

A Boa-Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale)¹

Judith Martins-Costa

Uma coisa, pertencente a uma ordem de espíritos, é a organização da vida jurídica da sociedade, e outra muito diversa, pertencente a outra ordem, é a análise ou a síntese dos elementos componentes do direito. Entre a crítica e a encarnação do direito haverá sempre grande distância. Assim como nem a história, nem a teoria da arte, foi nunca obra dos grandes artistas, não são também os legisladores que fazem a sistematização dos fatos e das relações jurídicas. (Joaquim Nabuco, “Um Estadista do Império”).

Sumário: Introdução. I) A Teoria dos Modelos: dos modelos doutrinários aos modelos jurisprudenciais. II) A Casuística da Boa-Fé Objetiva nos Tribunais Brasileiros.

¹ Texto originalmente apresentado, com o título “A Boa-Fé como Modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no Direito Brasileiro)” ao Convegno La Formazione del Sistema Giuridico Latinoamericano: Codici e Giuristi, Amalfi, abril de 2001, tendo sido atualizada apenas a referência ao novo Código Civil Brasileiro.

A boa-fé obrigacional, também dita boa-fé objetiva, chegou tarde ao Direito Brasileiro. Só muito recentemente, a partir de 1990, o direito legislado passou a contemplá-la como regra específica, e ainda assim no domínio próprio das relações de consumo². O vigente Código Civil Brasileiro, de 1916, não contém regra acerca da boa-fé obrigacional, diversamente do que ocorre com o novo Código, ora em aguardo da sanção presidencial, no qual são expressivas as referências ao princípio³. É bem verdade que o vetusto Código Comercial, de 1850, alude, no art. 130, à boa-fé como cânone hermenêutico dos contratos⁴, mas este texto jamais desempenhou funções de cláusula geral, pouco passando de letra morta⁵. Mesmo assim, nos últimos quinze anos, o princípio, em sua feição objetiva, impositiva de *standard* de conduta aos que entram em relação obrigacional, vem sendo aplicado pela jurisprudência nacional como fonte de específicos deveres de conduta e como limite ao exercício de direitos, conquanto nem sempre seja usada idêntica gramática, havendo mesmo expressivas diferenças quanto ao modo e às hipóteses de sua incidência.

² Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90) a prevê no art. 4º, inciso III, como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, visando à “*harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo*” e no art. 51, inciso IV, como critério de aferição de abusividade de cláusula contratual, cujo efeito é a nulidade.

³ Para as referências ao novo Código Civil, vide o texto O novo Código Civil Brasileiro: em busca da ‘ética da situação’, ora nesta obra e ainda MOREIRA ALVES, José Carlos, “A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro”, Revista Roma e América Roma, vo. 7, 1999.

⁴ Art. 130, *caput* e inciso I, *in verbis*: “*Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.*”

⁵ Acentua, a propósito, José Carlos MOREIRA ALVES: “*É de notar-se, porém, que esse dispositivo, que se apresenta com a natureza de cláusula geral, até época relativamente recente foi tido como simples princípio de hermenêutica que se baseia na boa-fé subjetiva.*” (in “A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro”, *cit.*, p. 194).

Pesquisa realizada em *sites* de Tribunais brasileiros⁶ indica que no ementário de decisões do Superior Tribunal de Justiça — ao qual compete, constitucionalmente, unificar a jurisprudência nacional⁷ — dezoito (18) decisões encontram fundamento no princípio⁸. No Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição Federal, embora sejam inúmeras as decisões fundadas na boa-fé possessória e na proteção aos terceiros de boa-fé, há um único acórdão que revela a função da boa-fé como regra de conduta, aí sendo o princípio alegado, no Direito Administrativo, como limite à defesa, em juízo, da Administração Pública⁹. No âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados é o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiro na sua aplicação, que apresenta o maior número de decisões fundadas na boa-fé objetiva, havendo mais de trezentas (300) referências, das quais aproximadamente vinte e cinco por cento (25%) apresentam uma feição inovadora, da qual é possível retirar uma verdadeira construção das funções que, tal qual observa-se no Direito Comparado,

⁶ Pesquisa realizada nos meses de março a junho de 2001, pela Internet, tendo em conta os seguintes critérios: Tribunais Superiores (STF e STJ) e Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul (304 acórdãos), Rio Grande do Norte (9 acórdãos) Pará (9 acórdãos) Bahia (2 acórdãos), Goiás (6 acórdãos), Paraná (1 acórdão), Paraíba (1 acórdão), Rondônia (1 acórdão), Pernambuco (9 acórdãos) e Distrito Federal (24 acórdãos). Os demais Tribunais estaduais ou não têm nenhuma referência em seus ementários, ou não têm a jurisprudência acessível em suas *home pages*. Foram feitas consultas por *e-mail* junto aos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Mato Grosso e Espírito Santo, as quais não tiveram resposta, salvo a procedida junto ao Tribunal de Justiça de Pernambuco. A Justiça estadual de São Paulo, através do Juizados Especiais Cíveis, conquanto não tenha jurisprudência disponibilizada pela Internet, está começando a utilizar o princípio como “mandamento de recíproca confiança incumbente às partes” notadamente em tema de Direito do Consumidor, como exemplificativamente, os acórdãos proferidos pelo seu Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital nos Recursos n.ºs 7.959 (j. em 14.12.2000); 7.766 (j. em 13.11.2000); 7747 (j. em 1.º. 11. 2000 e 7.767(j. em 13.11.2000), em todos eles sendo Relator o Juiz Laerte MARRONE. Para a realização desta pesquisa os verbetes procurados foram: “boa fé objetiva”; “boa-fé e obrigação”; “boa-fé contratual”, “boa-fé e contrato” e “boa-fé e princípio”. Foram desconsiderados os acórdãos relacionados às palavras-chave ‘boa-fé e contratos’ relativos à proteção da boa-fé de terceiros que diziam respeito a situações subjetivadas da boa-fé. Assinala-se que, segundo os sistemas de indexação usuais, as expressões buscadas deveriam constar da ementa. Para esta pesquisa devo registrar o meu agradecimento ao valioso auxílio prestado pelo acadêmico de Direito Alexandre PEREIRA DUTRA, da Faculdade de Direito da UFRGS, que desenvolve projeto de iniciação científica sob minha orientação, com bolsa de estudos patrocinada pelo CNPq-BIPIC.}

⁷ Constituição Federal, art. 105, inciso III, ao conferir a competência para julgar, em recurso especial (Resp), “as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁸ Nomeadamente: Agr. Reg. no AI n.º 47. 901 - 3 - SP; AGA 47901; EDRESP 167691; RESP 256274; RESP 107211; RESP 80036; RESP 32890; RESP 3714/RS; RESP 7187/SP; RESP 85521/PR; RESP 101061/PB; RESP 157841/SP; RESP 5932/RS; RESP 158728/RJ; RESP 18.4573/SP, RESP 95535/SP; REMS n.º 6183-MG; ROMS 6183; ROMS 1694/RS.

⁹ STF, 2.ª T, RE 158448/MG, Relator Ministro Marco Aurélio de MELLO, j. em 29.06.1998, sendo a boa-fé invocada articuladamente aos princípios da continuidade da prestação de serviços e da realidade.

notadamente o direito alemão e o italiano, têm sido cometidas ao princípio¹⁰.

Ora, os dados desta pesquisa sinalizam uma “modelagem brasileira” da boa-fé objetiva, de cunho fortemente jurisprudencial.

Numa cultura jurídica na qual é ainda forte a tradição legalista, ao apego à lei em seu aspecto formal, à sua mais espessa literalidade, uma tal circunstância é curiosa. Na busca das razões que a expliquem, recorro preliminarmente (Parte I) a um específico recorte teórico, qual seja, o da teoria das fontes e dos modelos jurídicos, proposta por Miguel Reale¹¹. Compreendido este aporte teórico — que é aqui suporte, e busca de explicação — tentarei visualizar a formação de um modelo jurisprudencial da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro, mediante a indicação das funções que, na concreta prática da vida jurídica, é o mesmo chamado a operar (Parte II).

I) A TEORIA DOS MODELOS: DOS MODELOS DOUTRINÁRIOS AOS MODELOS JURISPRUDENCIAIS.

Ao debruçar-se sobre o fenômeno da normatividade, percebeu Miguel Reale que as normas jurídicas, provindas das quatro fontes às quais são reconhecidos os atributos da autoridade e da prescritividade — a saber, a fonte legislativa, a jurisprudencial, a consuetudinária e a negocial — podem apreenhender-se como modelos, vale dizer, como “*estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências*”¹². Correspondentes, no plano jurídico, às estruturas normativas verificadas nas estruturas sociais, os modelos são constantemente construídos pela experiência jurídica, distinguindo-se entre modelos jurídicos — assim os provenientes das quatro fontes de produção jurídica, dotados que são de força prescritiva — e os modelos dogmáticos, ou hermenêuticos, cuja elaboração é doutrinária e cuja força é indicativa, argumentativa ou persuasiva.

¹⁰ Para este cômputo a autora considerou as invocações a boa-fé não repetitivas e as decisões nas quais as funções da boa-fé objetiva são efetivamente desenvolvidas, desconsiderando aquelas em que o princípio é meramente alegado, sem a correspondente motivação e o estabelecimento dos nexos com a concreta situação fática e ainda os acórdãos fundados em similar situação de fato e idêntica argumentação.

¹¹ Veja-se, de Miguel REALE, “Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico”, São Paulo, Saraiva, 1994, e, “Para uma teoria dos modelos jurídicos”, in “Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito”, São Paulo, Saraiva, 1978.

¹² REALE, Miguel, “Para uma teoria dos modelos jurídicos”, in “Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito”, cit., p. 17.

A referência à força meramente indicativa ou persuasiva da doutrina merece, no Direito Brasileiro, um cuidado particular. Somos, os luso-brasileiros, tributários de uma longa tradição “bartolista”¹³, e, portanto, a força da doutrina tem um peso específico, de alta densidade cultural. É que, desde as nossas mais fundas origens, o *mos italicus*, refletido exemplarmente na obra de Bartolo de Saxoferrato, conformou uma mentalidade. Se razão cabe a Fernand Braudel ao aludir à “longa permanência” das estruturas na História¹⁴ — comparativamente às conjunturas e aos eventos, conformadores de ciclos de média e de curta duração — o certo é que a estrutura das mentalidades, dos “enquadramentos mentais” a que alude Braudel¹⁵ é a que apresenta a mais longa duração. É o que ocorre com a nossa visão do papel da doutrina na formação do Direito.

No antigo direito lusitano nem o centralismo jurídico representado pela precoce ordenação do Direito sob o signo da autoridade estatal — nossas primeiras Ordenações do Reino são de 1447¹⁶, — teve força para afastar a doutrina como verdadeira fonte de direito.

¹³ Veja-se ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, “Romanismo e Bartolismo no Direito Português”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vol. XXXVI, 1960, p. 16.

¹⁴ BRAUDEL, Fernand, “História e Ciências Sociais”, tradução portuguesa de Rui Nazaré, Lisboa, Editorial Presença, 4ª edição, 1982, notadamente o ensaio “A Longa Duração”, p. 7 a 39. Para a apreensão das categorias braudelianas na História do Direito, PARADISI, Bruno, “Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto”, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, vol. 1, Firenze, 1972, em especial pp. 31 e ss., e VARELA, Laura Beck, “Algumas Contribuições da Ciência Histórica à Tarefa do Historiador do Direito”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 18, Porto Alegre, 2000.

¹⁵ BRAUDEL, Fernand, “História e Ciências Sociais, cit., p. 14.

¹⁶ Ordenações Afonsinas cuja conclusão ocorreu no segundo semestre de 1446 ou no primeiro de 1447. O seu sistema de fontes estabeleceu (Livro II, título IX) a hierarquia entre as leis do reino que, se insuficientes seriam supridas “*pelas Leys Imperiaes, e pelos Santos Canones*”, e sucessivamente “*se o caso de que se trata em partica, nom fosse determinado per Ley do Regno, ou estilo, ou custume suso dito ou Leyx Imperiaes, ou Santos Canones, entom mandamos que se guardem as grosas d’Acurcio encorporadas nas ditas Leys. E quando pelas ditas grosas o caso non for determinado, mandamos, que se guarde a opiniom de Bartholo, nó embargante, que os outros Doutores diguam o contrario*”. O sistema foi mantido, com pequenas variantes, nas Ordenações Manuelinas (redação definitiva em 1521) e nas Ordenações Filipinas (1603, que vigoraram no Brasil até 1916).

Ainda que os textos legislativos previssem, formalmente, o caráter de fonte subsidiária, relatam os historiadores do *ius commune* ibérico ter por vezes cabido à doutrina de Acursio e Bartolo papel proeminente frente ao próprio direito do rei¹⁷.

Isto significa dizer que em nossa profunda mentalidade, paradoxalmente,¹⁸ articulou-se, ao legalismo, a atenção à doutrina como fonte de produção de modelos hermenêuticos, mesmo os derivados da experiência estrangeira. Para os efeitos de uma possível história das mentalidades jurídicas, o termo “bartolismo” indica, pois, este fenômeno cultural, marca permanente, o de em nossa *forma mentis* estar fortemente arraigada a idéia de a doutrina não apenas desenvolver o papel de formadora dos cânones de interpretação, mas o de, concebendo “os modelos hermenêuticos destinados a preencher as lacunas do sistema”¹⁹, tornar-se fonte prescritiva. Diferentemente do que ocorre em outros países, entre nós os juízes recorrem, em suas decisões, a largas citações da doutrina, nacional ou estrangeira. Por esta via, os modelos doutrinários, largamente aceitos pela jurisprudência, são convertidos em modelos jurídicos jurisprudenciais, estes sim marcadamente prescritivos, “graças ao poder constitucionalmente conferido ao juiz”²⁰, assim dinamizando de maneira exponencial (ou, por vezes, cristalizando), as soluções oferecidas pela fonte legislativa, em si mesma estática.

Os modelos jurisprudenciais incluem-se entre os modelos jurídicos ou prescritivos. Estes, diz Reale, não são o mesmo que normas, constituindo suas especificações, geralmente resultando de uma pluralidade de normas que, entre si articuladas numa certa estrutura, compõem uma unidade lógica de sentido²¹. Se determinada estrutura serve de base “a uma série ordenada e conjugada de atos tendentes a alcançar certos objetivos visados”, tem-se um modelo, que assim se apresenta como uma “estrutura paradigmática” a qual, no campo das ciências sociais, notadamente no Direito, é marcada por um essencial dinamismo, sendo-lhe

¹⁷ Afirma HESPANHA que em Portugal “apesar de as Ordenações conferirem ao direito romano um lugar apenas subsidiário no quadro das fontes do Direito (Ordenações Filipinas, III, 64) na prática ele era o direito principal, sendo mesmo aplicado contra o preceito expresso do direito local” (HESPANHA, Antonio Manuel, “Panorama da Cultura Jurídica Européia” Lisboa, Publicações Europa-America, 1997, p. 67, nota 79, por “direito romano” devendo entender-se fundamentalmente a obra de Acursio e Bartolo).

¹⁸ O paradoxo diminuirá se considerarmos que a doutrina brasileira vem recoberta, em larga medida, pela tradição praxista, a qual é pouco criativa, pois cingida aos comentários da prática forense, caracterizando-se, por vezes, por uma vocação de retrospectividade mais do que de prospectividade.

¹⁹ REALE, Miguel, “Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico”, cit., p. 107.

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ REALE, Miguel, “Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico”, cit., pp. 29 e 30.

inerente “o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados”²². Um modelo pode, assim, articular normas de hierarquia diversa, compondo, numa unidade de sentido, princípios constitucionais, regras infraconstitucionais e prescrições que resultam da atividade jurisdicional. Por isto é que, enquanto expressivas de modelos, as normas “passam a ser captadas (...) em sua plenitude só quando o intérprete atende à dinamicidade que lhes é inerente e à totalidade dos fatores que atuam em sua aplicação ou eficácia, ao longo de todo o tempo de sua vigência”²³.

Bem por isto, não são os modelos estruturas estáticas ou fixas, presas ao passado: sendo elaborados continuamente têm, a par da vocação retrospectiva (por decorrerem das fontes, que são estáticas) a vocação prospectiva, pois se projetam no presente e para o futuro, assim agregando a experiência do passado, mas estando abertos para o que está por vir, nesta perspectiva possibilitando a solução de novos problemas ou a adequação das soluções tradicionais às novas escalas axiológicas vigentes²⁴.

Ora, no Direito Brasileiro a boa-fé objetiva apresentou-se, inicialmente, como um modelo hermenêutico, ou doutrinário, na acepção que lhe dá Miguel Reale, podendo ser atribuída à obra de Clóvis do Couto e Silva²⁵, eminente jurista falecido em 1992, Professor Titular da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul, a sua

²² REALE, Miguel, “Jurisprudência e Doutrina”, in “Questões de Direito”, São Paulo, Sugestões Literárias, 1981.

²³ REALE, Miguel, *Fontes e Modelos*, cit., p. 30, grifos do autor.

²⁴ Creio que a percepção de Reale acerca da prospectividade dos modelos plasma a antecipação, em décadas, do pensamento que, na Europa, viria a ser desenvolvido por adeptos mais recentes da Teoria Hermenêutica, como Giuseppe ZACCARIA acerca da positivação das normas como um processo dinâmico — e não por acaso estruturado numa tríade —, ou por Friederich MÜLLER sobre a normatividade como “processo estruturado”, conseqüente à distinção que procede entre o texto da norma e o seu “programa” como “pauta ordenadora” obtida no processo de interpretação, o sentido e o alcance da norma sendo alcançados apenas na concretização (para estas referências vide ZACCARIA, Giuseppe, “Sul concetto di positività nel diritto”, in *Diritto Positivo e Positività del Diritto*, Turim, Giappichelli, 1991, e *L’Arte dell’interpretazione*, Pádua, Cedam, 1990 e MÜLLER, Friedrich, “Discours de la Méthode Juridique”, Paris, PUF, 1996, em especial pp. 186 e ss.)

²⁵ Notadamente em “A Obrigação como Processo”, Tese de Cátedra, Porto Alegre, 1964, posteriormente publicada (São Paulo, José Bushatsy Editor, 1976) e em “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, in “Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 43-72.

efetiva conformação como princípio ativo, capaz de operar “*verdadeira transformação jurídica através da doutrina e do Poder Judiciário*”²⁶. Conquanto referência à boa-fé contratual já constasse das obras de Miguel Maria de Serpa Lopes²⁷, Orlando Gomes²⁸ e de Alípio Silveira²⁹, as decisões que iniciaram a trajetória de seu acolhimento como modelo jurisprudencial fazem expressas referências à obra de Couto e Silva e a de autores que divulgou, como o português Mario Júlio de Almeida Costa,³⁰ os quais deram ao princípio um desenvolvimento dogmático ausente das demais obras mencionadas, explicitando os deveres de cooperação que, na relação obrigacional, decorrem da sua incidência. Como observa Couto e Silva, “*os autores que escreveram, posteriormente ao CC brasileiro, não mencionam em geral a importância do princípio da boa-fé para uma moderna concepção da relação obrigacional, não a definem como uma complexidade, uma estrutura ou um sistema de processos*”³¹. E, confirmando o nosso “bartolismo”, a boa-fé objetiva ingressa na doutrina brasileira pelas mãos de Emilio Betti, como alude Couto e Silva ao lembrar o “*magnífico curso*” proferido pelo extraordinário jurista italiano na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1958³².

Com base na percepção da relação obrigacional como um processo que se desenvolve no tempo, em sucessivas fases, polarizado pelo adimplemento, transpôs Couto e Silva para o direito civil brasileiro a concepção bettiana da existência imanente, nessas relações, de deveres de colaboração, ora secundários ou anexos à obrigação principal, ora apresentando-se, por força da boa-fé, como deveres autônomos. Conjugando esta concepções aos aportes da doutrina e da jurisprudência alemãs, que

²⁶ COUTO E SILVA, Clóvis, “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, cit., p. 43.

²⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria. “Curso de Direito Civil”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1ª edição, 1957.

²⁸ GOMES, Orlando, “Transformações Gerais do Direito das Obrigações”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1ª edição de 1967.

²⁹ SILVEIRA, Alípio, “A Boa-Fé no Código Civil”, Tomos I e II, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1973. Este, autor de um amplo estudo que procura distinguir entre a “boa-fé crença” e a “boa-fé lealdade”, mesmo assim atribui, à segunda, o caráter de um estado subjetivado, como se observa pelos grupos de casos que analisa no 2º volume de sua obra.

³⁰ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, “Direito das Obrigações”, Almedina, Coimbra, ora na 8ª edição (2000), e cuja primeira edição é de 1968.

³¹ COUTO E SILVA, Clóvis, “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, cit., p. 58.

³² COUTO E SILVA, Clóvis, “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, cit., p. 43, nota 1.

deram um notável desenvolvimento à norma do parágrafo 242 do BGB, atribuiu Couto e Silva, à boa-fé objetiva, o papel de fonte autônoma de direitos e obrigações, por cuja incidência “*transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento*”³³.

Enfatizou Couto e Silva que o fato de o Código Civil não contemplar de forma expressa o princípio — constatação que decorreria de uma interpretação “*meramente gramatical*”, consagrada de “*um absurdo*”³⁴ — não poderia levar à conclusão de que o mesmo não integra o ordenamento. “*Quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o princípio da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende*” afirmou, “*ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falte disposição legislativa expressa*”, reconhecendo, porém, que, neste caso, “*a percepção ou captação de sua aplicação torna-se muito difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juízes relacionar a sua decisão*”³⁵.

Estas dificuldades foram e continuam a ser sentidas. No entanto, progressivamente, a partir da década de 80, parte da jurisprudência passa a acolher esta doutrina, concretizando o princípio e formando, em pequenos passos, a sua dogmática.

A jurisdição, acentua Reale, “*é antes de mais nada, um poder constitucional de explicitar normas jurídicas, e, entre elas, modelos jurídicos*”³⁶. Este poder, embora desenvolvido normalmente na “*realização das normas legais adequadamente aos casos concretos*”³⁷ também se apresenta, excepcionalmente, como “*poder de editar criadoramente regras de direito, em havendo lacuna no ordenamento*”³⁸.

A inexistência de expressa previsão no Código Civil ao princípio da boa-fé passou a exprimir lacuna, angustiosamente sentida quando os tradicionais princípios de Direito das Obrigações — o da autonomia privada, expresso na auto-vinculação, e o da responsabilidade por culpa — começaram a se mostrar mais que nunca insuficientes para uma justa solução de casos resultantes, por exemplo,

³³ COUTO E SILVA, Clóvis, “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, cit., p. 47.

³⁴ As expressões grifadas estão em COUTO E SILVA, Clóvis, “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, cit., p. 61.

³⁵ COUTO E SILVA, Clóvis, “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, cit., p. 61 e 62.

³⁶ REALE, Miguel, “Fontes e Modelos do Direito”, cit., p. 69.

³⁷ Idem, p. 70.

³⁸ Idem, *ibidem*.

da contratação por adesão, ou do exercício abusivo de posição contratual, ou do indevido recesso das tratativas contratuais, ou da necessidade de revisão das bases contratuais em casos de excessiva onerosidade, entre outros tantos que poderiam ser aqui lembrados. Aí está a razão pela qual o princípio da boa-fé — que, bem lembrava Couto e Silva, “*endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos*”³⁹ passou a conformar verdadeiro e próprio modelo jurisprudencial.

E constitui modelo a boa-fé porque, para a sua correta aplicação, não pode o juiz prescindir da articulação, coordenada, de outras normas integrantes do ordenamento, compondo-as numa unidade lógica de sentido. É preciso recorrer, exemplificativamente, às regras da mora, ou da resolução contratual, ou da responsabilidade civil, ou do adimplemento, ou a tópicos integrantes do direito legislado, como o da “utilidade da prestação” para o credor⁴⁰, ou a que consagra o poder do juiz de reduzir a cláusula penal⁴¹, ou às regras da exceção de contrato não cumprido⁴² e ainda as do abuso de Direito⁴³, ou a outros princípios ou diretrizes, expressos ou implícitos no ordenamento, como o da moralidade e razoabilidade ou a solidariedade social, ou, enfim, aos cânones de interpretação e integração do contrato, para lograr uma adequada concreção do princípio — adequada porque viabilizadora da inserção, no ordenamento, da nova solução alcançada por via jurisprudencial, e porque afastada do puro e simples voluntarismo judicial.

Para saber como vêm os juízes brasileiros implementando este modelo, essencial é o exame casuístico das funções que lhe estão sendo concretamente cometidas. É do que agora me ocuparei, tendo em conta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

II) A CASUÍSTICA DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Se o sentido geral da boa-fé é o de nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva, especialmente no Direito das Obrigações, é porque a boa-fé produz deveres instrumentais e “*a v o l u n t a r í s t a s*”⁴⁴, neologismo que emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de punctual explicitação legislativa: sua fonte reside justamente no princípio,

³⁹ COUTO E SILVA, Clóvis. “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, cit., p.53.

⁴⁰ Código Civil, art. 956, parágrafo único.

⁴¹ Código Civil, art. 924.

⁴² Código Civil, art. 1092, *caput*.

⁴³ Código Civil, art. 160, inciso I, *a contrario*.

⁴⁴ Assim o meu “A Boa-Fé no Direito Privado”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 438.

incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional⁴⁵.

O efetivo desenho destas hipóteses deve ser recortado da jurisprudência que vem empregando o método de raciocínio tópico para modelar “grupos de casos típicos” de violação do dever de agir segundo a boa-fé, em construção ainda não-sistemática, das hipóteses⁴⁶, porém indicativa das figuras componentes de um possível código discursivo da boa-fé em efetivo uso em alguns Tribunais brasileiros.

A fim de sistematizar estes casos, proponho agrupá-los em três setores, o primeiro deles atinente ao que chamarei de “função de otimização do comportamento contratual”, o segundo relativo à “função de reequilíbrio” do contrato e o terceiro correspondente à “função de limite” no exercício de direitos subjetivos, recolhendo casos que dizem respeito às relações privadas de direito comum, de direito do consumidor e de direito administrativo, campo de também especial relevância na atuação da boa-fé objetiva.

A) A BOA-FÉ E A FUNÇÃO DE OTIMIZAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRATUAL

A função otimizadora do comportamento contratual é obtida por dois modos diversos: de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses, deveres instrumentais de conduta, pois visam o exato processamento da relação obrigacional, a satisfação dos interesses globais envolvidos, auxiliando na realização positiva do fim contratual e na proteção à pessoa e aos bens da contraparte⁴⁷. De outro, pela utilização do princípio da boa-fé como cânone de interpretação e integração do contrato consoante à função econômico-social que concretamente é chamado a realizar.

⁴⁵ Para a explicitação deste tema, ver o meu “A Boa-Fé no Direito Privado”, cit., em especial pp. 437 e ss.

⁴⁶ É natural a formação tópica ou casuística quando se trata de dar concreção aos modelos jurídicos semanticamente abertos, como o de boa-fé, ocorrendo a ressystematização das decisões mediante a formação de “grupos de casos típicos” conforme o interesse concretamente lesado e consoante a identidade ou a similitude da *ratio decidendi*, em torno destes construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que possam atuar, pela pesquisa do precedente, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial. Facilitada, assim, estará a pesquisa do precedente e a elaboração, progressiva e aberta de tópicos, nos sentido viehweguiano, obtendo-se, pouco a pouco, a ressystematização das *fattispecies* já previstas e permitindo-se a incorporação de novas hipóteses sem que fosse necessário recorrer à punctual intervenção do legislador. (Para o exame das funções e modos de operar as cláusulas gerais, o meu “A Boa Fé no Direito Privado”, cit., 330 a 377).

⁴⁷ Sobre os deveres instrumentais vide o meu “A Boa-Fé no Direito Privado”, cit., p. 440.

O mais imediato dever decorrente da boa-fé é o dever de lealdade com a contraparte. Já decidiu a jurisprudência⁴⁸ ferir a boa-fé objetiva o comportamento de cliente de banco, titular de conta-corrente que, depois de sucessivos saques, a limite coberto ou não, alega a inexistência de débito. Assim também detectou-se a quebra do dever de lealdade de contratante de seguro privado de saúde que não preencheria, com lealdade e honestidade, o questionário sobre doenças pré-existentes, que lhe fora fornecido pela seguradora no período antecedente à conclusão do negócio jurídico, estando ciente da existência de moléstia⁴⁹.

A atuação contratual dos profissionais liberais, como a dos médicos e dos advogados, caracteriza relação fiduciária, na qual os deveres de agir segundo a boa-fé não são “anexos”, mas absolutamente nucleares, a fidúcia integrando o conteúdo do próprio dever principal. Por isto, já decidiu o Judiciário que “o *advogado que recomenda providência judicial onerosa para o cliente e benéfica a ele, estipulando-a no contrato de honorários, age com deslealdade, violando o princípio da boa-fé contratual*”, o que, na espécie, conduziu à nulidade do ajuste⁵⁰.

A lealdade marca também as relações de Direito Administrativo. Em paradigmática decisão, o Superior Tribunal de Justiça assentou que “o *compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de Memorando de Entendimento, para suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição*”. Daí decorrer o direiro do particular de “*obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade*”⁵¹. A violação da lealdade restou evidente na medida da presunção que o compromisso público assumido pelo Governo, através do seu Ministro da Fazenda, o condutor da política financeira do país, e com a assistência dos estabelecimentos de crédito diretamente envolvidos, tivesse sido celebrado para ser efetivamente cumprido. Por isto a invocação, no aresto, do princípio geral da boa-fé que, se vale no Direito Privado, “*vale ainda mais para a administração pública*”

⁴⁸ TJRGs, Ap. Civ. n° 598225720 – 17ª C. Civ., j. 06.4.99, Rel. Demétrio Xavier LOPES NETO

⁴⁹ TJRGs, Ap. Civ. n° 597019439 – 6ª C. Civ., j. 12.11.97, Antonio Janyr DALL'AGNOL JUNIOR.

⁵⁰ TJRGs, Ap. Civ. 194.045.472 - 9ª C. Civ., j. 26.4.94, Rel. Des. Antônio Guilherme Tanger JARDIM, in Revista Direito do Consumidor, vol. 14, p. 173.

⁵¹ REms n° 6183-MG, STJ, 4ª T. Rel. Min. Ruy ROSADO DE AGUIAR, unânime, j. 14.12.1995, p. DJ 8.12.95. Tratava-se de hipótese em Banco do Brasil, que é entidade bancária oficial, vinculada à Administração Pública, havia ajuizado processos de execução de dívida contra clientes inadimplentes. O Ministro da Fazenda, autoridade à qual, em última instância está a autarquia bancária vinculada, havia firmado “Memorando de Entendimento” no curso de tratativas visando solucionar a questão, que atingia um grande número de devedores, comprometendo-se a suspender temporariamente a execução se os devedores se apresentassem para renegociar o débito. Embora o compromisso, o Banco do Brasil prosseguiu, mesmo assim, a execução judicial, negando o caráter obrigacional do mencionado “Memorando de Entendimento”.

e para a direção das empresas cujo capital é predominantemente público, nas suas relações com os cidadãos”, sendo “inconcebível que um Estado democrático, que aspire a realizar a Justiça, esteja fundado no princípio de que o compromisso público assumido pelos seus governantes não tem valor, não tem significado, não tem eficácia. Especialmente quando a Constituição da República consagra o princípio da moralidade administrativa”⁵².

Reforçando o dever de lealdade nas relações de direito administrativo — mas já agora o dever de lealdade de servidor para com a Administração Pública — está o caso em que médica, servidora municipal, foi licenciada para tratamento de saúde. No período da licença, porém, passou a atender pacientes em clínica particular, o que motivou a sua punição (suspensão disciplinar). Inconformada, a médica ajuizou ação indenizatória contra a Administração, decidindo o Judiciário pela improcedência da demanda, face ao dever, descumprido pela médica, de não atender paciente particular, ou trabalhar em instituição hospitalar particular, no período da licença, comprometendo a plena recuperação de sua saúde, objetivo precípuo da licença que lhe havia sido concedida⁵³.

Como mandamento de cooperação intersubjetiva e de consideração aos interesses do parceiro contratual a boa-fé provoca um aumento dos deveres, isto é, a sua “otimização”, como demonstra decisão que impôs à companhia seguradora o dever de, previamente à suspensão dos efeitos de contrato de seguro, por inadimplemento do devedor, notificar o segurado, especificando os efeitos do não-atendimento⁵⁴. Este acórdão aponta, exemplarmente, à concreção que deve presidir a aplicação da boa-fé como mandamento de consideração, pois o relativo “peso” dos deveres ata-se, de modo incidível, à natureza do contrato e às concretas circunstâncias no qual é concluído e desenvolvido. Dada a natureza essencial do seguro-saúde, a sua intrínseca importância relativamente a um bem fundamental, como o é a saúde, à extremada massificação destas prestações e a gravidade das conseqüências, para o segurado, penalizado com a perda da indenização, foi acrescido o dever de informação que, em outras circunstâncias, eventualmente não se manifestaria, assim demonstrando o acórdão o traço essencial da “circunstancialidade” que preside a incidência da boa-fé objetiva.

No mesmo sentido de otimização do conteúdo contratual pela imposição de deveres de consideração para com o parceiro contratual está acórdão que examinou hipótese de inadimplemento contratual, caracterizado pela violação do dever de abstenção de condutas que pudessem prejudicar o co-contratante, afrontados que foram, pelo contratado, os legítimos interesses daquele. Na hipótese, valendo-se da licença para uso de marca comercial, a empresa contratada, a par de não executar corretamente as obrigações principais decorrentes do contrato, passou a veicular, na Internet, propaganda comercial na qual utilizava, no mundo virtual, o “nome de domínio” da empresa contratante, assim prejudicando, no mundo real,

⁵² Conforme os fundamentos da decisão citada.

⁵³ TJRGS, Ap. Civ. n° 596131060, 3ª C. Civ. j. 26.07.97, Rel. Des. Moacyr ADIERS.

⁵⁴ TJRGS, Ap. Civ. n° 598037257, 5ª C. Civ. Rel. Des. Carlos Alberto BENKE, j. 19.03.98.

os seus legítimos interesses econômicos⁵⁵.

Por isto é que, tendo presente o mandamento de consideração, tem a jurisprudência atentado aos deveres de proteção com a pessoa e o patrimônio da contraparte. Acórdão exemplar neste sentido encontra-se na jurisprudência do STJ, pelo qual, “*o estabelecimento bancário que põe à disposição dos seus clientes uma área para estacionamento de veículos assume o dever, derivado da boa-fé objetiva, de proteger os bens e a pessoa do usuário*”⁵⁶.

Ao apreciar a lide, não teve em conta o julgador apenas os deveres principais, decorrentes do contrato bancário, mas a totalidade dos interesses envolvidos. A proteção dos bens e da pessoa do usuário (consumidor) dos serviços bancários encontra-se finalisticamente vinculada à relação de consumo dos serviços bancários que liga o Banco e os usuários dos seus serviços. Não estando orientados diretamente ao cumprimento da prestação principal, estes deveres estão referidos à otimização da relação obrigacional visualizada complessivamente, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos.

Do mesmo modo, em ação na qual litigava-se acerca de contrato de participação financeira em sociedade por ações, decidiu o Judiciário caber à sociedade o dever de promover à subscrição, no prazo de doze (12) meses, do montante das ações, correspondentemente ao valor patrimonial de cada ação na data do pagamento do preço pelo aderente, a ser obtido no balanço do período anterior à integralização, tudo fundado no princípio da boa-fé objetiva⁵⁷. O mesmo dever de proteção conduziu,

⁵⁵ TJRGS, Ap. Civ. n° 70001059641, 6ª C. Civ., Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA, j. em 25.04.2001. Na fundamentação do voto do Relator lê-se a seguinte passagem: “*O imperativo da boa-fé exigia da demandada conduta que respeitasse a parceira, não tentando se apropriar, em lance de esperteza, do patrimônio desta, iludindo sua confiança e assim tornando inviolável a continuação do contrato*”.

⁵⁶ STJ, 4ª T. Agr. Reg. no AI n° 47. 901 - 3 - SP, j. 12/09/04, Rel. Min. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR.

⁵⁷ TJRGS, Ap. Civ. n° 70000457093, 10ª C. Civ., j. 25.5.00, Rel. Luiz Ary VESSINI DE LIMA, a exemplo de outras dezenas de acórdãos similares.

em contrato de consórcio para a alienação de automóveis, ao dever, da empresa, de restituir as parcelas pagas por consorciado desistente, e não contemplado com o sorteio do bem⁵⁸.

Os deveres de proteção, diretamente derivados do dever geral de colaboração imanente às relações obrigacionais, podem se estender às fases pré e pós contratual. Muito embora não exista, no ordenamento brasileiro, regra similar à do art. 1337 do *Codice Civile* italiano, os juízes brasileiros têm iniciado a construção desta *fattispecie* com base no princípio da boa-fé objetiva e no dever de proteção das legítimas expectativas dos contratantes e dos pré-contratantes.

Vejam, em primeiro lugar, as hipóteses de responsabilidade pré-contratual⁵⁹, seja nos casos de recesso injustificado das tratativas – nos quais é máxima a tensão entre o princípio da boa-fé objetiva, de um lado, e a autonomia privada, de outro – seja na concreção de deveres pré-contratuais de proteção, de informação e de sigilo.

Recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, confirmando já iterativa jurisprudência⁶⁰, considerou caber o pagamento de perdas e danos à demandante que havia tratado a locação de imóvel, rompendo o proprietário do imóvel, injustificadamente, as negociações e locando-o a um terceiro. “*Tendo havido tratativas sérias referentes à locação de imóvel, rompida pela requerida sem justificativa, e sem a observância de deveres anexos, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva*”, consignou-se no aresto, “*cabe indenização*”⁶¹.

Em outra hipótese a boa-fé foi utilizada para determinar a responsabilidade pós-contratual⁶², imputada ao fornecedor de serviços, que não sustara a cobrança de título extrajudicial já pago pelo devedor/consumidor, embora com retardo. Entendeu-se que o

⁵⁸ TJRGS, Ap. Civ. nº 70000094433 – 14ª C. Civ., j. 25.11.99, Rel. Aymoré Roque POTTES DE MELLO.

⁵⁹ Como aponta MOREIRA ALVES, muito embora não haja no Código Civil regra expressa acerca da responsabilidade pré-contratual, a doutrina a aceita, sendo “*dominante o entendimento de que a denominada «culpa in contrahendo» se funda na inobservância da boa-fé.*” (“A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro”, cit., p. 197).

⁶⁰ Para o exame de anteriores acórdãos que romperam com a tradição de conectar a responsabilidade pré-contratual à prova do comportamento culposo veja-se o meu “A Boa-Fé no Direito Privado”, cit., págs. 472 a 514.

⁶¹ TJRGS, Ap. Civ. nº 598209179, 16ª C. Civ. J. em 19.08.98, Rel. Des. Helena Cunha VIEIRA.

⁶² Também aqui há a prévia modelagem pela doutrina. Assim aponta MOREIRA ALVES (“A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro”, cit., p. 200,) segundo o qual “*a doutrina brasileira, apesar do silêncio da legislação, reconhece a existência de condutas a ser observadas no período pós-contratual (post contractum). Para os que não admitem que, em nosso sistema jurídico vigente, se possa ter a boa-fé objetiva, sem textos legislativos expressos, como cláusula geral no direito das obrigações para justificar a existência desses deveres secundários, socorrem-se eles da teoria do abuso de direito - e, portanto, segundo a doutrina alemã, de teoria vinculada à boa-fé objetiva*”, aludindo à doutrina de Darci BESSONE acerca da interpretação dos contratos comerciais.

fornecedor deveria ter determinado ao estabelecimento bancário incumbido da cobrança do título o cancelamento do débito, para que assim fosse evitado um novo — e agora injustificado — protesto do título⁶³. É que os deveres de colaboração implicam em agir positivamente para que o fim contratual seja alcançado e em não agravar a situação da contraparte.

Porém, conforme o caso, o dever de colaboração incumbe ao próprio devedor. Assim é hipótese em que o débito, expresso em duplicata, foi pago com três dias de atraso na própria sede da empresa credora. Ocorre que o título de crédito havia sido entregue à instituição bancária com autorização para cobrança, o que motivou o protesto. O devedor pleiteou, então, indenização por dano moral, o que foi rejeitado. Entendeu o Tribunal que o autor, mesmo ciente do protesto iminente, nada fez para evitá-lo, sequer solicitando à empresa credora que o sustasse, “*não agindo com a preocupação daqueles que se sentem atingidos em sua dignidade, não podendo agora pretender indenização por dano moral*”⁶⁴. O dever infringido foi o de colaborar para obstar a prática do ato, “*o que poderia ter feito em decorrência da lealdade que deve presidir às relações negociais*”, como expressa a fundamentação do voto do Desembargador Relator que, apelando à doutrina de Karl Larenz, determinou que a omissão, caracterizando ofensa ao princípio da boa-fé, estabelecia uma concorrência de culpa, de modo a diminuir a responsabilidade da instituição bancária pelo indevido protesto do título.

A proteção da expectativa legitimamente criada pela contraparte é de exponencial relevância também no Direito Administrativo, pois a conduta da Administração Pública, para além da adstrição ao princípio constitucional da moralidade pública⁶⁵ vem ainda revestida pela presunção da legalidade dos atos administrativos. Por esta razão, entendimento longamente mantido acerca da interpretação da lei só pode ser subitamente alterado se houver a proteção das expectativas daqueles que confiaram na prática por longos anos mantida. Já se decidiu, neste sentido, em sede de Ação Civil Pública, rejeitar a pretendida anulação de aposentadoria de professoras, especialistas em educação, na medida em que “*as requeridas optaram pelo cargo de especialista após longos anos de exercício em sala de aula, época em que vigorava o entendimento administrativo no sentido de o benefício da aposentação*

⁶³ TJRGS, Ap. Civ. n° 70001037597 – 9ª C. Civ., j. 14.6.00, Rel. Paulo de Tarso Vieira SANSEVERINO, em cuja ementa se lê: “(…) Descumprimento do dever de diligência pela fornecedora apelante, decorrente da boa-fé objetiva, no período pós-contratual, em face da não comprovação das medidas necessárias para o recolhimento do título posto em cobrança bancária”.

⁶⁴ TJRGS, Ap. Civ. n° 589078542, 5ª C. Civ. j. 13.02.90, Rel. Des. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, in RJTJRS 148/282.

⁶⁵ Constituição Federal, art. 37, *caput*.

abranger quem exercia dito cargo”, fundando-se a decisão nos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica⁶⁶.

A proteção da justa expectativa conduz à adoção de medidas positivas, razão pela qual acórdão do STJ entendeu que, *“nas circunstâncias do negócio, o credor tinha o dever, decorrente da boa-fé objetiva, de adotar medidas oportunas para, protegendo o seu crédito, impedir a alienação dos apartamentos a terceiros adquirentes de boa-fé”*⁶⁷. Na espécie, vê-se a conjugação entre, de um lado, o dever de agir segundo a boa-fé objetiva, imposto à incorporadora — esta devia agir para impedir a alienação dos imóveis, não apenas propondo a ação de execução, mas averbando-a no Registro de Imóveis e informando a empresa financiadora — e, de outro, a boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, dos terceiros adquirentes. Fica aí evidente a distinção que há entre agir segundo a boa-fé e agir de boa-fé.

Importante grupo de deveres positivos diz com a prestação de informações, de aconselhamento, de aviso, assim compondo os deveres de informação, em sentido amplo e de veracidade. Atuando, como todos os deveres que decorrem do princípio da boa-fé, em relação a ambos os partícipes do vínculo contratual, o dever de informação é imposto, por exemplo, aos segurados que, no contrato de seguro saúde, não podem omitir circunstância relevante. Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, fundado no princípio da boa-fé objetiva, faltar *“direito a segurado que omite circunstância relevante, capaz de aumentar o risco, quanto o mais quando demonstrado o liame de causalidade entre aquela e o fato que se pretende acobertado”*⁶⁸. As companhias seguradoras têm, por sua vez, o dever de prestar informações detalhadas acerca do conteúdo do contrato, no momento da conclusão da avença⁶⁹, cabendo-lhes informar a parte sobretudo sobre as cláusulas de exclusão do benefício⁷⁰. Do mesmo modo o princípio da boa-fé foi considerado a fonte do dever de sociedade anônima de telefonia informar à contraparte o real valor da venda de ações⁷¹.

⁶⁶ Comarca de Porto Alegre, 2ª Vara da Fazenda Pública, Ac. Civ. Pub. nº 01195487226, Rel. Juiz Clademir MISSAGIA, j. 07.08.98.

⁶⁷ STJ, REsp. nº 32890/SP, 4ª T. j. 12/12/94, Rel. Min. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, in RSTJ 73/227.

⁶⁸ TJRGS, Ap. Civ. nº 597019439, 6ª C. Civ., j. 12.11.97, Rel. Des. Antônio Janyr DALL'AGNOLL JÚNIOR.

⁶⁹ TJRGS, Em. Dec. nº 196722656 – 6ª C. Civ., j. 17.4.97, Rel. Roque Miguel FANK.

⁷⁰ TJRGS, Em. Inf. nº 598007607 – 3º Grupo de C. Civ., j. 03.4.98, Rel. Antonio Janyr DALL'AGNOLL JUNIOR.

⁷¹ TJRGS, Ap. Civ. nº 59907596 – 6ª C. Civ., j. 05.4.00, Rel. João Pedro FREIRE.

Por vezes a boa-fé mostra-se a via adequada para a recepção de doutrinas que se formam no Direito Comparado, o que mais uma vez confirma o nosso “bartolismo”. Assim ocorreu com a Teoria da Violação Positiva do Contrato (*Positive Vertrageverletzung*) cuja origem, nos direitos da “família” romano-germânica radica-se nas idéias do alemão H. Staub, em 1902, constituindo também conceito versado no direito do *common law* sob a denominação de *anticipated breach of contract*.

Afirma Couto e Silva que esta recepção “*haveria de contribuir decisivamente para uma nova concepção da relação obrigacional*”⁷². O incumprimento antecipado ocorre quando o devedor, em contrato cujo adimplemento é sujeito a prazo mais ou menos longo, pratica, no transcorrer desse prazo, atos que, por força da natureza da prestação ou da lei, tornam impossível o futuro cumprimento. Alguns doutrinadores, notadamente os discípulos de Couto e Silva⁷³, passaram a examinar a aplicabilidade desta concepção ao direito brasileiro utilizando, para tal fim, regras legisladas acerca da impossibilidade e da mora, interpretadas segundo o princípio da boa-fé, para entender que “*além da impossibilidade, o incumprimento antecipado pode resultar da conduta contrária do devedor, por ação (...) ou omissão (...) ou a declaração do devedor expressa no sentido de que não irá cumprir a prestação*”⁷⁴, podendo também resultar do chamado “comportamento concludente”.

De modelo doutrinário logo migrou o Inadimplemento Antecipado para a modelagem jurisdicional, entendendo-se caracterizado, por exemplo, o dever do construtor de construir, em tempo hábil, a prometida obra industrial em terreno que havia sido adquirido por preço subsidiado, o qual, descumprido, deu ensejo ao provimento da demanda resolutória⁷⁵.

A função otimizadora do conteúdo contratual também opera por via da interpretação e integração de lacunas do contrato. Por evidente, a invocação da boa-fé deve ser congruente aos

⁷² COUTO E SILVA, Clóvis, “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, citado, p. 47.

⁷³ Assim FRADERA, Vera Maria, “A Quebra Positiva do Contrato”, Revista *Ajuris*, v. 44, Porto Alegre, 1988, p. 144-152, AGUIAR JR, Ruy Rosado, “Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)”, Rio de Janeiro, Aide, 1991, p. 126 e ss e FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, “A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato”, Porto Alegre, 1999, no prelo.

⁷⁴ AGUIAR JR., Ruy Rosado, “Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor”, cit., p. 127.

⁷⁵ TJRGS, Ap. Civ. n° 596251181 – 1ª C. Civ., j. 18.3.98, Rel. Armínio José ABREU LIMA DA ROSA. Em sentido similar, TJRGS, Ap. Civ. n° 59671530 – 5ª C. Civ., j. 23.5.96, Rel. Paulo Augusto MONTE LOPES.

fatos considerados e às demais normas do sistema, tendo-se em conta, notadamente, o programa contratual considerado concretamente, pois, se assim não ocorrer, corre-se o risco, não descურável, de a boa-fé servir de anteparo ao *parti-pris* do julgador.

Decisão em que tal não ocorreu, caracterizando, a meu juízo, o emprego adequado do princípio, é exemplificado por acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷⁶ em matéria de contrato de seguro automobilístico que previa a responsabilidade da seguradora, em caso de infortúnio, para “danos pessoais”. Recusando-se a empresa a pagar indenização por danos extrapatrimoniais, por entender que a expressão ‘danos pessoais’ indicava tão só os “danos corporais”, assentou o julgador o primeiro elemento contextual, qual seja, a incindibilidade da *“indenização da dor causada pelo dano corporal ou pessoal da do dano moral ou psicológico, forte na bioestrutura de ser humano, corporal e psicologicamente indissolúvel. A divisão existente - corpo e psiquê -, por evidente, tem o fim apenas pedagógico, para poder melhor estudar a pessoa humana e não como pretende a seguradora”*.

Em seguida, recorreu o magistrado ao princípio da boa-fé objetiva, estaruindo que, na dúvida quanto ao significado de cláusula predisposta por uma das partes, *“a interpretação deve ser no sentido menos favorável a quem a redigiu”*, assim reenviando ao princípio da *interpretatio contra preferentem*, ou ainda a regra *in dubio contra stipulatorem*, que, assinalou, *“é especialmente importante hoje em dia, devido à difusão dos contratos padronizados e de adesão”*.

No “ir e vir” entre o texto e o contexto, não esqueceu o julgador da função econômica do contrato. Afirmando constituir este *“nada mais que o revestimento jurídico de uma operação econômica”* entendeu de *“sopesar, na análise de contrato, a satisfação da necessidade, a obtenção do bem que levou as partes a contratarem, e a função econômica que o pacto exerce na vida de relação”*. Realizada a ponderação entre todos os elementos, de fato e de direito, enfim decidiu: *“E a escolha deverá ser feita de modo a assegurar prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social”*, o qual, no contexto do programa contratual considerado, apontava à divisão dos prejuízos.

Também considerando a *“própria consecução da finalidade do contrato”*, o que é dizer, a sua objetiva causa, há decisão em matéria de contrato de seguro-saúde cuja cláusula de *“vigência temporária”* foi tida como abusiva, por impeditiva do alcance daquela concreta finalidade⁷⁷. A interpretação do contrato, com o conseqüente afastamento da cláusula abusiva, ocorreu compassivamente, fazendo o relator apelo à doutrina de Cláudia Lima Marques⁷⁸ que examinou a boa-fé no âmbito das relações de consumo.

⁷⁶ TJRS, EI n° 196032114, 4° Grupo de C. Cíveis, Rel. Des. Roberto Expedito da CUNHA MADRID, j. em 17. 3. 97.

⁷⁷ TJRS, Ap. Civ. n° 596230888, 5ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe BRASIL SANTOS, j. em 5.6.97.

Para além destas hipóteses – aqui lembradas a título exemplificativo – outras se verificam para promover o concreto reequilíbrio das prestações contratuais ameaçado seja pela inexistência de sinalagma genético, seja pela quebra do sinalagma funcional, seja ainda, notadamente no âmbito das relações de consumo, pela inserção de cláusulas abusivas.

B) A BOA-FÉ E O EQUILÍBRIO CONTRATUAL

O relativo equilíbrio entre prestação e contraprestação que deve presidir os contratos bilaterais e sinalagmáticos é quebrado ou pela lesão ou pela excessiva onerosidade. Ambas hipóteses hoje em dia têm específica previsão legal no âmbito das relações jurídicas de consumo e no Código Civil projetado. Porém, no campo do direito comum é por vezes a boa-fé chamada para ensejar a revisão das prestações⁷⁹ lesionárias ou excessivamente onerosas⁸⁰, muito embora nem sempre os juízes realizem o correto discrimine entre ambas.

O instituto da lesão, conquanto previsto nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título XIII) do Reino português, constituindo, pois, figura antiquíssima no direito luso-brasileiro, inclusive regulado por Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Cíveis (art. 359), estava ausente de nossa legislação desde 1916⁸¹, tendo sido reincorporado no domínio das relações de consumo pelo Código de Defesa do Consumidor, de 1990⁸². Manteve-se aí a nossa tradição de considerar a lesão (*laesio enorme, e enormíssima*) defeito objetivo, diferentemente dos sistemas de raiz francesa. Também o Projeto de Código Civil a prevê, no art. 157.

Segundo Moreira Alves, no concernente à lesão o Projeto se afastou também do sistema alemão e do italiano — e, portanto, do adotado pelo Código Civil português de

⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999.

⁷⁹ TJRGS, Ap. Civ. n.º 196105167, 6ª C. Civ. j. em 8.8.96, Rel. Des. Armínio José ABREU LIMA DA ROSA, e assim ementada: “*Contrato de financiamento. Excessiva Onerosidade. Embora não se aplique, diretamente, aos contratos bancários, o CDC pode ser objeto de utilização analógica quando manifesta a excessividade de interesses remuneratórios do capital. Caso em que, de resto, caberia recorrer a princípios gerais de Direito e evitar Locupletamento indevido de uma das partes. Manutenção da TR, juros moratórios de 1% ao mês e multa. Apelo provido em parte.*”

⁸⁰ No tocante à revisão por quebra da base negocial objetiva o *leading case* foi a Ap. Civ. n.º 5880591113, TJRGS, 3ª C. Civ., j. 6.12.88, Rel. Des. Ruy Rosado DE AGUIAR JR.

⁸¹ Na década de 50 a lesão foi recebida no Direito penal através da figura da usura, prevista na Lei n.º 1521, de 26/12/51, art. 4º.

⁸² Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 6º, inciso V, primeira parte.

1967 — não se preocupando em punir a atitude maliciosa do favorecido, mas em tutelar o lesado. Assim sendo, a lesão ocorre “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”, admitindo a lei a suplementação da contraprestação, ou a redução do proveito, para afastar a consequência anulatória⁸³. A lesão introduzida pelo Projeto é um defeito que se instala no momento da conclusão do negócio, já impedindo a formação do sinalagma genético, razão pela qual, no meu entender, pressupõe contrato bilateral e comutativo, mensurando-se o desequilíbrio tendo-se em conta o contrato como uma totalidade, isto é, não devem ser consideradas apenas as prestações principais.

Para além da lesão, o Código de Defesa do Consumidor e o projetado Código Civil também permitem ao juiz revisar o contrato quando fatos supervenientes à sua conclusão tornarem excessivamente onerosa a prestação, embora o façam por modos distintos, exigindo distintos pressupostos.

O Código do Consumidor não exige que a desproporção tenha por causa acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, razão pela qual, conquanto a referência, na lei, à excessiva onerosidade⁸⁴, mais proximamente se trata da adoção da Teoria da Base Objetiva do Negócio. Nesta é imediata a correlação entre a revisão do contrato e o princípio da boa-fé, o que, de resto, vem do Direito alemão, como relata Hartenhauer⁸⁵, ao comentar a pioneira sentença de 28 de novembro de 1923 do Tribunal Supremo⁸⁶. Igualmente Clóvis do Couto e Silva estabelecerá

⁸³ Assim pronunciou-se MOREIRA ALVES ao dar parecer sobre a emenda supressiva do Senador Gabriel Hermes: “A lesão ocorre quando há a usura real. Não há, na lesão, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo, que vicie a simples oferta. Ademais, na lesão não é preciso que a outra parte saiba da necessidade ou da inexperiência: a lesão é objetiva. Já no estado de perigo é preciso que a parte beneficiada saiba que a obrigação foi assumida pela parte contrária para que esta se salve de grave dano (levando-se em conta, pois, elemento subjetivo)”. In “O Projeto de Código Civil no Senado”, Tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998, p. 015.

⁸⁴ CDC (Lei nº 8.078/90, art. 6º, inciso V, primeira parte.

⁸⁵ HATTENHAUER, Hans, “Conceptos Fundamentales del Derecho Civil”, trad. espanhola, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 90.

⁸⁶ RGZ, 107, 78, 87 e ss, *apud* HATTENHAUER, op., e p., acima referidas. Por esta decisão precisou-se que não era somente o devedor, mas ambos os partícipes da relação contratual que deveriam suportar, conjuntamente, os prejuízos da inflação, fundando-se o decidido justamente na cláusula geral da boa-fé objetiva inscrita no parágrafo 242 do Código Civil. Estabelecido que a adstrição ao pactuado (*pacta sunt servanda*) devia amoldar-se à boa-fé e aos costumes do tráfego jurídico, reformulou-se, no direito alemão, a teoria da base do negócio e o antigo princípio da equivalência, com o que, afirma HATTENHAUER, “a teoria das relações obrigacionais abriu-se para novos caminhos”.

esta correlação⁸⁷, acolhida pela jurisprudência brasileira⁸⁸. Já o Projeto de Código Civil, no art. 478 prevê a resolução por excessiva onerosidade nos moldes como este instituto é previsto em sua matriz italiana, podendo, na forma do art. 480, caber a revisão para evitar a excessiva onerosidade. Se, contudo, a revisão conduzir a que o contrato perca o seu sentido original como regramento objetivo de interesses dotado de determinada função econômico-social, aí sim caberá o remédio extremo da resolução.

Não vigorando ainda o novo Código, a jurisprudência faz apelo à boa-fé objetiva. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu revisar contrato com fundamento no princípio da boa-fé, entendendo cabível a ação revisional de contrato de locação, por excesso de onerosidade, uma vez que indexação do valor locatício fora pactuada pela variação do dólar americano, que sofrera súbita valorização em face do real. Nesre caso, embora inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, pois não configurada a relação de consumo, caberia, *“diante das peculiaridades da situação econômica vigente após a edição do Plano Real, em que os índices inflacionários tem sido insignificantes (...) a análise de cada caso a fim de se verificar a possibilidade ou não de revisão dos contratos pretendidos revisar”*. Na espécie, considerando a indexação dos encargos contratados pela variação do dólar americano e a elevação súbita deste, pareceu ao Judiciário *“perfeitamente possível a revisão do contrato firmado pelas partes, com base na boa-fé objetiva”*⁸⁹.

É o mesmo princípio, por igual, que está no substrato das regras do Código de Defesa do Consumidor que preceituam a nulidade de cláusulas abusivas, que desequilibrem o contrato e que sejam iníquas, atentatórias à boa-fé e à equidade⁹⁰. Entre outros inúmeros casos que poderiam ser aqui lembrados está a decisão que cominou de nulidade, por abusividade, já que atentatória à boa-fé objetiva, cláusula de contrato de seguro que estabelece, como parâmetro à indenização, o preço de mercado do bem, determinando devesse o mesmo ter em conta o valor indicado na apólice de seguro⁹¹.

Por fim, o modelo jurisprudencial da boa-fé no Direito Brasileiro tem sido ainda composto por hipóteses em que a boa-fé opera negativamente, impedindo ou sancionando condutas contraditórias e vedando o exercício de direitos subjetivos ou de direitos potestativos.

⁸⁷ COUTO E SILVA, Clóvis, “Teoria da Base do Negócio”, São Paulo, RT v. 655, 1990.

⁸⁸ Exemplificativamente, Ac. TJRS, Ap. Civ. n° 588059113, 5ª C. Civ., Rel. Des. Ruy Rosado de AGUIAR JR., j. em 6.12.88.

⁸⁹ TJRS, Ap. Civ. n° 70000078626, 15ª C. Civ., Rel. Des. Ricardo RAUPP RUSCHEL, j. em 22.3.2000.

⁹⁰ CDC, art. 51, parágrafo 4º.

⁹¹ TJRS, Ap. Civ. n° 599443694 – 1ª C. de Férias Civ., j. 21.10.99, Rel. Paulo de Tarso Vieira SANSEVERINO, a exemplo de outros acórdãos.

C) A BOA-FÉ COMO LIMITE AO EXERCÍCIO DE DIREITOS

Ao operar negativamente, por forma a impedir ou a sancionar condutas contraditórias, a boa-fé é reconduzida à máxima que proíbe *venire contra factum proprium*. A expressão “*venire contra factum proprium*” indica uma especificação da antiga Teoria dos Atos Próprios tradutora de princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter* para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade⁹². O princípio atua em todos os “ramos” do Direito, tendo sua raízes no Direito Romano que, sistematizado no Direito Intermédio, deu causa ao brocardo *adversus factum suum quis venire non potest*⁹³. Todavia, já no Digesto (50,17,75), Papiniano assinalava a inadmissibilidade de alguém modificar de critério em prejuízo alheio⁹⁴, o que se estende modernamente ao Direito Civil, Administrativo, Penal e Processual com particular inrensidade.

Trata-se de uma regra de fundo conteúdo ético que, por refletir princípio geral, independe de recepção legislativa, verificando-se nos mais diversos ordenamentos como uma vedação genérica à deslealdade. Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo⁹⁵.

A proibição da contraditoriedade no processo também é conhecida mediante o instituto anglo-saxão da *estoppel*, pelo qual entende-se estabelecida uma presunção *iure et de iure* que impede juridicamente que uma pessoa afirme ou negue a existência de um fato determinado, em virtude de haver anteriormente executado um ato, feito uma afirmação ou formulado uma negativa em sentido precisamente oposto, como explica o jurista argentino Alejandro Borda em sua clássica monografia⁹⁶. Pode indicar, outrossim, um freio erguido à

⁹² Assim escrevi em “A Boa-Fé no Direito Privado”, cit., p. 462.

⁹³ Conforme BORDA, Alejandro, “La Teoria de los Actos Proprios”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição atualizada e ampliada, 2000, p. 13.

⁹⁴ *Idem*, p. 14.

⁹⁵ Conforme MENEZES CORDEIRO, Antonio M., “Da Boa-Fé no Direito Civil”, Coimbra, Almedina, 1989, p. 745.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 25 e ss.

pretensão de quem reclama algo em aberta contradição com o que havia anteriormente aceitado, como explica o também argentino Moisset de Espanés⁹⁷.

Este breve delineamento conceitual explica a razão pelo qual o *venire* tem tido progressiva aceitação nos Tribunais. Em matéria de contrato de seguro, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a boa-fé veda o comportamento contraditório inclusive na fase processual, por forma a incidir na fixação do *dies a quo* para o cálculo da prescrição extintiva, pois se a recusa da seguradora a aceitar os dados de que dispunha em seu departamento médico como suficientes para caracterizar a incapacidade coberta pelo seguro, e a não-aceitação do laudo apresentado pelo segurado ao propor a ação conduziu à realização de perícia em juízo, não poderia ensejar a invocação daquelas datas dos laudos não-aceitos para a fluência do prazo prescricional, estruindo a decisão: “a boa fé objetiva, que também está presente no processo, não permite que uma parte alegue contra a outra um fato que ela não aceita e para o qual exige prova judicializada”⁹⁸.

Também pela invocação ao *venire* a Administração Pública viu limitada a pretensão de exigir a devolução de vencimentos pagos a servidor durante o período de concessão de licença remunerada, a qual, constatou-se posteriormente, havia sido equivocadamente concedida⁹⁹, em outra hipótese sendo a boa-fé foi o limite que impediu a revisão de contrato que já fora alvo de transação, em anterior oportunidade¹⁰⁰.

Pela mesma via da boa-fé objetiva têm a jurisprudência brasileira acolhido também o conceito de Adimplemento Substancial, oriundo do direito do *common law*, pelo qual limita-se ou se impede o exercício do poder formativo (potestativo) de resolução contratual nos casos em que a prestação contratual, embora não totalmente cumprida, foi “substancialmente adimplida”.

O adimplemento substancial significa, segundo o magistério de Clóvis do Couto e Silva, o cumprimento próximo do resultado final, que exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e de perdas e danos¹⁰¹. Fazendo expressa remissão a esta

⁹⁷ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La Teoría de los Propios Actos y la Doctrina y la Jurisprudencia Nacionales”, *apud* BORDA, op. cit., p. 26.

⁹⁸ STJ, REsp nº 18.4573/SP, STJ, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, DJ. 15.03.99. p. 241. Também no STJ, e fundado na máxima do *venire* o RESP 95535/SP, DJ 14.10.96, p. 39015.

⁹⁹ TJRGS, Ap. Civ. nº 597200237 – 3ª C. Civ., j.04.6.98, Rel. Perciano CASTILHOS BERTOLUCI.

¹⁰⁰ TJRGS, Ap. Civ. nº 598474237 – 20 C. Civ., j.15.2.00, Rel. José Aquino FLORES DE CAMARGO.

¹⁰¹ COUTO E SILVA, Clóvis, “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, cit., pp. 56 e 57.

doutrina¹⁰², já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que “o comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução”¹⁰³. Em outra hipótese considerou-se atentatório contra a boa-fé almejar-se a reintegração de posse de bem alienado fiduciariamente quando o devedor adimplira a quase totalidade do débito (vinte e uma de vinte e quatro prestações)¹⁰⁴.

A mesma doutrina do Adimplemento Substancial fundamentou decisão adotada ao apreciar o Judiciário lide decorrente de contrato de compra e venda de imóvel que apresentara defeitos na construção. Entendeu-se que, não sendo estes suficientes para caracterizar o inadimplemento do vendedor, incidiria a regra do art. 1.056 do Código Civil, ensejadora de perdas e danos, e não a do parágrafo único do art. 1.092, que consagra a resolução por inadimplemento. Isto porque o apartamento, objeto do contrato, conquanto apresentasse condições deficientes para a habitação, e que poderiam ser sanadas, não era maculado por vícios quanto à sua estabilidade e solidez. Assim, manteve-se o contrato, afastando-se a pretensão resolutória, condenando-se, porém, o vendedor ao pagamento de indenização suficiente para suportar as despesas com a reforma do imóvel, aré a sua integral habitabilidade¹⁰⁵.

Por igual atua a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos nos casos indicados sob a denominação de *supressio*. Segundo recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁰⁶, esta “constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão da boa-fé objetiva”. Exige-se, para a sua configuração, “(I) o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor”.

Diferentemente da *supressio*, que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a conseqüente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria

¹⁰² Também explicitada por BECKER, Anelise, “A doutrina do adimplemento substancial no Direito Brasileiro e em perspectiva comparativista”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 9, Porto Alegre, 1993, pp. 60-77.

¹⁰³ TJRS, Ap. Civ. n° 588012666, j. 12. 04.88, Rel. Des. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR.

¹⁰⁴ TJRS, Ag. I. n° 70000027623 – 1ª C. de Férias Civ., j. 18.11.99, Rel. Des. Paulo de Tarso VIEIRA SANSEVERINO. Em sentido similar, os Agravos de Instrumento n°s 70000539908 – 14ª C. Civ., j. 16.12.99, e 7001005586 – 14ª C. Civ., j. 29.6.00, ambos tendo como Rel. o Des. Aymoré Roque POTTES DE MELLO.

¹⁰⁵ TJRS, Ap. Civ. n° 588016147, 5ª C. Civ. Rel. Des. Ruy Rosado de AGUIAR JR., j. em 3. 4. 1988.

¹⁰⁶ TJRS, Ap. Civ. n° 70001123561, 2ª C. Civ., j. 28.06.2000, Rel. Des. Maria Isabel de AZEVEDO SOUSA.

utilizado, outra figura, a *surrectio* aponta ao nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento. Assim ocorreu ao examinar-se lide decorrente de contrato de locação¹⁰⁷ que previa a rescisão unilateral, mediante prévio aviso de sessenta (60) dias à contraparte, por carta protocolada que expressasse o poder extintivo da denúncia contratual, contemplando, outrossim, a possibilidade de renovação do contrato, desde que, por meio de carta protocolada, a parte interessada assim expressasse vontade com antecedência mínima de sessenta (60) dias. Por um período superior a doze (12) anos, as partes vinham prorrogando a avença, sempre mediante o recurso à formalidade do envio de cartas. Em certa ocasião, contudo, em resposta ao pedido de prorrogação, feita pelo locatário, respondeu a locadora que não pretendia renová-lo. O debate centrou-se na argumentação, do lado locatário, do “direito à automaticidade” da prorrogação, de outro, por parte da locadora, da legitimidade de sua pretensão a rescindir a avença.

A decisão, embora considerando caber razão à locadora, no sentido da inocorrência de uma “automaticidade” da prorrogação contratual, uma vez terem as partes sempre observado o requisito da forma contratualmente prevista, entendeu, porém, obstado o poder formativo extintivo de rescisão (denúncia contratual), apontando, conseqüentemente, ao nascimento do direito à prorrogação pelo fato de, no período imediatamente anterior ao *dies ad quem* do prazo contratual, ter a locadora imposto, ao locatário, a realização de despesas com reformas no prédio, levando-o a acreditar que não romperia, inopinadamente, uma tradição de doze (12) anos no sentido da continuidade da relação contratual. Nos fundamentos do acórdão está o princípio da boa-fé objetiva, como proteção à confiança traída.

Estes exemplos são suficientes, no meu entender, para demonstrar como vem a jurisprudência brasileira construindo a normatividade do princípio da boa-fé objetiva como norma reitora da proteção da confiança, da colaboração e da consideração com os interesses alheios que presidem a relação obrigacional. Neste modelo em plena construção é necessário, no entanto, atentar para três pontos importantes.

O primeiro está em que o princípio da boa-fé objetiva é a via para a concretização, no domínio das relações obrigacionais, notadamente as contratuais, dos deveres que defluem da diretriz constitucional da solidariedade social¹⁰⁸. A doutrina e jurisprudência italianas têm, neste aspecto, uma lição a ensinar, na medida em reconduzem os deveres de agir

¹⁰⁷ TJRS, IM n° 197280175, 1ª C. Cív, j. 19.8.98, Rel. Des. Irineu MARIANI.

¹⁰⁸ Escrevi sobre o tema *in* “Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo”, ensaio integrante de “A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e garantias constitucionais no Direito Privado”, no prelo.

segundo a boa-fé no período contratual e pré-contratual à diretriz constitucional da solidariedade social¹⁰⁹, reconhecendo que esta, por sua hierarquia constitucional, “*qualifica o complexo das atividades juridicamente relevantes dos sujeitos, aí compreendidas as pré-negociais*”¹¹⁰, constituindo a boa-fé “*um aspecto do princípio geral (que) exprime a necessidade de um espírito de colaboração recíproco entre os contraentes e em condições de paridade, em função da realização da pessoa humana e de seu pleno e igual desenvolvimento*”¹¹¹.

Com efeito, constituindo “norma-princípio”¹¹², mais propriamente um modelo, a boa-fé objetiva em sua concreta atuação opera articuladamente com outros princípios e com outras regras. No substrato desta técnica combinatória está a consideração das transformações que sofre a ordem econômica em razão da chamada “globalização” e que utiliza as normas vagas, em combinação com normas imperativas, juntamente com outros procedimentos, tais como novas formas de articulação negocial, para minimizar os riscos das fissuras econômico-sociais, tendendo a assegurar, como assinala José Eduardo Faria, “*um equilíbrio substantivo*” entre os partícipes das relações econômico-sociais e criando, na medida do possível, “*as condições para a consecução de padrões básicos de solidariedade e cooperação*”¹¹³.

O segundo traço a assinalar diz com a responsabilidade da doutrina ao apontar os modelos hermenêuticos que auxiliarão o juiz, e mesmo ao legislador, na elaboração dos modelos jurídicos. Vivemos em um tempo que tem pressa, mas a atividade doutrinária não pode prescindir da reflexão, do tempo de maturação das idéias e das novas concepções, equilibrando-se na tensão entre o apontar de novos caminhos, constitutivo da sua missão antecipante de novas soluções, e a necessidade de ponderação, a cada dia mais dificultosa e

¹⁰⁹ Neste sentido PIGNATARO, Gisela, “Buona Fede oggettiva e rapporto precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese, Salerno, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 47, e MONATERI, Pier Giuseppe, La Responsabilità Contrattuale e Precontrattuale, Turim, UTET, 1998, p. 377 e ss, com indicação da jurisprudência.

¹¹⁰ PIGNATARO, Gisela, “Buona Fede oggettiva e rapporto precontrattuale, cit, p. 48, traduzi.

¹¹¹ PIGNATARO, Gisela, “Buona Fede oggettiva e rapporto precontrattuale, cit, p. 48, traduzi.

¹¹² Utilizo aqui as lições de ALEXY, Robert, “Teoría de Los Derechos Fundamentales”, Madri, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, em especial pp. 81 a 93.

¹¹³ FARIA, José Eduardo, “O Direito na Economia Globalizada”, Tese apresentada ao concurso para Professor Titular de Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, 1999, p. 304.

necessária porque, como disse Hannah Arendt¹¹⁴, a irreflexão, “*a imprudência temerária ou a irremediável confusão ou a repetição complacente de ‘verdades’ que se tornaram triviais e vazias parece ser uma das principais características do nosso tempo*”.

O terceiro traço, por fim, diz com a missão da jurisprudência. Se o Direito não é um “dado” que o jurista recebe, “*é uma tarefa que o concita a um ingente esforço e a uma profunda responsabilidade*”¹¹⁵, devemos considerar que o princípio da boa-fé objetiva, jusramente por configurar norma vaga, semanticamente aberta, carrega, para o juiz, um extraordinário acréscimo de sua responsabilidade. Não pode nem recair no crasso decisionismo, nem no voluntarismo, tanto primário quanto perigoso aos valores da Democracia.

Se é bem verdade que o princípio enseja uma tarefa de reconstrução dogmática do Direito obrigacional, também é verdadeiro que esta não é absolutamente uma tarefa arbitrária. A invocação da boa-fé contratual está “*contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema*”¹¹⁶. Toda e qualquer reconstrução dogmática está, em primeiro lugar, atada aos valores e diretivas do ordenamento, os quais exigem do juiz não apenas ato de vontade, mas, fundamentalmente, ato de conhecimento e de responsabilidade, razão pela qual a exigência constitucional da motivação da sentença deve ser acrescida pela mais completa explicitação dos elementos de fato e de direito que ensejaram, na hipótese examinanda, a invocação da boa-fé. Em segundo lugar depende do domínio técnico do magistrado acerca dos mecanismos – metodológicos e dogmáticos – que permitirem a solução justa nos quadros do ordenamento.

Bem sopesadas estas condicionantes, creio que, com passos às vezes hesitantes, nem sempre adequados, mas com a coragem para enfrentar os desafios cotidianamente colocados pela tensão entre o Direito e a realidade, a jurisprudência brasileira começa a construir o seu próprio modelo da boa-fé objetiva.

¹¹⁴ ARENDT, Hannah, “A Condição Humana”, 5ª edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 13.

¹¹⁵ A expressão é de CASTANHEIRA NEVES, “O Papel do Jurista no Nosso Tempo”, ora in *Digesta*, vol. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 32.

¹¹⁶ AGUIAR JR, Ruy Rosado de, “A Boa-Fé nas Relações de Consumo”, *Revista Direito do Consumidor* vol. 14, São Paulo, 1995 p. 25.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JR, Ruy Rosado, “Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)”, Rio de Janeiro, Aide, 1991.
- . “A Boa-Fé nas Relações de Consumo”, Revista Direito do Consumidor vol. 14, São Paulo, 1995.
- ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, “Romanismo e Bartolismo no Direito Português”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXXVI, 1960
- . “Direito das Obrigações”, Almedina, Coimbra, 8ª edição, 2000.
- ALEXY, Robert, “Teoria de Los Derechos Fundamentales”, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARENDT, Hannah, “A Condição Humana”, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 5ª edição, 1991.
- BECKER, Anelise, “A doutrina do adimplemento substancial no Direito Brasileiro e em perspectiva comparativista”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 9, Porto Alegre, 1993.
- BORDA, Alejandro, “La Teoria de los Actos Proprios”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição, 2000.
- BRAUDEL, Fernand, “História e Ciências Sociais”, tradução portuguesa de Rui Nazaré, Lisboa, Editorial Presença, 4ª edição, 1982.
- CASTANHEIRA NEVES, “O Papel do Jurista no Nosso Tempo”, Digesta, vol. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 32.
- COUTO E SILVA, Clóvis, “A Obrigação como Processo”, São Paulo, José Bushatsy Editor, 1976.
- . “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, in “Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- . “Teoria da Base do Negócio”, São Paulo, RT v. 655, 1990.
- FARIA, José Eduardo, “O Direito na Economia Globalizada”, Tese apresentada ao concurso para Professor Titular de Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, 1999.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, “A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato”, Porto Alegre, 1999, inédito (no prelo).

- FRADERA, Vera Maria, "A Quebra Positiva do Contrato", Porto Alegre, Revista *Ajuris*, v. 44, 1988.
- GOMES, Orlando, "Transformações Gerais do Direito das Obrigações", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1967.
- HATTENHAUER, Hans, "Conceptos Fundamentales del Derecho Civil", trad. espanhola, Barcelona, Ariel, 1987.
- HESPANHA, Antonio Manuel, "Panorama da Cultura Jurídica Européia", Lisboa, Publicações Europa-America, 1997.
- MARQUES, Cláudia Lima, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999
- MARTINS-COSTA, Judith, "A Boa-Fé no Direito Privado", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- . "O Projeto de Código Civil Brasileiro: em busca da 'ética da situação'", Porto Alegre, Revista Jurídica vol. 282, 2001.
- . "Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo", ensaio integrante de "A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e garantias constitucionais no Direito Privado", no prelo.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio M., "Da Boa-Fé no Direito Civil", Coimbra, Almedina, 1989.
- MONATERI, Pier Giuseppe, *La Responsabilità Contrattuale e Precontrattuale*, Turim, UTET, 1998.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, "A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contrarual Brasileiro", Revista *Roma e America*, vol. 7/99, Roma, 1999.
- MÜLLER, Friedrich, "Discours de la Méthode Juridique", Paris, PUF, 1996.
- PARADISI, Bruno, "Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto", in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. 1, Firenze, 1972,
- PIGNATARO, Gisela, "Buona Fede oggettiva e rapporto precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese, Salerno, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- REALE, Miguel. "Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico", São Paulo, Saraiva, 1994.
- . "Para uma teoria dos modelos jurídicos", in "Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito", São Paulo, Saraiva, 1978.
- . "Jurisprudência e Doutrina", in "Questões de Direito", São Paulo, Sugestões Literárias, 1981.

SERPA LOPES, Miguel Maria. “Curso de Direito Civil”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1ª edição, 1957.

SILVEIRA, Alípio, “A Boa-Fé no Código Civil”, Tomos I e II, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1973.

VARELA, Laura Beck, “Algumas Contribuições da Ciência Histórica à Tarefa do Historiador do Direito”, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 18, Porto Alegre, 2000.

ZACCARIA, Giuseppe, “Sul concetto di positività nel diritto”, *in* Diritto Positivo e Positività del Diritto, Turim, Giappichelli, 1991.

———. *L'Arte dell'interpretazione*, Pádua, Cedam, 1990.

DECISÕES CITADAS

STF:

RE 158448/MG.

STJ:

Agr. Reg. no AI n° 47. 901 - 3 - SP;

AGA 47901;

EDRESP 167691;

RESP 256274; RESP 107211; RESP 80036; RESP 32890; RESP 3714/RS; RESP 7187/SP; RESP 85521/PR; RESP 101061/PB; RESP 157841/SP; RESP 5932/RS; RESP 158728/RJ; RESP 18.4573/SP; RESP 95535/SP.

REMS n° 6183-MG.

ROMS 6183; ROMS 1694/RS;

TJRGS

Ap. Civ. n° 598225720; Ap. Civ. n° 597019439; Ap. Civ.194.045.472; Ap. Civ. n° 596131060; Ap. Civ. n° 598037257; Ap. Civ. n° 70001059641; Ap. Civ. n° 70000457093, Ap. Civ. n° 70000094433 ; Ap. Civ. n.º 598209179, Ap. Civ. n° 70001037597; Ap. Civ. n° 589078542; Ap. Civ. n° 597019439; Ap. Civ. n° 59907596; Ap. Civ. n° 596251181; Ap. Civ. n° 59671530; Ap. Civ. n° 596230888; Ap. Civ. n° 5880591113; Ap. Civ. n° 196105167; Ap. Civ. n° 588059113; Ap. Civ. n° 70000078626; Ap. Civ. n° 599443694; Ap. Civ. n° 597200237; Ap. Civ. n° 598474237; Ap. Civ. n° 588012666; Ap. Civ. n° 588016147, Ap. Civ. n° 70001123561;

Agr. I. n° 70000027623; Agr. I. n° 70000539908 ; Agr. I 7001005586

Em. Dec. n° 196722656;

Em. I. n° 598007607; Em. I n° 196032114;

IM n° 197280175;

2ª Vara da Fazenda Pública, Comarca de Porto Alegre, Ac. Civ. Pub. n° 01195487226..

Justiça de São Paulo - Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital - Recursos n°s 7.959; 7.766; 7747 e 7.767.

GLOSSÁRIO

AGA – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento.

Agr. I. – Agravo de Instrumento.

Ap. Civ. – Apelação Cível.

C. Civ. -Câmara Cível.

CNPq- PIBIC – Conselho Nacional de Pesquisa – Programa de Incentivo à Bolsas de Iniciação Científica.

Des. – Desembargador.

Em. Dec. – Embargos de Declaração.

Em. Infr. – Embargos Infringentes.

EDRESp. Embargos de Declaração em Recurso Especial.

j. – julgado.

RE – Recurso Extraordinário.

Rel – Relator.

RESP – Recurso Especial

REMS – Recurso Especial em Mandado de Segurança.

ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.

RT – Revista dos Tribunais.

STF – Superior Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça.

TJRGS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.