		

EFEITOS. - EX-PROPRIETARIO QUE AUXILIA O COMPRADOR NO INICIO DA NOVA ADMINISTRACAO. RESPONSABILIDADE. 4. CONTRATO. - PRINCIPIO DA BOA-FE. APLICACAO. - PRINCIPIO DE VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. APLICACAO. 5. COMPRA E VENDA. - CLAUSULA CONTRATUAL. INTERPRETACAO. - ESTABELECIMENTO COMERCIAL. - LOJA. 6. SENTENCA. LIQUIDACAO POR ARBITRAMENTO. INDENIZACAO.

FONTE:

JURISPRUDENCIA TJRS, C-CIVEIS, 1989, V-1, T-17, P-231-237 RJTJRS, V-145/320

EMENTA: CONTRATO. RESOLUCAO. ADIMPLEMTO SUBSTANCIAL. O COMPRADOR QUE PAGOU TODAS AS PRESTACOES DE CONTRATO DE LONGA DURACAO, MENOS A ULTIMA, CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE O CONTRATO, NAO PODENDO SER DEMANDADO POR RESOLUCAO. ACO DE RESCISAO JULGADA IMPROCEDENTE E PROCEDENTE A CONSIGNATORIA. APELO PROVIDO EM PARTE, APENAS RELATIVAMENTE AOS HONORARIOS. (Apelação Cível Nº 588012666, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/04/1988).

TRIBUNAL: Tribunal de Justiça do RS	DATA DE JULGAMENTO: 12/04/1988	Nº. DE FOLHAS:
ÓRGÃO JULGADOR: Quinta Câmara Cível	COMARCA DE ORIGEM: CANOAS	SEÇÃO: CIVEL
PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do dia		TIPO DE DECISÃO: Acórdão
ASSUNTO: "TESE DA SUBSTANCIAL PREFORMANCE" (ADIMPLEMTO SUBSTANCIAL) ADIMPLEMTO INSATISFATORIO (COMPRA E VENDA) 1. COMPRA E VENDA DE IMOVEL. - RESCISAO. PAGAMENTO DE TODAS AS PRESTACOES MENOS A ULTIMA. ADIMPLEMTO SUBSTANCIAL. EFEITOS. - RESOLUCAO. - DESCABIMENTO. INADIMPLEMTO MINIMO. - PRESSUPOSTOS. 2. CONSIGNACAO EM PAGAMENTO. PRESTACOES. COMPRA E VENDA DE IMOVEL.		
FONTE: JURISPRUDENCIA TJRS, C-CIVEIS, 1989, V-2, T-5, P-294-298		

Processo

REsp 112442 / RS
RECURSO ESPECIAL
1996/0069653-5

Relator(a)

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102)

Órgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento

11/03/1997

Data da Publicação/Fonte

DJ 14/04/1997 p. 12754
LEXSTJ vol. 97 p. 232

Ementa

CLUBE SOCIAL. ESTATUTOS. DIREITO ADQUIRIDO. SOCIO VETERANO. O SOCIO QUE, AO TEMPO DA MODIFICAÇÃO DOS ESTATUTOS SOCIAIS, AINDA NÃO PROGRAMARÁ O TEMPO MINIMO EXIGIDO PARA SER CLASSIFICADO COMO SOCIO VETERANO, NÃO PODE ALEGAR A EXISTENCIA. DE DIREITO ADQUIRIDO PARA EXIGIR A APLICAÇÃO DA REGRA VIGORANTE QUANDO DE SUA ADMISSÃO, QUE PREVIA TEMPO MENOR. NÃO SE TRATANDO DE ENTIDADE INSTITUIDA PARA O FIM DE PRESTAR SERVIÇOS OU CONTRIBUIÇÕES, NO FUTURO, - CAUSA DETERMINANTE DA ADESÃO AO CONTRATO SOCIAL, - A EXTENSÃO DO TEMPO DE CARENCA NÃO OFENDE O PRINCIPIO DA BOA-FE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Acórdão

POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO RECURSO.

Resumo Estruturado

INEXISTENCIA, DIREITO ADQUIRIDO, SOCIO, CLUBE NAUTICO, CLASSIFICAÇÃO, SOCIO VETERANO, FALTA, REQUISITO, TEMPO, ATIVIDADE, EPOCA, ALTERAÇÃO, ESTATUTO.

Doutrina

OBRA: CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO PAG. 379

AUTOR: JOSE AFONSO DA SILVA

TIPO DE PROCESSO: Embargos Infringentes	NÚMERO: 591083357	Não Possui Inteiro Teor
RELATOR: Adalberto Libório Barros		

EMENTA: CONTRATO. TEORIA DA APARENCIA. INADIMPLEMTO. O TRATO, CONTIDO NA INTENCAO, CONFIGURA CONTRATO, PORQUANTO OS PRODUTORES, NOS ANOS ANTERIORES, PLANTARAM PARA A CICA, E NAO TINHAM POR QUE PLANTAR, SEM A GARANTIA DA COMPRA. (RESUMO) (Embargos Infringentes Nº. 591083357, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adalberto Libório Barros, Julgado em 01/11/1991)

TRIBUNAL: Tribunal de Justiça do RS	DATA DE JULGAMENTO: 01/11/1991	Nº. DE FOLHAS: 22
ÓRGÃO JULGADOR: Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis	COMARCA DE ORIGEM: CANGUCU	SEÇÃO: CIVEL
PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do dia		TIPO DE DECISÃO: Acórdão
ASSUNTO: COMPANHIA INDUSTRIAL DE CONSERVAS ALIMENTICIAS - CICA PLANTACAO DE TOMATES (INDENIZACAO) 1. DIREITO CIVIL. OBRIGACOES. 2. INDENIZACAO. - INADIMPLEMTO CONTRATUAL. - COMPROVADO. - TEORIA DA APARENCIA. APLICACAO. - EXISTENCIA DO CONTRATO. TRATO CONTIDO NA INTENCAO. CONFIGURACAO DE CONTRATO. - PROMESSA DE COMPRA DE SAFRA FUTURA. 3. COMPRA E VENDA. VENDA FUTURA. PROMESSA DE COMPRA DE SAFRA FUTURA. 4. CONTRATO. - INADIMPLEMTO. EFEITOS. - PRE-CONTRATO. RESPONSABILIDADE PRE-CONTRATUAL. 5. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.		
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: LF-8078 DE 1990		
ACÓRDÃOS IGUAIS: 591083787 - 01/11/1991, 591083761 - 01/11/1991		
FONTE:		

JURISPRUDENCIA TJRS, C-CIVEIS, 1992, V-2, T-14, P-1-22

TIPO DE PROCESSO: Recurso Cível	NÚMERO: 71000531376	 Inteiro Teor
RELATOR: Ricardo Torres Hermann		

EMENTA: REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA DOS CONTRATOS. Negociações preliminares a induzir os autores a deslocarem-se até o Rio de Janeiro para a aquisição de veículo "semi-novo" da ré, na companhia de seu filho ainda bebê, gerando despesas. Deslealdade nas informações prestadas, pois oferecido como "uma jóia de carro", "impecável", gerando falsas expectativas, pois na verdade o veículo apresentava pintura mal feita, a revelar envolvimento em acidente de trânsito. Omissão no fornecimento do histórico do veículo que poderia confirmar as suspeitas de tratar-se de veículo batido. Danos materiais, relativos às passagens aéreas e estadia e danos morais decorrentes do sentimento de desamparo, frustração e revolta diante da proposta enganosa formulada. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. (Recurso Cível Nº. 71000531376, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 08/09/2004)

TRIBUNAL: Turmas Recursais	DATA DE JULGAMENTO: 08/09/2004	Nº. DE FOLHAS:
ÓRGÃO JULGADOR: Segunda Turma Recursal Cível	COMARCA DE ORIGEM: Comarca de Porto Alegre	SEÇÃO: CIVEL
PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do dia		TIPO DE DECISÃO: Acórdão

Processo

REsp 95539 / SP
RECURSO ESPECIAL
1996/0030416-5

Relator(a)

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102)

Órgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento

03/09/1996

Data da Publicação/Fonte

DJ 14/10/1996 p. 39015

LEXSTJ vol. 91 p. 267

RSTJ vol. 93 p. 314

Ementa

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSENTIMENTO DA MULHER. ATOS POSTERIORES. " VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM ". BOA-FE. PREPARO. FERIAS.

1. TENDO A PARTE PROTOCOLADO SEU RECURSO E, DEPOIS DISSO, RECOLHIDO

A IMPORTANCIA RELATIVA AO PREPARO, TUDO NO PERIODO DE FERIAS FORENSES, NÃO SE PODE DIZER QUE DESCUMPRIU O DISPOSTO NO ARTIGO 511 DO CPC. VOTOS VENCIDOS.

2. A MULHER QUE DEIXA DE ASSINAR O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA

E VENDA JUNTAMENTE COM O MARIDO, MAS DEPOIS DISSO, EM JUIZO, EXPRESSAMENTE ADMITE A EXISTENCIA E VALIDADE DO CONTRATO, FUNDAMENTO PARA A DENUNCIAÇÃO DE OUTRA LIDE, E NADA IMPUGNA CONTRA

A EXECUÇÃO DO CONTRATO DURANTE MAIS DE 17 ANOS, TEMPO EM QUE OS

PROMISSARIOS COMPRADORES EXERCERAM PACIFICAMENTE A POSSE SOBRE O

IMOVEL, NÃO PODE DEPOIS SE OPOR AO PEDIDO DE FORNECIMENTO DE ESCRITURA DEFINITIVA. DOCTRINA DOS ATOS PROPRIOS. ART. 132 DO CC.

3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

7. A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

7.1. O Papel do Judiciário

Segundo muitos acreditam, "o direito é aquilo que o juiz diz". Muito embora essa assertiva represente, tecnicamente, um completo disparate, é também verdade que os institutos e conceitos jurídicos só ganham importância a partir do momento em que os tribunais passam a observá-los.

A boa-fé objetiva, ao menos no que diz respeito aos julgados no Brasil, pode ainda ser qualificada como novidade. Necessário, então, que os magistrados e os demais profissionais do direito se familiarizem com o conceito.

A boa-fé objetiva tem aplicação no campo dos contratos, desde a fase preliminar, passando pela fase de execução, de conclusão, até a fase pós contratual. Vários são os exemplos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência, cuja solução foi a aplicação do princípio da boa-fé, evitando-se, assim, situações de injustiça e desequilíbrio.

A indenização decorrente do descumprimento da boa-fé objetiva será avaliada em função do art. 186 do Código Civil.

Na fase pré-contratual, das tratativas ou negociações preliminares, onde ainda não há contrato, já existe algo que vincula as pessoas interessadas, como deveres que uma parte precisa ter como correção de comportamento em relação à outra. A jurisprudência já cuidou de hipótese de responsabilidade pela ruptura das tratativas, em inúmeros casos, sendo um dos mais conhecidos o "caso dos tomates", ocorrido no Rio Grande do Sul.

Os fatos são os seguintes: um agricultor do município de Canguçu, na zona sul do Estado do Rio Grande do Sul, costumava plantar tomates, cujas sementes lhe eram entregues pela Cica (Companhia Industrial de Conservas Alimentícias), a qual, na época oportuna, adquiria a produção para posterior industrialização. Na safra de 1987/1988, a Cica deixou de adquirir o produto, tendo o agricultor, como de praxe, realizado a plantação. Aí o agricultor pleiteou indenização pelos danos sofridos com a perda da produção, uma vez que não teve a quem vender o produto.

O processo foi ao Tribunal, sendo relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior (hoje

Ministro do ST J), que proferiu o seguinte voto:

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

Assim, o Tribunal do Rio Grande do Sul reconheceu que a Cica havia criado expectativas nos possíveis contratantes, pecando contra a boa-fé ao se recusar a comprar a safra dos tomates, ocasionando prejuízo aos pequenos agricultores, que se tinham baseado na confiança despertada antes do contrato, na fase pré-contratual.

O princípio da boa-fé também incide na fase de execução e conclusão dos contratos. Na fase pós-contratual, ainda há a possibilidade de exigir boa-fé dos contratantes, pois os deveres anexos, como os de colaboração e informação, ainda vigoram.

7.2. A Insegurança Jurídica

Na apreciação do caso concreto, o juiz irá atentar para a casuística, avaliando o padrão ético das partes. Na aferição de um contrato, devem ser apreciadas algumas fontes, entre elas a boa-fé. Infelizmente, essa apreciação casuística dá margem a certa arbitrariedade, que pode importar em um retrocesso. Apenas o conhecimento dos fundamentos do conceito é que pode diminuir uma certa "subjetivação" da boa-fé objetiva.

As cláusulas gerais criam incertezas, entretanto, a incerteza não pode condenar o sistema à fossilização. Entre a segurança jurídica e a justiça, melhor à justiça.

Haverá, evidentemente, uma atividade valorativa do juiz, que será maior ou menor dependendo, em última análise, da existência de leis específicas, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor e de como o sistema admite a aplicação direta de princípios, mesmo quando eles não estejam normatizados.

Como toda cláusula geral, permite atividade criadora do juiz. Esta, porém não é arbitrária, mas contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema. O magistrado profere um juízo mais complexo do que o normal, atendendo à lealdade das partes, à moralidade da pretensão do credor e à correção da resistência do devedor. Não cabe, pois, um arbítrio indefinido ou imoderado na aplicação de critérios éticos ou de razões sociais. Ademais, a exigência de fundamentação garante o controle da decisão pelas partes e pela comunidade jurídica.

A boa-fé tem funções integradoras da obrigação, atuando como fonte de direitos e obrigações ao lado do acordo de vontades, além de servir para a interpretação das cláusulas convencionadas. Os voluntaristas querem reduzir sua intervenção apenas para a integração do contrato de acordo com aquilo que fora pressuposto pelas partes; mas não é assim: a utilização da cláusula de boa-fé implica a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isso o leve para fora do círculo da vontade.

CONCLUSÃO

O princípio da boa-fé objetiva ou da eticidade, obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não apenas às relações de consumo, significa, portanto, uma atuação refletida, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Assim, verifica-se uma tríplice função do princípio da boa-fé:

Uma como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos (cuidado, previdência, segurança, aviso e esclarecimento, informação, prestação de contas, colaboração e cooperação, probidade, razoabilidade). A quebra destes deveres anexos gera a violação positiva do contrato, com responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva. Isso pode ser evidenciado pelo teor do Enunciado 24, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2002, com o seguinte teor: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

Outra função é de causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos, ou seja, o exercício de uma função de controle, conforme artigo 187 do Código Civil, segundo o qual aquele que viola a boa-fé comete abuso de direito.

A terceira função é a integração do contrato, nos termos do artigo 422 do Código Civil, segundo o qual “os contratantes são obrigados aguardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Como decorrente, foram editados o Enunciado n. 25 do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual” o artigo 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé objetiva nas fases pré e pós contratual” e o Enunciado n. 170, segundo o qual” A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In Revista de Direito do Consumidor, 14:20-27, São Paulo: RT, abr/jun-1995.

AMARAL JÚNIOR, Adalberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. In Revista de Direito do Consumidor, 6:27-22, São Paulo: RT.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. In Revista de Direito do Consumidor, 3:78-87, São Paulo: RT, dez/92.

BETTI, Emilio. Interpretacion de la ley y de los actos jurídicos. Trad. Por Jose Luis de Los Mosos. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, s. d.

CASTRO, Dayse Starling Lima - organizadora. Direitos difusos e coletivos: coletânea de artigos. Belo Horizonte: Castro Assessoria e Consultoria, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 33^ª. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GARIBOTTO, Juan Carlos. Teoria General dei abeto jurídico. Buenos Aires:

Depalma, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 4^ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa fé nas negoclações preliminares. In Revista de Direito Civil, 16:48-52, São Paulo: RT.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. O Princípio da boa-fé como ponto de equilíbrio nas relações de consumo. Jus navigandi, Teresina, a. 8, n. 210, 1 fev. 2004. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. o novo regime das relações contratuais. 2^a ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa fé no período pré-negociai: reflexões em torno de uma notícia jornalística. In Revista de Direito do Consumidor, 4:140-191, São Paulo: RT.

MARTINS, Flávio Alves. A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In Revista de Direito do Consumidor, 3:44-77, São Paulo: RT, dez/92.

NUNES, Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2^a ed. Reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. Jus Na viga ndi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3^a ed. Rio de Janeiro:

Impetus, 2004.

SENADO FEDERAL, Código Civil: Anteprojetos, vol. 1 e 3. SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In Estudos de direito civil brasileiro e português. Primeira Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, Porto Alegre, 1980, São Paulo:

RT,1980.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Fonte:

Jurisprudência TJRS, C-CIVEIS, V-1, T-23,. YYY RJTJRS, 1994