

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS

MURILO BOSCOLI DIAS

Presidente Prudente/SP
2011

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS

MURILO BOSCOLI DIAS

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Marcio Zago.

Presidente Prudente/SP
2011

Princípio da Boa-fé nos contratos

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

Examinador (a)

Examinador (a)

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2011.

“Duas coisas são infinitas: o Universo e a estupidez humana. Mas, no que diz respeito ao universo, ainda não adquiri a certeza absoluta.”

Albert Einstein

“Sofremos muito com o pouco que nos falta e gozamos pouco o muito que temos”

William Shakespeare

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer ao Senhor bom Deus por ter me abençoado durante toda minha vida, me prosperando em felicidade, amor, e discernimento.

Agradeço aos meus pais, por terem me guiado até aqui em minha vida e por terem me ensinado com carinho e amor, e agradecer ainda por todas as broncas que me deram, que serviram para meu aprendizado, me desculpando desde já, pois este trabalho não está á altura do amor que vocês me proporcionaram.

À minha irmã Juliana Boscoli Dias, por ter simplesmente me agüentado durante os tempos em que passamos e juntos.

Ao meu falecido avó Faradei Boscoli, por ter representado em minha vida, pelo pouco tempo em que pude desfrutar de sua presença, um norte de inteligência e sabedoria.

Às minhas avós por terem me dado suporte e se preocupado com meu bem estar durante toda minha vida.

Ao meu tio Eber Boscoli e sua família por terem representado enquanto estou longe de casa, pessoas que viriam a minha ajuda quando precisara, sempre com uma paciência divina e prestatividade sem iguais.

Ao meu orientador Prof. Marcio Zago, por ter me dado a liberdade de trabalhar e a todos outros professores que tive em minha vida por terem me auxiliado em meu processo de formação, até aqui, pois sem seus ensinamentos não conseguiria estar onde cheguei, em especial ao Prof. Hercules Gimenez, por ter representado muito mais que um educador, mas sim um mestre.

Aos meus amigos de infância, por terem estado ao meu lado quando precisara e por estarem comigo até hoje, apesar da distância.

Aos meus amigos de faculdade, por agüentarem minha presença e por fazerem estes anos de faculdade os mais divertidos possíveis.

A minha namorada por ter, durante o tempo em que estamos juntos, me tratado com carinho, amor e respeito, significando verdadeiros atos fortificantes em minha vida, com a qual pude aprender muito.

E a todos que de forma direta ou indireta contribuíram para minha formação e conclusão deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho tem a função realizar uma análise do postulado da boa-fé objetiva e sua aplicação como cláusula geral nos contratos, cuja aplicação tem ganhado cada vez mais destaque nas relações contratuais. Para tanto, é necessário um estudo sobre os princípios como fontes normativas, traçando sua evolução histórica para entender como esta lhe sendo atribuído cada vez mais um papel determinante na análise do Direito, gerando reflexos nos ordenamentos jurídicos e seus institutos. Depois é necessário traçar um paralelo entre a evolução histórica dos princípios e a evolução histórica dos contratos, que também sofreu inúmeras alterações desde sua origem, onde seus princípios tradicionais também foram se modificando, na busca de uma maior adequação do mesmo a realidade social vigente, dando destaque à boa-fé, que com a evolução doutrinária e jurisprudencial, foi lhe sendo atribuída novas figuras parcelares, possibilitando ao aplicador do direito, uma maior efetividade na busca do ideal de justiça.

Palavras-chave: Fontes. Princípios. Contratos. Evolução Histórica. Boa-fé objetiva. Confiança. Novos institutos.

ABSTRACT

This paper have the function to study the postulated of the objective good faith and your application as general clause in the contracts, which function has been gaining a high profile at contractual intercourse. For that, its necessary a study about the principles as normative font, making his historic evolution to understand how it's been given a highlight paper at the analysis of the Law and his institutes. After that, it's necessary to draw a parallel between the historic evolution of the principles and the historic evolution of the contracts, who also has suffered a lot of modification since their origin, where theirs traditional principles has also suffered modifications to adequate him to the new social reality, in highlight to the good faith that, with doctrinaire and jurisprudential study, gained derivative institutes, that offered to the law applier a great effectiveness in the search of the justice.

Keywords: Font. Principles. Contracts. Historic Evolution. Objective Good Faith. New institute.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	10
2 DAS FONTES DO DIREITO	14
2.1 Breve Introdução ao estudo das Fontes do Direito e suas diferenças no Sistema do <i>Civil Law</i> com o <i>Common Law</i>	14
2.2 Dos princípios como fontes normativa.....	18
2.2.1 Distinção entre Princípio e Regra.....	23
3 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	26
4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS.....	33
4.1. Considerações iniciais sobre os contratos	33
4.2 Do princípio da boa-fé e sua evolução histórica	36
4.3 Da boa-fé contratual no Direito brasileiro e no Código Civil de 2002.....	55
5 DOS DESDOBRAMENTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS.....	65
5.1. Introdução.....	65
5.2 <i>Supressio</i>	66
5.3 <i>Surrectio</i>	68
5.4 <i>Venire Contra factum proprium</i>	69
5.5 <i>Tu Quoque</i>	72
5.6 <i>Exceptio Doli</i>	75
5.7 Da Inalegabilidade de Nulidades formais, Duty to mitigate de loss e Desequilíbrio no exercício jurídico.....	76
6. CONCLUSÃO.....	79
7. BIBLIOGRAFIA.....	82

1. INTRODUÇÃO

Tudo surge de um lugar, partindo-se dessa afirmação podemos dizer o mesmo do Direito. Assim, como o computador que agora escrevo, teve origem em uma fábrica, que se utilizou de matérias primas, subsídios, mão de obra, etc... o Direito também se origina em algum ponto.

A origem do Direito se confunde com a própria história da sociedade. Os homens para que possam viver em uma sociedade harmoniosa se valem de algumas normas, uma vez que constantemente, bens jurídicos dos seres humanos, invariavelmente, irão entrar em conflito em uma organização, tendo em vista a individualidade e identidade de cada cidadão.

Assim essas normas detêm uma origem, e essa origem é estudada por um ramo da Ciência do Direito denominado Teoria das Fontes, que tem como objeto de estudo as fontes do Direito, ou seja, onde o mesmo se origina.

Dentre essas fontes encontramos os princípios, que vêm assumindo um papel cada vez mais importante nas discussões jurídicas, onde em sua maioria os debates sobre o Direito, fazem menção aos princípios de alguma forma.

Dentre um dos princípios que vem ganhando destaque atualmente, temos o da boa-fé objetiva, em matéria de contrato.

São os contratos fontes de obrigações. Por eles que regularizamos nossas relações e obrigações diariamente. São considerados uns dos institutos mais antigos da história da humanidade, passando por um processo de evolução e sendo uma gama de vastos estudos e debates sobre seus institutos ao longo do tempo, sendo inclusive, em dado momento histórico, considerado a base do poder estatal com Rousseau.

Assim, dado seu importante papel nas relações entre os homens, os Contratos, como instituto jurídico, apresenta vários princípios a ele inerente.

Dentre esses Princípios temos os chamados Princípios Clássicos dos Contratos que englobam a Autonomia da Vontade das Partes, e o *Pacta Sunt Servanda*, ou, obrigatoriedade dos contratos.

Entretanto, embora os contratos constituam em, seu sentido jurídico, um ato jurídico pelo qual as partes criam, extinguem ou modificam obrigações e direitos, o mesmo deve ser analisado de uma forma mais ampla, ante a realidade social e econômica do mundo. Ao analisarmos os mesmos única e exclusivamente no Campo Jurídico, corremos o risco de incorres em erros e injustiças, devendo estender o conceito a análise dos contratos a uma realidade social e econômica em que se encontra, ou seja, ao analisarmos as normas contratuais, não devemos mais analisar que as mesmas somente atingem as partes, uma vez que esses instrumentos refletem características econômicas e sociais.

Nesse sentido, VINCENZO ROPPO, nos explica:

“ (...). Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos- e entre eles, em primeiro lugar, o de contrato- refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a *realidade econômico-social* que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde que se fale de “contrato” (o qual, nessa seqüência, já se nos não afigura identificável como um conceito pura e exclusivamente jurídico) (ROPPO, ENZO;2009 pág.7).

Assim, os Princípios Clássicos dos Contratos, que tinham como a ideologia de que os contratantes detinham liberdade para contratar e estavam em pé de igualdade, não se submetendo a qualquer limite, sendo assim a pactuação do mesmo, uma operação de liberdade e de soberania das individualidades das partes, cabendo a estas decidirem quais cláusulas convencionar, foi se modificando.

Os legisladores e estudiosos, atentos a possíveis injustiças e desigualdades que os contratos poderiam gerar, começaram a analisar os contratos

de uma ótica mais ampla, chegando à conclusão, que as partes sim detém uma liberdade para contratar, mas essa liberdade passa a ser relativizada, ou seja, mitigada, para que sejam então atendidos os chamados novos Princípios dos Contratos, ou, Princípios Modernos do Contrato – que como será analisado não são “tão” modernos-, que são a Boa-Fé e A Função Social do Contrato.

Exemplos dessa busca do legislador em adequar os contratos a sua nova realidade, se dá pela criação dos chamados “Microsistemas”, como o Código de Defesa do Consumidor, que visam “angularizar” as relações jurídicas entre as partes em um contrato de consumo, deixando o consumidor, que em regra é a parte vulnerável da relação, em “pé de igualdade” com o fornecedor.

Ao analisarmos os contratos e suas aplicações sobre a ótica do Princípio da Boa-Fé, deve-se destacar que a mesma tem uma função primordial na busca de uma relação contratual mais “justa”, ou seja, a Boa-Fé, que talvez hoje seja o principal princípio norteador dos contratos, busca que as partes antes, durante e após a relação contratual, busquem manter um certo nível de probidade uma com a outra, não desejando ganhar algo em detrimento de outro.

Entretanto, tal princípio, não exerce somente essa função de delimitar um dever de lealdade as partes, mas também busca um dever de assistência, informação, sigilo, além de sua função interpretativa, e delimitador.

O Princípio da Boa-Fé, se divide de duas formas, a Boa-Fé Objetiva e a Boa-Fé Subjetiva.

A Boa-Fé Objetiva corresponde a um dever de comportamento ético das partes em relações contratuais, é um dever genérico, correspondendo a uma cláusula geral dos contratos.

Atualmente, tem-se debatido a respeito de alguns desdobramentos ou institutos da Boa-Fé objetiva, que são o *Supressio*, *Surrectio*, *Venire Contra Factum Proprium*, *Tu Quoque* e *Exceptio Doli*, ou exceção dolosa.

Por sua vez, a Boa-Fé subjetiva, ou também “Boa-Fé ignorante”, consiste em um sentimento interno da pessoa de que esta agindo corretamente, ou seja, esta agindo conforme o direito, sendo portanto, uma subjetividade da boa-fé,

onde o agente acredita sinceramente estar fazendo o correto. Exemplo clássico em relação a boa-fé subjetiva esta no Casamento Putativo ou no Instituto da Usucapião.

Portanto, verifica-se que o estudo da Boa-Fé nos contratos atualmente ganha destaque, mas não somente nos contratos, uma vez que esta se consolidou, ao lado da função social como um dos princípios fundantes do sistema jurídico privado brasileiro, uma vez que a partir da aplicação destes, se busca a promoção da dignidade da pessoa humana, principio que esta amplamente divulgado na Constituição Federal.

Assim, a proposta desse trabalho é a de buscar analisar, da forma mais completa possível, da aplicação do principio da boa-fé, que veio ganhando destaque ao longo dos anos nas relações contratuais sendo que a metodologia empregada nesta tarefa foi a de pesquisa bibliográfica, sendo retirada informações de livros e artigos da internet publicados em sites jurídicos.

2. Das Fontes do Direito.

2.1 Breve Introdução ao estudo das Fontes do Direito e suas diferenças no Sistema do *Civil Law* com o *Common Law*

Quando nos referimos à palavra “fonte”, logo nos vem à cabeça o local de início, ou do surgimento de algo. Assim, o mesmo ocorre quando estamos tratando das chamadas “Fontes do Direito”.

De maneira simples, as fontes do Direito são considerados os meios pelo qual o Direito se forma. Bem como se sabe, a sociedade para que viva harmoniosamente, necessita de regras e normas de conduta, caso contrário estaríamos diante de um caos social.

Assim, essas normas não surgem simplesmente do nada, mas sim se valem de postulados, ou determinadas orientações que irão gerar os denominados modelos jurídicos.

Nesse sentido ensina Pablo Stolze:

As chamadas fontes do direito” nada mais são, portanto, do que os meios pelos quais se formam ou se estabelecem as normas jurídicas. Trata-se, em outras palavras, de *instâncias de manifestação normativa*. (Stolze; 2008; Pág. 8).

E por fim afirma:

A teoria das fontes do Direito é um dos instrumentos primordiais para regular o apreciação contínuo e plural de normas de comportamento, sem perder de vista a segurança e certeza das relações jurídicas. Assim, quando se diz que a “lei” é a fonte primordial do direito brasileiro, está se dizendo que se pressupõe que todas normas que se reveste desse caráter (de lei) deve ser considerada como pertencente ao ordenamento (Stolze; 2008; Pág. 9).

Assim, conforme bem explica a professora Maria Helena Diniz, não podemos confundir as fontes de direito com o surgimento do Direito, uma vez que aquela condiciona o surgimento de normas jurídicas¹. Assim pondera Tercio Ferraz Junior:

A teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um *dado*, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolve-se, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado. Com isto se cria, porém, um problema teórico, pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui seu aspecto dado, posto que, afinal, se o direito é feito, é obra humana, a matéria-prima não se confunde com a própria obra.

Esse tipo de reflexão já aparece, por exemplo, em Savigny (1840, v1:9) no início do século XIX, o qual procura distinguir entre a lei (enquanto um ato do Estado) e seu sentido, isto é, seu espírito, que para ele repousa nas convicções comuns de um povo (o chamado “ espírito do povo”: *Volkgeist*). Essa distinção permite-lhe separar o centro emanador dos atos formais de concretização ou realização do direito, sendo *fonte* o “espírito do povo” e os atos estatais o *instrumento de realização*”. (Ferraz; 2011; Pág. 190).

No sistema jurídico Brasileiro, como se demonstrou, a principal fonte é a lei, uma vez que o modelo pátrio adotado está fundado no positivismo, característica de países de origem latina, por influência do Direito Romano (*civil law*).

Entretanto, não são as leis as únicas fontes de Direito no País, sendo somente uma delas. A doutrina costuma dividir as fontes² em dois grupos: a) *formais*, e; b) *matérialis*.

Tais distinções entre as fontes têm destaque na doutrina do jurista francês François Geny, que busca separar as fontes de forma a evidenciar o que foi dito por Savigny de “espírito do povo”, ou conforme dito acima por Ferraz Junior de *dado*, do aspecto formal da norma, ou seja, a sua *construção*.

As fontes formais são as formas em que se exteriorizam as fontes materiais, ou seja, essas normas não são produtoras do Direito, mas são a essência

¹ Diniz, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. Saraiva, pg. 283

² As fontes, conforme ensina André Franco Montoro, também podem ser divididas entre seu aspecto filosófico, que seu pautar na essência da natureza humana, e no aspecto sociológico, esta ligada ao surgimento do Direito nas relações de convívios sociais, com base no ideal absoluto de “justiça”. (MONTORO, ANDRÉ FRANCO. *Introdução a Ciência do Direito*. 26 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005. pg. 380.).

do Direito, que surge de outra série de fatores históricos, sociais, principiológicos, axiológicos, etc.

Maria Helena Diniz, em sua obra “*Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*” separa as fontes formais de *estatais e não estatais*.

Para a professora, as fontes estatais, são aquelas que emanam do poder do Estado, sendo elas *legislativas*, que envolve as leis em seu sentido amplo (Constituição, Decretos, Leis Ordinárias, etc..), e *jurisprudenciais*, que são derivados do poder Juiz do Estado (Sentenças, Acórdãos Etc..).

Por outro lado, as *fontes formais não estatais* seriam os costumes, a doutrina³ e os negócios jurídicos⁴.

Por fim, as *fontes materiais*, são os preceitos que dão base as normas jurídico-positivas. Dessas fontes são criadas as fontes formais, dando base à criação de um ordenamento jurídico. São exemplos de fontes materiais *princípios, valores religiosos, culturais, etc.*

Vale destacar, que as fontes matérias tem em sua essência valores, e uma série de fatores sociais e históricos, devido a isso, cada país ao criar suas leis deverá se atentar as suas particularidades, como forma de efetivar o direito positivado, evitando-se criar possíveis dispositivos “inaplicáveis” frente às realidades sociais de cada local.

Montesquieu, em inestimável obra, o *Espírito das Leis*, traz:

A lei em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica essa razão humana.

Devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra.

(...)

³ Existem divergências doutrinárias quanto à classificação da doutrina como fonte do direito, pois para muitos autores, como Miguel Reale, as fontes devem vir dotadas de um caráter de vinculação, fato este que não ocorre com a doutrina, pois o que se tem é apenas a interpretação dos doutrinadores da lei. Nesse sentido Judith Martins-Costa traz: *As fontes formais têm caráter normativo que implica a existência de um poder de opção entre as diversas vias normativas possíveis. Essa escolha entre as vias normativas possíveis é o poder de decidir, condição essencial para a definição de uma fonte de direito. A primeira consequência dessa condição é a exclusão da doutrina como fonte do direito, já que os doutrinadores, independente de sua autoridade, não têm esse poder de escolha (grifo nosso).*(Costa. 2002.P 28).

⁴ DINIZ, MARIA HELENA. *Compendio de Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. Saraiva. Pg. 285.

Devem ser relativas ao físico do país; ao clima gélido, escaldante ou temperado; á qualidade do terreno, sua situação e grandeza; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores, devem estar em relação com o grau de liberdade que sua constituição pode suportar; com a religião de seus habitantes, com suas inclinações, com suas riquezas, com seu número, com seu comércio, com seus costumes, com seus modos. Enfim, elas possuem relações entre si; possuem também relações com sua origem , com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas. É de todos estes pontos de vista que elas devem ser consideradas.

(...) Elas formam juntas o que chamamos o ESPÍRITO DAS LEIS. (Montesquieu; 1996. Pág. 15).

Em contrapartida a essa visão *egológica* de fontes, conforme preceitua a professora Maria Helena Diniz, tem-se uma visão kelsiana das mesmas. Para Kelsen a fonte do direito se confunde com a validade da própria norma, onde essa validade se da em sua observação de preceitos previstos em uma norma superior, sendo fonte a própria norma superior que regula uma inferior, em outras palavras é a *lei dando origem à lei*. Sendo essa uma das posições do denominado positivismo jurídico, que centraliza a produção de Direito nas mão do Estado, como forma de atingir uma maior segurança jurídica.

Tal informação vai ao encontro com o que foi dito acima. O Brasil adotou em seu ordenamento jurídico, a idéia do positivismo, ou seja, a principal fonte do Direito no País esta ligada a idéia das Leis, onde temos uma Constituição em trará uma gama de normas que deverão ser obedecidas pelas demais normas a ela hierarquicamente inferiores, sendo essa uma das características dos países adeptos do denominado *Civil Law*, onde a lei é a principal fonte do Direito.

Paralelamente ao sistema do *Civil Law*, temos o *Common Law*. Nesse sistema jurídico, a principal fonte do Direito não se baseia nas leis, mas sim nos costumes e na jurisprudência dos juízes e tribunais, ou no chamado Direito Consuetudinário.

Nesse sistema as decisões proferidas pelos magistrados criam os denominados precedentes, detendo extrema importância, sendo dotados de um caráter vinculativo e podendo ser alegados a qualquer tempo.

Sobre os dois sistemas Pablo Stolze em seu *Novo Curso de Direito Civil pontifica*:

A tradição brasileira se adequou ao sistema romano-germânico, do direito legislado, também conhecido como sistema do *civil law*, que é aquele calcado na positivação do direito pela norma legal.

Em tais sistemas, a atuação do operador do direito deve ser eminentemente técnica, conhecendo as normas integrantes do sistema e a doutrina que as interpreta, embora não deva deixar de conhecer também a jurisprudência.

Seu traço essencial revela-se na análise do sistema a partir da Constituição, como norma fundamental do sistema, seguida da edição de todas as outras normas infraconstitucionais.

(...)

A crescente relevância que se vem emprestando aos precedentes jurisprudenciais revela, porém, uma influência do outro grande sistema jurídico contemporâneo: o sistema do direito do caso, conhecido pela denominação *common law*, de origem britânica, por ser um direito comum a toda Inglaterra, em oposição aos tradicionais costumes locais.

Nesses sistemas, a construção jurídica é formada especialmente pelas decisões de juízes e tribunais. São os sistemas vigentes na Inglaterra, e nos Estados Unidos da América, em que se dá extrema importância às coletâneas de julgados, devendo ser o jurista um profundo conhecedor deste e da doutrina que os interpreta, sem descuidar do conhecimento das normas editadas pelos parlamentos e outros órgãos dotados de competência normativa. (Stolze; 2008. Pág. 26).

Assim, as fontes do Direito, exercem importância distinta de acordo com o sistema jurídico analisado, sendo os costumes a principal fonte de Direito no sistema do *Common Law*, ao passo que as leis, têm maior importância no denominado *Civil Law*.

2.2 Dos princípios como fonte normativa do Direito.

Como visto, os princípios são considerados fontes do Direito, por essas fontes que se emanam e criam-se as bases do ordenamento jurídico.

O emprego do termo *principio* e a sua definição causa confusão doutrinária, uma vez que o mesmo pode ser utilizado e classificado das mais diversas formas e sentidos de acordo com a sua ótica, dada a polissemia do termo.

Karl Larenz, faz em seu livro “*metodologia da ciência jurídica*” uma distinção entre princípios, os denominando de *princípios com forma de proposição jurídica* e *princípios abertos* (Larenz; 1997; 682).

Para o autor, os *princípios com forma de proposição jurídica*, seriam aqueles dotados de caráter normativo, em contrapartida os *princípios abertos* que são aqueles que não detém esse caráter de norma. Nesse sentido o próprio autor explica:

Se bem que os princípios jurídicos tenham, em regra, também o caráter de idéias jurídicas directivas, das quais se não podem obter directamente resoluções de um caso particular, mas só em virtude da sua concretização na lei ou pela jurisprudência dos tribunais, existem também princípios que, condensados, numa regra, imediatamente aplicável, não só são *ratio legis*, mas, em si próprios, *Lex*. Denomino-os de “princípios com forma de proposição jurídica. Em contraposição a estes, poderíamos denominar os princípios que não têm caráter de norma, de “princípios abertos”. A distinção não deve, porém, ser entendida no sentido de uma separação rígida; as fronteiras entres os princípios “abertos” e os princípios “ com forma de proposição jurídica” é antes fluida. Não pode indicar-se com exatidão o ponto a partir do qual o princípio está já tão amplamente concretizado que pode ser considerado como princípio com a forma de proposição jurídica. (Larenz Karl; 1997; Pág. 682-683).

Ainda nesse sentido Judith Martins-Costa em sua famosa obra *a boa fé no direito privado*, distingue os princípios em *expressos e implícitos* ou *inexpressos*. Esses últimos são aqueles que não estão formulados em determinado texto normativo ao passo que aqueles são princípios que estão de forma expressa consagrados em dispositivos sejam legislativos ou constitucionais:

Os princípios expressos são aqueles explicitamente consignados em uma certa formulação, constitucional ou legislativa. Os exemplos são variados em todos os campos dos direito: o princípio da separação e harmonia entre os poderes (funções) Do Estado (CF, art.1), o princípio da igualdade (idem,art.5, caput), o princípio da irretroatividade da lei penal (CP, art.2), o princípio da ação (CPC, art.2), o princípio da vulnerabilidade do consumidor (Lei 8078/90, art.4,I), o princípio da incontagiabilidade do ato nulo (CC, art.153, 1ª parte), etc.

São princípios inexpressos ou implícitos aqueles que, embora não formulados em determinada disposição legislativa, são, á vista da racionalidade do sistema, da natureza de certa instituição, ou do conjunto normativo aplicável a certo campo, elaborados, construídos, “recolhidos” ou formulados pelo intérprete. Assim, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, o da razoabilidade da ação administrativa, o da vedação ao enriquecimento sem causa, o princípio da realidade nas relações de emprego, o da autonomia da vontade nos contratos privados, o já aludido princípio da boa fé objetiva no direito obrigacional, o da boa fé subjetiva no direito possessório etc. Aí se entende, afirma Guastini “que os intérpretes, ao formularem um princípio inexpresso, não se submetem ao

legislador, mas assumem que tal princípio esteja implícito, latente, no discurso das fontes. (Costa; 2000; Pág. 319-320).

Entretanto, a de se destacar que apesar das discussões doutrinárias a respeito das diversas formas de classificação dos princípios, existem alguns pontos que são pacíficos para os mais diversos estudiosos sobre estes enunciados axiológicos, que sendo eles implícitos ou explícitos, os mesmos detém um caráter fundante frente ao ordenamento jurídico, tendo atualmente efetividade de norma jurídica.

Nesse sentido Judith Martins Costa traz:

Contudo, o melhor caminho para alcançar um conceito de princípio jurídico consiste em perseguir sua característica fundamental, o que se poderia chamar de *principium discriminationes* dos princípios. É certo que qualquer classificação será sempre relativamente arbitrária, podendo, no máximo, o alinhar dos traços próprios de qualquer instituto, conceito ou elemento ser útil ou inútil para a sua compreensão do que se tem em vista examinar. A característica abaixo aludida é, portanto, aquela que, de modo geral, é alinhada pelos estudiosos do tema como necessária ou suficiente para que se tenha certa norma como princípio jurídico.

Entre os autores que admitem a natureza normativa dos princípios entende-se que o seu caráter fundante se situa como um dos principais, senão o principal traço individualizador. Afirma, nesse sentido, Claudio Luzzatti que, nas estruturas dos sistemas jurídicos, os princípios são aquelas normas que vêm consideradas pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência como fundamento (em um dos sentidos desse termos) de um conjunto de outras normas, já emanadas ou ainda a serem emanadas (aí os chamados princípios programáticos”) (...) (Costa; 2000;Pág.321).

Assim, os princípios poderão ser analisados das mais diferentes formas devido, como dito acima, a sua polissemia, que muitas vezes podem gerar discussões doutrinárias irrelevantes, devendo ao estudarmos os mesmos analisarmos, segundo a autora supracitada, *principium discriminationes* dos princípios, ou seja, sua característica fundamental determinante.

Destaca-se que, como dito acima, os princípios vem assumindo um papel cada vez maior frente aos ordenamentos jurídicos, devido a sua característica normativa, sendo que nem sempre esse foi seu tratamento.

Segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, por volta do século XVI, o Direito era amplamente influenciado por idéias do chamado *jusnaturalismo*, “baseado nos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais” (BAROSO; BARCELOS, 2003, p.146), que preconizava a crença

no denominado Direito Natural, ou seja, aquele que se baseava nos ideais e valores humanos sem que fossem emanadas do Estado, onde os princípios eram tratados apenas como direcionamentos, sem aplicabilidade.

Por volta do século XIX, com a consolidação dos estados liberais e a codificação dos ideais constitucionais, uma corrente jurídica filosófica passa a ganhar força, o *positivismo*, deixando de lado o *jusnaturalismo*, por considerar este último uma pensamento não científico.

O positivismo tem como base a própria norma, como ato emanado do Estado, de caráter imperativo e coercitivo, com uma “crença exacerbada no poder do conhecimento científico” (BAROSO; BARCELOS,2003,p.146), em busca de uma maior objetividade filosófica, afastando os princípios do direito natural, e dando valor á aqueles que eram encontrados nos textos legais, derivados do poder estatal. Portanto passou-se a dar mais ênfase ao fato enquadrado no texto legal, do que aos juízos de valores, nesse sentido, Luís Roberto Barroso, e Ana Paula de Barcellos, trazem:

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma *ciência jurídica*, com características análogas ás ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. O Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de *fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízo de *valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. (BAROSO; BARCELOS;2003;Pág.146).

Ainda, nesse sentido Maria Helena Diniz ensina:

A ciência do direito, no século XIX, encontra sua expressão mais característica no exegetismo. Para a escola exegese, a totalidade do direito positivo se identifica por completo com a lei escrita; com isso a ciência jurídica se apegou á tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido (...).

(...)

Consequentemente, essa doutrina ultralegalista proclamou que a lei deve ser a única fonte das decisões jurídicas, logo toda solução jurídica não pode ser mais do que a conclusão de um silogismo, em que a premissa maior é a lei e a menor, o enunciado de um fato concreto. De maneira que a função do aplicador não era se não a de subsumir os fatos concretos á determinação abstrata da lei. Reinava, portanto, a concepção mecânica da função judicial, entendida como um processo de dedução lógica, que

supunha que houvesse para cada caso controvertido uma lei que aquele caso fosse redutível a uma expressão simples, livre de qualquer ambigüidade. Os mais extremados, como Blondeau, chegavam até a afirmar que, ante a plenitude da lei, nos casos em que a vontade do legislador não podia ser alcançada, o magistrado deveria abster-se de prolatar a sentença, por não haver lei que fundamentasse a sua decisão. (DINIZ, Maria Helena. 2006. p. 50-52).

Embora de grande força doutrinária, no início do século XX, o “legalismo exegético”, que tinha como seu principal nome, Hans Kelsen, passa a encontrar resistência frente a outras correntes como a *ofensiva sociologista* de Ehrlich, o *movimento do direito livre* e a *jurisprudência de interesses* de Philipp Heck, Max Rumelin, Paul Oertmann, dentre outros.⁵

Entretanto, o grande ápice dessa decadência, ocorre, conforme os autores acima citados explicam, com a derrota dos movimentos fascistas e nazistas na Itália e Alemanha, respectivamente, onde a violação a direitos humanos e as demais atrocidades cometidas por esses movimentos políticos e militares, estavam amparados em conformidade com os textos legais, ou seja, desde que a lei esteja formalmente correta, não existiria limites para mesma, podendo atentar de forma direta aos valores da dignidade e da vida da pessoa humana, entre outros Direitos fundamentais.

Tais barbaridades, ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, gerou uma reflexão acerca da existência de um ordenamento jurídico que não se baseia em valores éticos, mas sim apenas na mera formalidade legal, sem se preocupar com o conteúdo da norma.

Atualmente, nos deparamos com um movimento denominado *pós positivismo*, ou, segundo Joaquín Arce y Flórez-Valdés, *formulación neonaturalista* (2005,p.44), que de forma brilhante é explicado por Roberto Barroso e Ana Paulo de Barcellos:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a

⁵ Foi se percebendo que a vida em sociedade é mais dinâmica que a legislação, ou seja, não é possível prever todas as situações do cotidiano humano em um texto legal, chegando a ser chamado por Ehrlich em sua *ofensiva sociologista* de tratar-se de um *direito vivo*, ou seja, de algo dinâmico que esta em constante evolução, não estático.

Para o autor, o direito se enquadra de três formas, a saber: a) as leis; b) normas que surgem da sociedade; e c) regras aplicadas em decisões judiciais, em conflitos.

definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte deste ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (BARROSO; BARCELOS; 2003; Pág. 147).

Percebe-se assim, que com as imperfeições do positivismo e sua ineficiência em dar soluções ao caso concreto, teve como abertura para o pós positivismo, que busca encontrar soluções aos defeitos do positivismo, com uma maior valorização de valores e ideais, até então esquecidos, onde os *princípios* passam a adquirir força normativa, deixando o caráter subsidiário, ou de fonte secundária, para um patamar de destaque, sendo muito deles incluídos no patamar de norma constitucional, se livrando da visão clássica de mero enunciativo ético, mas também de vinculação jurídica.

Tão nítido é esse destaque e importância que os *princípios* vêm adquirindo nos ordenamentos jurídicos que para alguns autores, dentre eles Celso Antônio Bandeira de Mello, que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira; 2000; p. 748).

2.2.1 Distinção entre Princípios e Regras.

Como visto inicialmente, os princípios, detinham uma característica secundária frente as demais fontes e demais normas jurídicas, sendo tratados apenas como enunciados éticos, sem aplicabilidade ou eficácia jurídica.

Superada essa visão, os princípios passam a assumir um papel destaque frente aos ordenamentos jurídicos, garantindo eficácia normativa, e tal elevação dos princípios ao patamar de norma, trouxe a necessidade de diferenciação entre princípios e regras, ambos pertencentes ao gênero *norma*.

Tal diferenciação doutrinaria, segundo Humberto Avila:

(...) tem duas finalidades fundamentais. Em primeiro lugar, visa a *antecipar*, características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de

interpretação e aplicação do Direito. Em consequência disso, a referida distinção busca, em segundo lugar, *aliviar*, estruturando-o, o ônus de argumentação do aplicador do Direito, na medida em que uma qualificação das espécies normativas permite minorar- eliminar jamais- a necessidade de fundamentação, pelo menos indicando o que deve ser justificado. (AVILA; 2005;Pág.57).

Assim, antes de mais nada, a de se distinguir que os princípios são normas abstratas e genéricas, onde são descritos estados ideais, sem descrever condutas, dotadas de maior flexibilidade, ao passo que as *regras*, são normas objetivas, descritivas de condutas, não possuidoras da flexibilidade presente nos princípios.

Segundo AVILA, os princípios e as normas detêm uma função mediata e imediata, onde a imediatidade dos princípios se traduzem em promover um estado ideal de coisas, ao passo que sua função mediata é a adoção de condutas para atingir esse estado ideal (Avila; 2005; Pág.70).

Por sua vez as regras, tem como função imediata a descrição de condutas e sua função mediata é garantir efetividade aos princípios.

Humberto Avila trás:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre, centrada na finalidade que lhes dá suporte, ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção (Avila; 2005; Pág70).

Ainda nesse sentido, Roberto Barroso e Ana Paulo de Barcellos:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A Aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e ira prevalecer. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso

concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. (Barroso; Barcellos. 2003, P. 148-149).

Assim, outra diferenciação entre regras e princípios, repousa no fato de que estes detêm uma maior flexibilidade e estão em constante conflito, e para saber qual princípio devera ser aplicado iremos analisar o caso concreto, e nos valer da *ponderação*⁶, ao passo que as *regras*, ao serem aplicadas, nos utilizaremos a *subsunção*, ou seja, enquadrar o fato ao modelo descritivo.

Ao entrarem em conflito, as regras, por não deterem essa flexibilização que é características dos princípios, devera uma “anular” a outra, não sendo possível no caso concreto a aplicação de cada uma.

Devido a essa falta de flexibilidade, fala-se que as regras trazem segurança jurídica, são mais previsíveis, ao passo que, os *princípios*, por serem mais maleáveis, não trariam essa segurança jurídica frente a sua subjetividade, mas por sua vez, garantem um flexibilização maior das normas em busca de um estado ideal de coisas, que em um ordenamento somente composto por regras dificilmente alcançaria.

Por isso fala-se que em um ordenamento jurídico ideal deverão estar em equilíbrio a relação entre as regras e os princípios, nesse sentido os autores supracitados trazem:

Pois bem: ultrapassada a fase de um certo deslumbramento com a redescoberta dos princípios como elementos normativos, o pensamento jurídico tem se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem, tanto na determinação de seu conteúdo quanto no de sua eficácia. A ênfase que se tem dado à teoria dos princípios deve-se, sobretudo, ao fato de ser nova e de apresentar problemas ainda irresolvidos. O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica*- previsibilidade e objetividade das condutas- e os

⁶ Muitas vezes os princípios poderão se chocarem com as regras, ou se chocarem entre eles, e para tanto nos valeremos dos postulados normativos, que segundo Humberto Avila, são “metanormas, ou normas de segundo grau” (Avila, 2005, P.88), uma vez que estes se enquadram no conceito de normas, uma vez que estes dão suporte para a aplicação das demais normas – princípios e regras. Vale ressaltar que no caso concreto, o que se viola é o princípio ou a regra, uma vez que os postulados dão suporte para a sua aplicação.

princípios, com sua flexibilidade, dão margem á realização da *justiça* do caso concreto. (Barroso; Barcellos; 2003. Pág.149).

Assim, fica evidente que a idéia dos princípios esta mais intimamente ligado ao ideal de *justiça*, uma vez que da maior flexibilidade ao aplicador do Direito para que possa adaptar ao caso concreto uma solução “mais justa”, o que geraria um problema de *insegurança* e subjetividade, sendo este o ideal proposto por uma regra, à *segurança*⁷.

3. Princípios orientadores do Novo Código Civil

A lei 10.406/02, que instituiu o Novo Código Civil, entrou em vigor dia 01 de Janeiro de 2003 em nosso ordenamento, após cumprir seu prazo de *vacatio legis*, revogando assim, o Código Civil de 1916⁸, do grande jurista Beviláqua.

O Novo Código Civil veio como um anseio popular pela revisão da principal lei do Direito Privado brasileiro, uma vez que alguns institutos tidos no antigo código estavam ultrapassados e em desacordo com as mudanças trazidas pela sociedade.

A lei civil de 1916 tinha como características um aspecto individualista e patrimonialista, principalmente no que diz respeito as matérias de ordem de Direito de Família, sendo tratado por Pontes de Miranda como o “antepenúltimo código oitocentista”.

Nesse sentido Judith Martins Costa, traz:

⁷ Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos, em tese de doutorado denominada: *Ponderação de normas: alguns parâmetros jurídicos*; traz: *É possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade das regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, á maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livres ás infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao interprete liberdade de adaptar o sentido geral pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, ás peculiaridades da hipótese examinada.* (apud Barroso; Barcelos; 2003, P. 149).

⁸ Até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, o Brasil era regido pelas Ordenações Filipinas.

Foi ao aproximar-se o cinquentenário do Código de Beviláqua que começaram a ser ouvidas, no Brasil, as vozes defensoras de sua revisão. De um lado, os reclamos eram tributários de um movimento que então apenas se esboçavam na Europa, a saber o movimento da decodificação civil, sintetizando, uma década mais tarde, no paradigmático texto de Natalino Irti, *L'età della decodificazione*. De outro lado, não mais era compatível com o *ethos* da sociedade brasileira o individualismo dominante no Código de Beviláqua: “individualismo possessivo” revelador da “lógica proprietária” em matéria de direitos patrimoniais, ao qual corresponde a mais absoluta avareza no tratamento dos valores existenciais ligados à vida civil. A excelência técnica do Código de 1916, unanimemente reconhecida, não mais se mostrava suficiente para justificar a sua permanência. (Martins-Costa; Branco; 2002; Pág.88-89).

Assim devidos a esses anseios buscando a revisão do Código de 1916, foram feitas inúmeras tentativas visando à elaboração de um novo Código Civil, dentre elas Anteprojeto apresentado pelo ilustríssimo Jurista Orlando Gomes.

Entretanto, o ponto alto da nova Codificação Civil, se deu com a nomeação de uma Comissão pelo Dr. José Carlos Moreira, que até então era Procurador da República, e acabou presidida por Miguel Reale, após convite do então Ministro da Justiça Gama e Silva.

Assim com influência direta do professor Reale, tanto do ponto de vista da coordenação, como do ponto de vista ideológico, o novo Código Civil foi incrementado com uma visão culturalista, no sentido de valorizar às questões já enraizadas na sociedade, buscando uma maior modernização dos institutos jurídicos, bem como uma maior adequação da legislação em face de fatos sociais supervenientes, com a adoção de várias cláusulas gerais.

Nesse sentido traz Judith Martins Costa:

Outra diretriz central foi à decisão de não refazer integralmente o Código Civil, não mudar por mudar e tentar preservar tudo o que se pudesse manter, modificando somente o necessário para modernização do direito.

Essa opção metodológica é reveladora de uma das faces do culturalismo, que é a valorização dos bens culturais que são reconhecidos e aceitos por uma dada comunidade. Embora esse comportamento tenha sido taxado de conservador, o culturalismo de Miguel Reale tem esse caráter, cujo resultado é a modificação somente daquelas situações em que há reclamos pela modificação.

Nesse aspecto, a preocupação de Miguel Reale não era a de fazer uma revolução ou de solucionar todos os problemas do Brasil com um novo Código, mas de dotar o ordenamento instrumento normativo que fosse ao mesmo tempo aberto às mudanças, e um conjunto de regras que representasse “a constituição do homem comum”. (Martins-Costa; Branco;2002; Pág.45-46).

Para atingir tais mudanças, o Código Civil de 2002, modificou alguns princípios atrelados ao Código velho, se norteando a partir de novas diretrizes, em busca de uma maior dinâmica nas relações privadas que são, a saber: *princípios da operabilidade, sociabilidade e eticidade*.

Assim, Miguel Reale em texto publicado no Jus Navigandi, trouxe as diretrizes acima descritas:

- A. Preservação do Código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constitui;
- B. Impossibilidade de nos atermos á mera revisão do *Código de Bevilacqua*, dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito;
- C. Alteração geral do Código atual no que se refere a certos *valores* considerados essenciais, tais como o de *eticidade*, de *socialidade* e de *operabilidade*;
- D. Aproveitamento dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas anteriormente, por ilustres juristas, primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o anteprojeto do “Código das Obrigações”; e; depois, por Orlando Gomes e Caio Mario da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de Um Código das Obrigações, contando com a colaboração, neste caso, de Silvio Marcondes, Theóphilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.
- E. Firmar a orientação de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou, que, por sua natureza complexa, envolve problemas e soluções que extrapolam o Código Civil
- F. Dar nova estrutura ao Código, mantendo-se a Parte Geral- conquista preciosa do Direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas- mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações;
- G. Não realizar, propriamente, a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações- de resto já uma realidade operacional no País- em virtude do absolutismo do Código Comercial de 1850 – com a conseqüente inclusão de mais um Livro na Parte Especial, que, de início, se denominou “Atividades Negociais”, e, posteriormente “Direito de Empresa”. (REALE; 2002; Pá2).

Assim, o último princípio citado por Reale em seu texto, o princípio da operabilidade, visou dar maior aplicabilidade às normas jurídicas, concedendo ao aplicador da norma maiores poderes para adequar as mesmas ao caso concreto, por isso se fala em operabilidade da norma, ou seja, uma busca da eficácia concreta da mesma, mas não somente no sentido de sua aplicação, mas também de seu manuseio e utilização.

Essa operabilidade se dá, como visto, com uma maior adoção das chamadas cláusulas gerais, uma vez que as mesmas possibilitam uma maior extensão para a interpretação do julgador, por terem um caráter “vago” podendo ser aplicado de acordo com a necessidade do caso concreto, tendo natureza apenas de orientação, podendo o novo Código ser visto como um sistema aberto.

Nesse sentido Pablo Stolze traz:

Por fim, o *Princípio da Operabilidade* importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades a exigir a tutela jurisdicional.

Nessa linha, privilegiou a normatização por meio de cláusulas gerais, que devem ser colmatadas no caso concreto, merecendo desta, como exemplo, a nova regra de responsabilidade civil incrustada no parágrafo único do art. 927, em que se admite a “obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (Stolze;2008; Pág.52).

Vale fazer a menção que embora muito elogiado este sistema de adoção das cláusulas gerais, existem alguns autores, como Gustavo Tepedino⁹ e Flavio Tartuce, que o critica por ter natureza subjetiva, gerando incertezas e inseguranças, onde a doutrina deve construir conceitos e conteúdos mais objetivos a estas normas.

Assim, traz o autor acima mencionado, ao analisar o projeto do Código Civil de 2002:

Vale-se o Projeto, é bem verdade, candidamente, de algumas poucas cláusulas gerais (particularmente as dos arts. 420 e 421, em tema de função social do contrato e da boa-fé objetiva), as quais, contudo, desassociadas de um conteúdo axiológico preciso acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar.

Percebe-se, nesse passo, com maior evidência, a importância da análise acima conduzida, tomando por empréstimo a obra de Jayme. Torna-se indispensável que o legislador de hoje recorra à técnica narrativa, de algum modo á retórica e aos sentimentos (não subjetivos dele, legislador, mas da sociedade, recolhendo democraticamente os valores predominantes na realidade social), para que determine o conteúdo axiológico das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

⁹ O autor inclusive chega a mencionar o fracasso das cláusulas gerais no sistema italiano e no Código Comercial de 1850, onde as cláusulas gerais obtiveram um significado totalmente diferenciado entre a doutrina e os valores do Código, não obtendo assim, nenhuma eficácia social. “*Confirma-se o entendimento acima lançado pela constatação de que o Código Comercial Brasileiro, já em 1850, em seu art. 131, introduzira o princípio da boa-fé contratual, que, no entanto, teve baixo - ou nenhuma - eficácia social, assim como no próprio BGB, de 1900, sendo certo que no exemplo alemão coube a doutrina elaborar o conteúdo do princípio em sua aplicação prática, ao longo do tempo*” (TEPEDINO;2000; P. 10-11).

Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento. (TEPEDINO; 2000; Pág. 10).

Entretanto tal posicionamento crítico, com o tempo foi se abrandando, onde o autor chegou a elogiar e defender o sistema defendido por Reale, ao perceber que a adoção das cláusulas gerais no Código Civil brasileiro, acaba por dar mais eficácia as normas, além do que possibilita uma maior interpretação da legislação conforme a constituição.

Nesse sentido traz o professor Flavio Tartuce as seguintes considerações sobre a mudança de posicionamento de Tepedino:

De qualquer modo, o que se percebe é que, com tempo, o Professor Gustavo Tepedino acabou se tornando um entusiasta do sistema de cláusulas gerais, até porque esses sistemas abertos servem como *porta de entrada* para os valores constitucionais nas relações particulares, regidas pela autonomia privada. Em artigo mais recente, aduz o Professor Titular da Universidade Estadual do Rio de Janeiro que “Diante da multiplicação de situações trazidas pelas novas tecnologias, muda-se radicalmente a técnica legislativa, valendo-se o legislador de inúmeras cláusulas gerais – as quais permitem ao intérprete amoldar as previsões normativas, tornam-se fundamentais para determinação dos ordenamentos aplicáveis aos casos concretos, cada vez mais inusitados” (TARTUCE; 2010; Pág.103).

Deste modo, conforme exposto anteriormente nesse trabalho, a adoção desta técnica legislativa, para a criação de um sistema jurídico mais aberto, através de cláusulas gerais, possibilita uma busca maior pelo ideal de justiça, dada a sua característica de abstração, entretanto, existem certas limitações a discricionariedade do julgador ao se valer deste recurso, como é o caso das normas constitucionais, que servem de parâmetros e limitador para a aplicação de uma cláusula geral, devendo o sistema buscar essa harmonia.

Por sua vez, o princípio da *sociabilidade*, buscou retirar aquela ideia de individualismo em que era pautado o Código Civil de 1916, característica de códigos oitocentistas, buscando valorizar a coletividade em detrimento do indivíduo.

Exemplo clássico da sociabilidade do Código está descrito no art. 421, onde os contratantes durante a execução do contrato, deverão fazê-lo como forma

de atender a função social que o mesmo tem, bem como no Direito das Coisas, onde a propriedade deverá atender sua função social.

Sobre a sociabilidade Martin Judith Costa faz as seguintes considerações:

A socialização dos modelos jurídicos é uma das características mais marcantes do novo Código e seu significado é o da prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, e da revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional : "o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador" (apud Miguel Reale). (Martins-Costa; Branco; 2002; Pág.49).

E traz ainda:

Se a eticidade está no fundamento das regras civis, dúvidas não há de que o Direito Civil em nossos dias é também marcado pela socialidade, pela situação de suas regras no plano da vida comunitária. A relação entre a dimensão individual e a comunitária do ser humano constitui tema de debate que tem atravessado os séculos, desde, pelo menos, Aristóteles, constituindo, mais propriamente, um problema de filosofia política, por isso devendo ser apanhado pelo Direito posto conforme os valores de nossa – atual - experiência jurídica.

O quadro que hoje se apresenta ao Direito Civil é o da reação ao excessivo individualismo característico da Era codificatória oitocentista que tantos e tão fundos reflexos ainda nos lega. Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar -, é ao Direito Civil que incube transformá-lo em concreto instrumento de ação – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da *solidariedade social*, posta como um dos "objetivos fundamentais da República". (Martins-Costa; Branco;2002; Pág.144).

Por último, e talvez a diretriz mais importante para o presente trabalho, temos o princípio da eticidade.

O princípio da eticidade esta estritamente ligado ao princípio da boa-fé, no qual Miguel Reale trata como "o cerne ou matriz da eticidade", onde se busca alcançar uma maior valoração do ideal de lealdade e boa convivência nas relações privadas.

A eticidade ainda conta com um conteúdo ligado à dignidade da pessoa humana¹⁰, e na busca mais efetiva, não de um princípio, mas sim de um

¹⁰ Nesse sentido, André Soares Hentz " O princípio da eticidade tem por escopo valorizar o ser humano na sociedade, o que se dá mediante a efetivação dos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana. Alexandre dos Santos Cunha defende que o referido, apesar de inserido na Constituição Federal, é, pela sua origem e pela sua concretização, um instituto de direito

ideal de justiça pelo aplicador do direito, uma vez que o legislador adotou a cláusula geral da boa fé, não somente nas relações contratuais, mas em todas as relações da vida civil ao trazer sua previsão no art.187 do CC, descrevendo que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela *boa-fé* (grifo nosso) ou pelos bons costumes”.

Assim, o código ao adotar o sistema de cláusulas gerais, principalmente os da função social e da boa-fé, e não as restringindo somente às práticas negociais, mas tornando seu alcance amplo em todas as relações jurídicas possíveis, possibilitou que possamos analisar o direito privado, hoje, ante uma perspectiva constitucional, e uma análise a partir de seus princípios, onde se busca uma maior valorização dos valores dos seres humanos e seus direitos fundamentais, principalmente no que tange a dignidade da pessoa humana, sendo este processo, uma característica inerente de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido traz Fiuza, citado em artigo publicado por Juliana Evangelista de Almeida:

Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada.

[...]

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer.

[...]

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvidas, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir dela, da Constituição que, se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático. (Almeida, apud Fiuza;2010).

Portanto, verifica-se que não pode mais um indivíduo, ao exercer um direito, o fazer de forma a atender somente seus interesses fundado em valores individualistas e egoísticos, mas sim o fazer, de forma a atingir os valores estruturantes da Boa- Fé e função social desses direitos, ante a uma perspectiva

privado” HENTZ, ANDRE SOARES. *Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1247, 30 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9221>>. Acesso em: 18 ago. 2011.)

constitucional-civil, como forma de promover uma valorização da coletividade, bem como o da dignidade da pessoa humana.

4. O Princípio da Boa Fé e os Contratos.

4.1 Considerações iniciais sobre os contratos.

Antes de iniciarmos o estudo propriamente dito do princípio da boa-fé nos contratos, faz-se necessário traçar breves considerações acerca deste instituto que pode ser considerado um dos mais antigos da sociedade.

Como sabemos, os contratos são fontes obrigacionais, por eles que buscamos regular nossas relações e obrigações diariamente, onde podemos vislumbrar sua atuação em quase todos os aspectos de nossas vidas, sendo utilizado inclusive para explicar o papel e atuação do Estado, com filósofos como Rousseau.

Os contratos podem ser definidos, classicamente, como negócios jurídicos, que são espécies de atos jurídicos¹¹, onde as partes da relação, com vontade de celebrar um acordo (*finalidade contratual*), *extinguem, criam e modificam direitos e obrigações*.

Nesse sentido, Cesar Fiúza¹² traz as considerações sobre o contrato:

É, portanto, na convenção calcada numa necessidade, que devemos buscar o conceito de contrato. Mas não em qualquer convenção, e sim naquela conforme à lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Em outras palavras, é na convenção, motivada pela necessidade, com finalidade de produzir efeitos jurídicos os mais complexos e dinâmicos, que se situam os contratos (Fiúza; 2010; Pág.1).

¹¹ Ato jurídico são atos provocados pela vontade humana e relativas a mesma.

¹² FIUZA, CÉSAR. *Por uma redefinição da contratualidade*. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1711. Acesso em 01/07/2010

E finaliza:

Convenção para todo efeito, é o encontro de duas ou mais pessoas, que convergem sua atuação para um objetivo comum. Assim, quando uma pessoa necessita comprar e a outra necessita vender um objeto, se ambas convergirem para um acerto entre elas, haverá convenção e, portanto, contrato. Dizer simplesmente que os contratos são fruto de um acordo de vontades é dizer muito pouco, além de se correr o risco de se descambar para um voluntarismo oitocentista cego, que vê o contrato como um mero fenômeno da vontade [...] (Fiuza; 2010; Pág.1).

Percebe-se, portanto, que a idéia de negócio jurídico esta intimamente ligada à vontade humana, mais especificamente a vontade dos contratantes, e sua liberdade de contratar. Esta concepção clássica surge com base na criação do Estado Liberal, e dos ideais do individualismo de Kant, colocando a vontade do individuo como o centro das relações jurídicas e contratuais.

Assim, a intervenção estatal nas relações privadas, foi afastada, onde as partes tinham ampla liberdade para contratar, onde as cláusulas contratadas tinham condão de normas imperativas, devendo ser seguidas pelas partes, mesmo que pudesse causar a ruína de um dos contratantes, em nítida valorização do *pacta sunt servanda*, onde a lei apenas trazia algumas formalidades para sua validação.

Entretanto, destaca-se que o contrato, por ser um instituto, acima de tudo, com papel socioeconômico, não poderia deixar de sofrer influências das mudanças que iriam vir a ocorrer na sociedade, onde após a revolução industrial e com a migração de indivíduos para os grandes centros, tivemos um processo de urbanização e acumulo de capitais, que por sua vez desencadeou um processo de globalização e novas necessidades de práticas comerciais, nunca antes vista na sociedade, onde ocorre uma *massificação contratual*.

Assim a concepção clássica de contrato começa a tornar-se obsoleta ante a nova realidade vivenciada pela sociedade, as pessoas cada vez menos deixavam de discutir os termos e cláusulas de um contrato, e passou-se a perceber que os contratos não tem como função, apenas regulamentar interesses particulares, mas, também devem estar ligados a interesses coletivos, falando-se

assim em, não somente em uma função social dos contratos, mas também, uma *função econômica dos mesmos*¹³.

Nesse sentido Enzo Roppo traz:

(...). Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos- e entre eles, em primeiro lugar, o de contrato- refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a *realidade econômico-social* que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde que se fale de “contrato” (o qual, nessa seqüência, já se nos não afigura identificável como um conceito pura e exclusivamente jurídico) (ROPPO, ENZO; 2009; Pág.7).

Portanto, não somente o conceito de contrato veio se modificando, mas também as bases principiológicas do mesmo, onde a noção de que os contratantes estavam em pé de igualdade e detinham liberdade de contratar foram mitigados, frente à possibilidade de buscar uma maior justiça nessa relação contratual e atingir interesses coletivos, com uma maior intervenção estatal na relação negocial, que fica caracterizado o dirigismo contratual. Começa-se então a falar na função social do contrato e se dar mais destaque a boa-fé nas relações contratuais.

Exemplos dessa busca do legislador em adequar os contratos a sua nova realidade, se da pela criação dos chamados “Microsistemas”, como o Código de Defesa do Consumidor, que visa “angularizar” as relações jurídicas entre as partes em um contrato de consumo, deixando o consumidor, que em regra é a parte vulnerável da relação, em “pé de igualdade” com o fornecedor.

Assim, a partir do ponto que se deu maior importância a estes princípios, o contrato, pode ser definido, em um aspecto mais moderno, como o negócio jurídico, em que as partes com finalidade contratual, criam extinguem e modificam obrigações, buscando a cooperação entre as mesmas, como forma de atingir as necessidades coletivas e promover a justiça e a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido traz Cesar Fiuza, no artigo acima citado:

¹³ Paulo Fiuza, em artigo citado anteriormente, trás as três funções primordiais dos contratos, que são a saber; a) econômica; b) pedagógica; c) função social

(...) Diante de tudo isso, não se pode definitivamente definir contrato como simples acordo de vontades. Não é no acordo de vontades que se assenta uma moderna definição do fenômeno da contratualidade.

Assim, podemos dizer que o contrato é **ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e social-econômica, que cria, modifica, ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que em regime de cooperação, visam atender necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana** (Fiuza;2010; Pág. 7).

Por sua vez, não podemos esquecer que os contratos apresentam caráter extremamente dinâmico, sofrendo modificações e alterações com o decorrer com o tempo, devendo sempre estarmos atento a esta necessidade de mudança e uma busca maior a sua adequação frente aos anseios da sociedade moderna.

Passaremos agora, a estudar de forma mais aprofundada o Princípio da Boa-Fé propriamente dito, e sua aplicação frente aos contratos.

4.2 Do Princípio da Boa-fé e sua evolução histórica

Assim como grande parte dos institutos presentes no nosso ordenamento jurídico atual, a noção da boa-fé – ou *bona fides* ou *fides*- e sua aplicação ao Direito, tem embasamento histórico no sistema romano. Vale destacar que ao lado do sistema romano, outros sistemas influenciaram a boa-fé e sua aplicação nos sistemas modernos, que é o sistema francês e alemão. (Rosenvald; 2005; Pág.75)

A boa-fé tem, na Lei das Doze Tábuas,¹⁴ sua primeira previsão, onde trazia *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*, estando presente, principalmente, em três espécies de relação; a) clientela; b) posse; c) contratos.

¹⁴ Existem autores que trazem que a tal instituto é ainda mais antigo, remontando aos primórdios da fundação de Roma, quando ainda nem existia o instituto da clientela. “A noção de boa-fé no direito provém do mundo romano, registrado já a lei das Doze Tábuas (...). Contudo historiadores indicam a sua maior anciandade, uma vez que a mesma norma estaria ligada, segundo tradição recolhida por Dionísio de Halicarnasso, à própria fundação de Roma, o que equivale a dizer que é tão antiga quanto a instituição da clientela, embora aí esteja registrada pelo seu valor antinômico- *fraus*, e não *fides*.” (COSTA, JUDITH MARTINS. *A boa-fé no Direito Privado*. 1ª Ed., 2ª tir.: São Paulo: RT, 2000. Pag. 111).

No período da primitiva organização de Roma, a sociedade se estruturava em diferentes classes, os patrícios, clientes e plebeus, onde estes últimos viviam as margens das cidades, não sendo considerados cidadãos romanos, onde a princípio não detiveram direitos políticos e civis.

Por sua vez os patrícios eram considerados os aristocratas romanos, fazendo parte da nobreza romana, detentores do título de cidadão romano, sendo-lhes possível o ingresso a diversos cargos de renome e importância na sociedade romana. Ao lado de cada família patrícia, poder-se-ia ter uma relação de clientela com outros cidadão, ou seja, o patrício, denominado patrão ou chefe, concedia aos clientes a possibilidade de ingressar em sua família, adquirindo o *nomem gentilium*, além de poder fornecer-lhes terras para que possam trabalhar, e assumir sua defesa em questões judiciais, tendo portanto uma relação de assistência para com os clientes. Por sua vez, estes últimos, deviam ao patrão respeito e lealdade, onde por exemplo, deveria auxiliar o patrão nos afazeres diários, ajudando-o em guerras, sendo que o descumprimento desses deveres ensejaria a morte de quem os desse causa. Percebe-se, portanto, que o fundamento da *fides* esta estritamente fundamentalmente ligada à natureza da relação entre patrício e cliente, tendo, segundo Menezes de Cordeiro, a *fides poder por porte* do patrício e a *fides promessa*, por parte do cliente:

Importante para a evolução posterior foi o facto de, no entendimento mais divulgado; a *fides*-poder não relevar directamente para o Direito, na fase inicial. Nas palavras de Heinze, o *cliens* não teria qualquer pretensão contra o patrão, confiando apenas em que a ligação moral fosse suficiente para impor o respeito pela sua situação. A qualificação de “moral” atribuída á *fides*-poder do patrão, tem, como se viu, suscitado críticas. Pode, contudo, aceitar-se como hipótese explicativa, com precisão seguinte: a *fides* seria moral, não no sentido da Moral abstracta individual ou da Moral humana, mas no de não ter outras regras do que as advenientes dos *mores*. A sua violação relevava não da jurisdição do pretor, mas da do censor.

Derivada da atenuação evolutiva do *dominum esclavagista*, em certas áreas sociais, a *fides*-poder não ficaria historicamente estacionária. No princípio, apesar de não ser escravo, o *cliens* sujeitava-se a um poder discricionário do *patronus*. Esse poder não conhecia uma regulamentação jurídica, mas, tão só, uma autolimitação tutelada por outras ordens sociais. Desde logo, porém, na leitura de LOMBARDI, o facto de a sujeição à *fides*-poder ter, na sua base, um acto que, não sendo propriamente contratual, implicava, contudo, a participação do sujeito, daria uma nota de voluntariedade á situação. (...)

A *fides*-promessa conheceria por seu turno, uma linha evolutiva diversa. Tendo surgido como mera exteriorização formal da submissão à *fides*-poder, a *fides*-promessa dotar-se-ia de várias conotações, podendo sintetizar-se como acto promissório de garantia e de sujeição. (...) (Cordeiro; 2001; Pág. 62-63).

Por sua vez Judith Martins Costa traz:

Nascida com o mundo romano, a idéia de *fides* recebeu, neste, notável expansão e largo espectro de significados, que variarão conforme as influências filosóficas recebidas pelos juristas romanos e consoante o campo do direito onde instalada. Para o que aqui concerne, importa, contudo registrar apenas três dos setores aos quais se dirigiu, quais sejam o das relações de clientela, o dos negócios contratuais e da proteção possessória: o primeiro, porque lhe marca a mais remota origem; o segundo, incidente no direito obrigacional; e o terceiro, nos direitos reais.

Como é por todos sabido, as relações de clientela implicavam a existência de deveres de lealdade e obediência por parte do *cliens* e, troca da proteção que lhe era dada pelo cidadão. Traduzindo a relação entre pessoas juridicamente desiguais, o cidadão livre (patrício) e o cliente, as relações de clientela são denominadas pela *fides*, compreendida tanto como poder do patrão (poder de direção) e dever do cliens (dever de obediência), quanto sob a forma de *promessa de proteção*. (Martins-Costa;2000; Pág. 111-112).

Por sua vez, a boa-fé nos institutos possessórios ganhava importância com a usucapião, em seu aspecto subjetivo, ou seja, representava um estado de ignorância por parte do possuidor sobre a existência de um vício relativo a sua posse, constituindo mero requisito para a caracterização do instituto, sem força normativa. Assim, Menezes de Cordeiro, em seu livro *Da Boa Fé no direito civil*, traz que a boa-fé *não projetava quaisquer normas jurídicas, sendo apenas um elemento fático extrajurídico.* (Cordeiro, 2001, Pag.107).

Ainda, no campo dos contratos, o principal documento que traz a expressão *fides*, se deu no tratado celebrado entre Roma e a cidade estado fenícia, Cartago, em face da Primeira Guerra Púnica, onde ambos travavam disputas para o controle do mar mediterrâneo, e do controle comercial sobre Sicília, dividido até então entre ambas as nações.

Por este tratado, os Estados protegeriam os negócios jurídicos privados, em suas respectivas áreas de controle, sejam eles celebrados por cidadãos de Roma ou de Cartago, com fundamento na *publica fides*, ou fé pública, ou seja, o cidadão romano que estipulasse contrato em local de influência de Cartago, teria proteção frente às leis deste.

Portanto, percebe-se que a *fides* adquire um papel de garantia frente ao que fora contratado, principalmente no que diz respeito aos contratos

consensuais ¹⁵, tendo em vista que a *actio* somente poderia ser proposta frente a alguns requisitos formais contidos no negócio jurídico. Assim, percebe-se que a *fides* aqui presente, começa a se diferenciar da *fides* da clientela, começando a ser tratada como *bona fides*, uma vez que passa a tratar de regra de comportamento, tendo em vista o *ius gentium*, ou seja, as regras e acordos aplicados com base nos usos e costumes.

Martin Judith Costa de forma clara explica esta evolução:

Para entender o significado que a conotação da *fides* à idéia de garantia adquire na esfera das relações negociais, diz Frezza, importa referir que os valores conotados à expressão estavam situados, primitivamente, no campo das relações que o Estado não podia proteger processualmente, porque despida da veste formal que ensejava a possibilidade da *actio*, formalidade á qual era emprestado o caráter de juridicidade. Este campo vem demarcado, de maneira especial, pelos contratos consensuais (entre os quais a compra e venda e, posteriormente, a locação e a sociedade), os quais, em exceção à regra geral, não fundamentavam a sua validade na observância de uma fórmula. (...) Com efeito, os contratos consensuais eram, por sua mais remota origem, *ius gentium*, só entrando no ordenamento jurídico romano quando os negócios realizados por estrangeiros passam a ter a tutela do tribunal especial (*praetor peregrinos*) independentemente da existência de uma proteção *ex foedere* (como, exemplificativamente, o Tratado Roma-Cartago) ou da proteção assegurada por um *hospes*

A difusão destes negócios no ordenamento romano e a própria inexistência da formalidade conduz a que, aqui, a *fides* já não se apresente – como nas relações de clientela e nos contratos formais – como *fit quod dicitur*, mas como uma *fides* não-formal. Seu moto, anota percucientemente Frezza, “poderia ser: *age quod agis*, isto é, informa o teu comportamento àquele desenho de ação ao qual tu e a tua contraparte consentiram”. A esta *fides* é que vem agregado o qualificativo “bona”. (Martins-Costa,2000, pag. 114-115).

Portanto, o *fides*, não mais conseguia alcançar em plenitude as necessidades presentes nos contratos, principalmente no que diz respeito aos contratos consensuais, isso por que tais contratos, como visto, vieram da prática mercantil, que em sua essência eram despídos de forma, forma esta, que era requisito para a validade dos negócios jurídicos em Roma, na antiguidade, tendo em vista, que a sociedade naqueles tempos eram cercada por um aspecto de cultura do místico, onde para que o contrato valesse, ter-se-ia que ser analisado por um tribunal, para então produzir seus efeitos, diferentemente dos consensuais, que se justificavam em si mesmo, tendo em vista os interesses econômicos ali presentes, que por sua vez, já garantiam a proteção para seu adimplemento. Assim Nelson Rosenvald explica:

¹⁵ Que eram a saber, compra e venda, locação, sociedade e o mandato

O *jus gentium*, baseado nos usos e costumes comerciais, representou o campo propício ao incremento da boa-fé, pois nas relações informais era fundamental a lealdade à palavra empenhada. Com a substituição do fundamento de validade das relações contratuais da forma para o consentimento é que verdadeiramente a *fides* passa a ser qualificada como *fides bona* (Rosenvald;2005; Pág.76).

Assim a *bona fide*, surge como um elemento objetivo do contrato, onde produzia efeitos de responsabilidade dos contratantes, bem como de estruturação contratual, sendo posteriormente recebido pelos *ius civilis*, tendo surgido assim, a *iudicia bona fide*.

O surgimento de tal instituto traz ainda algumas dúvidas e discussões doutrinárias sobre o assunto¹⁶. Como se sabe, o Direito Romano, em sua essência era formal, ou seja, típico, em que não se baseava no direito das partes propriamente ditas, mas sim, em ações, ou segundo Judith Martins Costa: “A jurisdição não se fundava no reconhecimento abstrato de situações subjetivas, mas na atribuição concreta de ações” (Costa,2001, Pag. 118). Portanto, todo direito estava tipificado com formulas descritas, que eram indicadas pelos jurisconsultos aos interessados.

Com isso, as formulas poderiam se evidenciar de duas maneiras: as que tivessem fundamento, ou pretensão na *lex*, ou *ius civiles*, seria denominada *actio civilis* – *actio in ius conceptae* por sua vez aquelas que se fundassem *in factum conceptae*, ou seja em certos fatos, seriam denominadas *actiones honorariae* – *actiones in factum conceptae* que se fundavam no *imperium* do pretor.¹⁷

A *iudicia bona fide*, conforme explica a autora acima citada, “consistia em um procedimento perante o juiz no qual o demandante apresentava uma fórmula especial – embora postulando *actiones in ius conceptae*- na qual, não podendo demonstrar uma *intentio* baseada na *lex*, a fundava na *fides*, ordenando então o pretor que o juiz sentenciasse conforme os ditados da boa-fé”,(Costa,2001,Pag.120) sendo tal procedimento denominado *oportet*, uma vez que se baseava na *fides bona*, e não no texto legal, sendo carente da *demonstratio*.

Assim, através dessa formula, era dado ao juiz possibilidade de julgar cada caso de acordo com o situações ali presentes, não se sujeitando somente ao

¹⁶ Sobre tais divergências, doutrinarias Vide Menezes Cordeiro, *Da boa-fé...* Pag.91-99.

¹⁷ Idem, pag.120.

fato central do litígio, mas também a aspectos secundários ao mesmo, trazendo assim, o aspecto objetivo da boa-fé, que segundo Nelson Rosenvald, seria possível “aferir a proximidade entre os *iudicia bonae fidei* e o princípio da boa-fé objetiva do direito das obrigações como espécie de cláusula geral a ser atuada pelo magistrado diante do caso concreto” (Rosenvald ,2005, Pag.76). Por sua vez, Martin Judith Costa, é precisa ao trazer:

(...) Esta formula especial, denominada *oportet ex fides bona*, era alegada pelos *bonae fidei iudicia*, isto é, os que, postulando *actiones in ius conceptae*, não tinham uma *intentio* baseada em texto expreso de lei, mas apenas na alegação da *fides bona*. Era, pois, uma “*intentio*” que recaía sobre um “*incertum*”, *carecendo, pois, da “demonstratio”, a parte da fórmula na qual se explicava o assunto objeto da demanda*. Martins – Costa, 2000, pag. 120 – 121 *Apud* GAIO. *Institutiones*).

E traz ainda:

O que é importante ai sublinhar é que, pela fórmula, era *conferido ao juiz um especial mandato ou poder para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas*. O estudo do romantista Kruger, citado por Lorenzo Fascione e por Menezes Cordeiro, que vincula a *fides bona* ao papel de fonte de criação de deveres de cumprimento, também acena a esta acepção da boa-fé o papel de fonte de exigibilidade judicial dos deveres

Configura-se, assim, a boa-fé como um *expediente técnico preciso*, que permitia ao juiz decidir certos casos tendo em conta não apenas a ocorrência do fato central apresentado pela parte, mas ainda, outros fatos ligados ao litígio. *Boa-fé em sentido objetivo*, portanto, expurgada da conotação moral que poderia advir de uma significação filosófica do termo (Martins-Costa; 2000; Pág.122).

Vários fatores por sua vez, levaram o *fides bona*, no campo negocial modificar-se no decorrer do tempo, não tendo o mesmo significado presente no período antigo de Roma como norma comportamental. Judith Martin Costa, e Menezes de Cordeiro atribuem a este evento, uma série de fenômenos sociais, dentre os principais destacam; a) o fenômeno da *diluição* em seu aspecto *horizantal e vertical*¹⁸, mediante alguns acontecimentos sociais, como da

¹⁸ Segundo Menezes de Cordeiro, a diluição ocorre em duas situações, a *horizontal*, que ocorre quando um instituto passa a ser utilizado para a estruturação de outro instituto e, a *vertical*, que ocorre quando a qualidade de um instituto passa a se misturar com princípios do Direito. Na compilação justinianeia, a boa-fé é um conceito diluído. Antecipando noções: um conceito diz-se diluído quando, nos mesmos períodos histórico e ordem jurídica, seja repetidamente utilizado para traduzir situações jurídicas diferentes e, ainda, para expressar princípios gerais, sem separação clara de outros princípios; está em toda parte e, quando isolado, pouco quer dizer (...) Assim, criada pelo pretor a *fides bona* constituía inicialmente, o expediente técnico para mandar ao juiz decidir certas causas tendo em conta, não apenas a ocorrência eventual do facto central, apresentado como *causa petendi*, mas ainda outros factos conexonados com o litígio; entretanto, o aperfeiçoamento

vulgarização do Direito Romano antigo; b) influencia da cultura grega em Roma, principalmente quanto à escola da retórica e a filosofia estóica. Passando portanto a *bona fides* a ficar “reduzida a um tópico formal, miscegenizado com outras referencias similares e, igualmente, privadas de conteúdo.”(Cordeiro; 2001;Pág.146).

Avançando na historia, temos o direito canônico. A boa-fé canônica traduz-se como uma ausência de pecado, uma vez que se passa a analisar tal instituto com uma carga de ética e axiológica mais evidente, tendo em vista que as condutas dos homens deveriam estar de acordo com a lei divina.

Percebe-se, portanto aqui, a diferença existente entre a boa-fé canônica e a romana. Esta ultima se referia à boa-fé em um aspecto mais técnico, voltado aos institutos da posse e obrigações, sendo que por sua vez, no direito canônico, houve uma junção destes conceitos que veio a ser dotado de uma carga ética, de acordo com os valores cristãos:

No âmbito do direito canônico a boa-fé estava, pois, referenciada ao pecado, e este é um ponto pleno de significados. É que enquanto o direito romano, considerando a *dimensão técnica* da boa-fé, promoveu a sua bipartição – consoante aplicada às obrigações ou à posse-, o direito canônico operou a sua *unificação conceptual* sob o signo da referencia ao pecado, o que equivale a dizer da ausência de pecado, situando-a em uma *dimensão ética e axiológica* compatível com o sentido geral do direito canônico (Martins-Costa; 2000; Pág.130).

No que concerne as obrigações, a boa-fé assume importância nos chamados *nuda pacta*, ou seja, nos contratos celebrados consensualmente - e sua legitimação¹⁹ - que são aqueles que bastavam a mera manifestação de vontade para se aperfeiçoarem. Como visto, o direito canônico vê a mentira como um pecado, e portanto, tudo aquilo que foi contratado, e falado, deve ser cumprido, sob pena de descumprir a lei divina, podendo aquele que sofreu com o descumprimento da outra parte, ficar descabido de realizar as suas obrigações, constituindo portanto, *força*

registrado, durante o período clássico, na usucapião, requereu a nomeação de uma realidade nova, apurada como requisito – o estado psicológico de ignorância, por parte do beneficiário- tendo, para o efeito, sido usada a *bona fides* (difusão horizontal); finalmente, a evolução do *bonum et aequum* e da *equitas* leva-los-ia, de expressões técnicas, a princípios de grande extensão, acabando por mesclá-los com a *bona fides* que, a partir de então, traduz também, “justiça”, “honestidade” e “lealdade”. (difusão vertical)”. (Menezes Cordeiro, 2001, pag.128).

¹⁹ “Outro aspecto da *bona fides* canônica, com a maior relevância para a determinação da sua natureza, estaria na legitimação dos *nuda pacta*. Na leitura de RUFFINI, os acordos meramente consensuais não obrigariam, no Direito romano. No direito canônico, a aplicação da boa-fé teria levado à instituição do princípio inverso. (Menezes Cordeiro,2001,Pag.153).

*liberatória*²⁰, passando portanto, a boa-fé, a constituir um *principio orientador das relações obrigacionais*, com a influência dos pensamentos humanistas:

No que concerne ao direito das obrigações, a sua generalização e a inexistência de um papel especificamente técnico-jurídico, conseqüente á diluição do seu significado na *aequitas*, torna-lá-a categoria vazia de qualquer conteúdo substancial. Já no que respeita à prescrição aquisitiva, a boa-fé subjetiva-se: torna-se estado de ciência individual, requerendo não apenas a mera ignorância, como no direito romano, mas a *consciência íntima e subjetiva da ausência de pecado*, isto é, de se estar agindo corretamente, de não estar lesando regra jurídica ou direito de outrem, como ocorre, aliás, também no casamento putativo, outra matéria em que as codificações da segunda e terceira sistemática receberam forte influxo do direito canônico. Diluído o primeiro significado, e fortalecido o segundo, aparece a boa-fé unificada como *principio geral*.

Nesta ambiência, as agora travestidas categorias do direito romano e as dimensões axiológicas do direito canônico, amalgamadas pela cultura do humanismo, proporcionaram o rumo da especial significação atribuída à boa-fé como *principio geral ordenador da matéria obrigacional*, lançando as bases do edifício que, retomado no jusracionalismo só estará completo nos albores do século XX (Martins-Costa; 2000; Pág. 130-131).

O humanismo foi o principal movimento surgido na Idade Média, uma vez que buscou trazer inovações ao campo das ciências sociais, colocando o homem no centro do Universo, que culminaram nos valores que ensejaram o renascimento. Tal movimento também inovou no campo das ciências jurídicas, uma vez que até então, o Direito ficara restrito as leituras dos textos dos glosadores, e os comentários relativos aos mesmos, sem espaço para novas acepções²¹.

Assim o humanismo auxiliou na ciência jurídica trazendo uma nova forma de se enxergar o Direito, ate então elaborado pelos textos romanos, onde os “humanistas ofereceram a posteridade uma renovação metodológica, e não um verdadeiro espaço de elementos jurídicos novos. A sua atenção virar-se-ia, assim para a pedagogia.” (Cordeiro, 2001, Pag.193).

Se viu pelos humanistas, por sua vez, uma necessidade de se criar uma sistemática, ou, um sistema²², que segundo Kant, consiste “a unidade de

²⁰ COSTA MARTINS, Judith, *A boa-fé no Direito Privado...*, pag.129.

²¹ Cordeiro, Menezes; *Da Boa-fé...* Pag.189

²² Os sistemas por sua vez, conforme bem explica Menezes Cordeiro, divide-se em sistema interno e externo, que consistem em “unidade intrínseca conferida a uma realidade pelas suas próprias concatenações ônticas e exposição ordenada de conhecimentos, em função de idéias-chaves ou de princípios” (Cordeiro, 2001, Pag. 194), respectivamente, tendo na história o sistema interno ter inicialmente se desenvolvido mais que o externo, sendo amplamente utilizado no Direito romano, ao

conhecimentos variados sob uma idéia”²³, ou seja, de forma simples, seria ordenar os conhecimentos de acordo com algumas diretrizes, ou princípios. A sistemática introduzida pelos humanistas, por sua vez, ficou carecida de alguns preceitos, motivo pelo qual acabou por recair em alguns erros do passado, que foram possíveis suprimir com os pensamentos fornecidos pelo jusracionalismo, no qual foi trazido por Menezes Cordeiro, como a segunda sistemática:

A necessidade de sistematizar, sentida pelos humanistas, foi ditada por considerados teórico-filosóficos e, nessa medida, científicos. Não estava, porém, ainda disponível um desenvolvimento abstracto suficiente para guiar a sistematização em si e que, mais tarde, viria a ser fornecido pelo jusracionalismo. A ordenação encontrada obedeceu, por isso, a lugares-comuns da antiguidade, a correspondência lingüísticas e a conexões curtas e elementares. Trata-se de uma sistemática empírica que, aceitando elementos exteriores dispersos parte destes para a estrutura. Pode, pois, falar-se em sistemática periférica.

Com as limitações que se adivinham, a sistemática dos humanistas foi importante: quebrou a inércia da ligação estrita aos tópicos dos *Digestas* e iniciou a posteridade na busca de soluções novas. Merece o nome de primeira sistemática. (Cordeiro; 2001; Pág. 196).

Avançando no tempo, temos o surgimento do Código de Napoleão, ou o *Code*, que foi o ápice da evolução trazida inicialmente pelos glosadores e posteriormente pelos movimentos do humanismo – primeira sistemática- e jusracionalismo²⁴ –segunda sistemática-, sendo considerado o primeiro código moderno.

O Código Napoleônico surgiu, segundo explica Menezes Cordeiro, em meio a uma série de questões críticas vivenciadas pela França e Europa que acabaram por influenciar a sua criação²⁵. O autor cita entre estas questões a problemática envolvendo a busca de uma unificação das fontes jurídicas vividas pela França, que se dividia em duas áreas, ao Norte- Direito costumeiro- e ao Sul- Direito

trazer soluções iguais para situações idênticas, e respostas diferentes para situações diferentes de acordo com suas diferenças.

²³ Cordeiro, Menezes; *Da boa-fe...*Pag.194..Apud Kant; *Kritik der reinen Vernunft*

²⁴ O jusracionalismo em sua concepção clássica – com base em leis divinas- surge como uma doutrina voltada ao Direito natural e suas normas. Entretanto os jusracionalistas acrescentam as normas de Direito natural, a idéia da *razão*, e segundo Judith Martins-Costa, “o jusnaturalismo foi a forma ideológica adotada pelo humanismo ao transmutar os princípios do direito natural, conhecido no Ocidente pelo menos desde Aristóteles, assumindo-os como consubstanciais ao homem e à sociedade e mediando-os pelos critérios da *razão*, a qual teria a força de, por si e isoladamente, reformar o mundo” (Martins-Costa, 2001, Pág.128).

²⁵ Cordeiro, Menezes; *Da Boa-fé...* Pág. 228)

escrito, que segundo explica o autor, não era uma disputa entre Direito Consuetudinário e legislado:

O problema da unificação das fontes era, em primeira linha, um problema francês. A França encontrava-se dividida em duas zonas jurídicas, correspondentes, aliás, a áreas lingüísticas: O Norte, de Direito costumeiro e o Sul, de Direito escrito. Não obstante as designações, não está em causa uma contraposição entre Direito consuetudinário e Direito legislado. Os costumes, expressões das práticas consagradas nos órgãos judiciais- os parlamentos- haviam sido redigidos, desde o séc. xv e, mercê da recepção - cientificação, transbordava Direito romano. O Direito escrito era, simplesmente, Direito romano. Sobre o conjunto, e com vocação para a universalidade, surgiram, a partir de Luís XIV, ordenações que regulavam aspectos privados diversos e que, também elas, preparadas por juristas de formação romanística, veiculavam Direito romano. Existia de facto, um problema de unificação das fontes, agravado pela multiplicidade dos costumes e pela presença, ainda que em declínio, do Direito canônico. Mas esse problema não traduzia uma verdadeira oposição entre ordens jurídicas diferentes mas, tão só, uma multiplicação de fontes formais.(Cordeiro;2001;Pág. 229).

Outra questão apontada pelo autor se encontrava no problema pela busca por uma ordem jurídica devidamente estruturada e unificada em seus preceitos e conceitos, que seria problema da sistemática, que aparentemente seria algo simples hoje, para a realidade social da época era algo dificilmente alcançável.

Por último, o autor cita que o *Code*, veio como forma de buscar adequar as normas jurídicas as novas realidades sociais e filosóficas que eram vivenciadas na França, uma vez que a feitura da codificação foi posterior a movimentos iluministas como as revoluções constitucionalistas²⁶, Declaração de Direitos e revolução francesa²⁷, bem como o código deveria estar de acordo com a nova estrutura social que se formava, com o surgimento das classes burguesas²⁸.

²⁶ A constituição de 1791, traz em seu dispositivo “ *Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume*” – Será feito um código de leis civis comuns a todo o Reino (Costa, 2000, Pag.186).

²⁷ Menezes Cordeiro, traz por sua vez, que embora o Código Civil de Napoleão significou para época um avanço do ponto de vista da codificação, em seus institutos, muito deixou a desejar, apresentando retrocessos em algumas áreas. “O Código de Napoleão traduz apenas o ponto culminante da evolução que iniciada com os comentaristas e renovada pelo humanismo e pela primeira sistemática, seria inflectida e conduzida, em termos definitivos, pelo jusracionalismo. Não há, entre a doutrina pré-revolucionária e o Código, quaisquer quebras ou, sequer, evoluções significativas” (Cordeiro, 2001, Pag.226). O autor ainda traz: “O Código de Napoleão, expoente máximo da segunda sistemática, tende , apenas por ter surgido na seqüência da Revolução Francesa e no dealbar da Revolução Industrial, a ser considerado como um produto também revolucionário, cheio de intenções em relação á burguesia que se anunciava e transbordando idealismo liberal burguês” (Cordeiro, 2001, Pag.231).

²⁸ Por isso muito se fala que o *Code* pode ser considerado uma codificação burguesa, uma vez que os idéias de igualdade e liberdade, que foram as bandeiras dos movimentos iluministas, e devidamente registrados em alguns institutos presentes no código, possibilitaram, conforme explica Judith Martins Costa, uma maior *liberdade de iniciativa*, por parte da classe emergente. “ O poder econômico em expansão coage a burguesia a buscar acesso também ao poder político, a obter para si um “estado” e não ter mais que suportar a carga dos estamentos superiores. A liberdade é a *liberdade de iniciativa* da classe emergente, a qual se expressa pela *vontade*, fonte geradora dos

Portanto o Código de Napoleão veio dotado de dogmáticas presentes nesses movimentos, dentre eles, principalmente a dos ideais de *liberdade e igualdade*, assim, não poderia diferente o ocorrido no campo dos contratos, que teve reconhecido seu papel de destaque nessa busca da nova classe emergente por mais liberdade e, “como expressão da vontade individual, núcleo basilar dos mecanismos da vida jurídica e econômica” (Costa, 2001, Pag.180), que por sua vez viria influenciar a visão acerca do instituto da boa-fé e sua aplicação na ótica contratual.

O art. 1134 do *Code* traz:

*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi*²⁹.

Percebe-se, em um primeiro momento, analisando a primeira parte deste dispositivo, o poder de liberdade que tinham os contratantes ao celebrarem os contratos, sendo atribuídos as convenções por eles celebradas, desde que *legalmente formadas*³⁰, força de lei, evidenciando a idéia da autonomia de vontade das partes.

Por sua vez, a segunda parte do dispositivo citado, que traz a previsão do instituto da boa-fé objetiva, não logrou tantos resultados na codificação francesa. Vale destacar que a doutrina civilista francesa, a partir de 1804, com o *Code*, foi amplamente influenciada pela referida codificação, o que não poderia ser diferente, tendo em vista a sua importância metodológica para a época, de ser o primeiro código moderno, dotado de uma estrutura mais coesa e com idéias claras e precisas, tendo o privilégio de se manter por longo período de tempo em vigência:

direitos e deveres, e é tutelada pela lei, uma lei que garante a expressão “livre” da vontade individual, para isto assegurando-lhe um imenso espaço jurídico. São aí juridicamente conformadas as noções de *direito subjetivo*, como poder de vontade, e do *contrato*, como acordo de vontades, ao qual é atribuída força de uma lei.” (Costa, 2001, Pag.182).

²⁹ Que em tradução livre seria “ As convenções legalmente formadas tem força de lei entre aqueles que as fizeram. Eles devem ser executados de boa-fé”.

³⁰ “Na afirmação solene de equiparação do acordo privado à lei, ultrapassa-se um formalismo romanístico e penetra-se no racionalismo. Recordar-se como, para Hobbes, a lealdade contratual era uma exigência da paz social, sendo, para Pufendorf, de observar santamente, dada a natureza social do homem. Esta orientação foi mantida e aperfeiçoada em Domat e Pothier. Mas também aqui o entusiasmo formal transcedeu o substancial: apenas seriam lei, entre as partes, as convenções *legalmente* formadas. De entre as limitações mais variadas, que o tempo iria agravando, saliente-se desde o início, a exigência de formalidades pesadas para a celebração dos contratos mais significativos- os referente a imóveis- e que, em puro arcaísmo, ainda hoje vigora” (Cordeiro, 2001, Pag.233).

O civilismo francês subsequente a 1804 viveu- como vive- dominado pelo Código de Napoleão. A afirmação resulta natural para qualquer jusprivatismo assente num Direito codificado; no caso napoleônico ela tem, no entanto, uma intensidade e um sentido muito particulares, que a tornam de adequação especial para traduzir a realidade. De facto, as circunstâncias que rodearam o surgir do *Code*- a Revolução Francesa e o seu termo, a epopéia napoleônica e os surtos econômicos e cultural que a acompanharam- bem como o facto do seu pionerismo, tornaram-no num acontecimento muito importante para a época. A isso soma-se, com justiça, todo um conjunto de qualidades próprias, com relevo para as suas clareza, precisão e compleitude. O Código de Napoleão, tendo em vista o mais antigo dos códigos modernos, teve ainda o privilégio único de, sem desadequações, se ter mantido, por largo período, em vigor. Quando a industrialização francesa- tardia, face a britânica- fustigou o privatismo jusliberal, revelando no *Code*, um texto dirigido às classes médias, sem preocupações sociais, já haviam sido impregnadas, por ele, duas ou três gerações de civilistas. As marcas resultantes, numa cultura jurídica, de uma vigência tão longa, sem termos humanos, sem contestação, não são escamoteáveis. (Cordeiro; 2001;Pág.249).

Assim, o fascínio exercido pelo Código de Napoleão, fez ganhar mais força a escola doutrinária da exegese, impulsionada ainda por uma auto-suficiência que se fazia presente na doutrina francesa³¹, que pouco evoluiu do tempo, e pela impossibilidade de aplicação do jusracionalismo frente ao *Code* que, paradoxalmente, fora criado a partir de concepções jusracionalistas, uma vez que se buscava soluções mais claras e seguras frente as interpretações dos dispositivos, que muitas vezes não seria alcançado com os ideais do jusracionalismo.

Até a feitura do Código Napoleão, o jusprivatismo dominante tinha natureza racionalística, vertida, com clareza, nos esquemas próprios da sistemática central. Sem com isso esquecer o influxo da jurisprudência elegante, presente nos juristas da pré codificação, pode, pois, falar-se na dedução de proposições, operada a partir de uns quantos postulados, eleitos para a base do sistema. Matizado embora pela tradição romanística, imprescindível para assegurar uma cobertura extensa de problemas a regular, pode considerar-se que este aspecto foi acentuado, aquando da codificação em si. Concluída esta, tudo se altera. O sistematismo dedutivístico central torna-se inoperante: a vastidão do Código, que o próprio jusracionalismo, amputado do romantismo, não poderia explicar, dificulta o estabelecer de conexões hierarquizadas entre as regras que o compões. Preocupações nítidas de simetrismo levam á manutenção, nos escritos jusprivatísticos

³¹ “Como pano de fundo, deve observar-se a situação de auto-suficiência relativa que informa a Ciência jurídica francesa. A dimensão do espaço cultural em que se insere, consciente dos seus vigor e projecção e apoiado em centros de ensino numerosos e variados, permitiu reduzir de modo considerável, os contributos oriundos de outros espaços. Tudo isto se acentua pela presença de um Estado nacional, tradicionalmente centralizado e em rivalidades históricas permanentes com os seus vizinhos e pelo idioma francês – a mais diferenciada das línguas latinas- cujo domínio não permite, sem aprendizagem complementar conveniente, entender quaisquer outros. Desde o momento- e ele chegou cedo, até pelo carácter precursor do Cód. Nap.- em que se formou um conjunto apreciável de trabalhos juscivilistas, assente em comentários, mas baseado ainda em estudos monográficos, e diversificado em revistas especializadas e em recolhas de jurisprudências magistras, a outrina francesa passa a funcionar com referência, apenas, no que ela própria produz.” (Cordeiro, 2001, Pág.250).

franceses, de referências, pouco extensas aliás, a princípios gerais. As soluções efectivas, dispersas consoante a ordenação codificada, não tem, com eles relações dedutivísticas claras. Por outras palavras: o jusracionalismo deu á luz um código que, uma vê em função, renega a metodologia que o gerou. É de ver que a inaplicabilidade real, acima focada, surge reforçada por considerandos de ordem política: o manter de um racionalismo operante, ao lado de um código, abria portas a uma contestação permanente deste.

Esgotado o racionalismo, não havia, no espaço juscultural francês da pós-codificação, nada para o substituir. Perante esse drama, a vantagem inegável de dispor de um texto-base, repositório do Direito Civil, em conjunto, torna-se envolvente. Toda a Ciência do Direito simplifica-se ao extremo, reduzindo-se a um diálogo com o texto legal. (Cordeiro;2001; Pág.250-251).

Portanto, as noções de boa-fé objetiva, também foram influenciadas – ou pouco influenciadas- pela escola da exegese, que como se sabe pregoa que o jurista, ao aplicar o Direito, deve se atentar única e irrestritamente a lei³², isso porque, para os adeptos dessa escola, o texto legal representava o ideal, algo acabado, em uma clara utopia aos valores ali situados. A boa-fé objetiva, portanto, passa a ser um incomodo para a doutrina francesa, uma vez que não mais se poderia explicar tal instituto ficando restritamente preso a lei. “O comentarismo ficou, pois algo desnordeado, multiplicando, a seu propósito, afirmações céleres, superficiais e apriorísticas” (Cordeiro, 2001, Pag.257).

Em um primeiro momento a boa-fé do art.1134, fora, naturalmente ignorada, e posteriormente fora lhe atribuída “o papel de supressão da distinção romana entre os *bona fidei* e os *stricti iuris iudicia*... (Cordeiro, 2001, Pag.257), que se mostrou igualmente insatisfatória, uma vez que não condizia com o real sentido do disposto no referido artigo, passando a uma mera generalização entre institutos. Em decorrência destas atribuições, foi se aproximando o instituto da boa-fé aos

³² Conforme traz Maria Helena Diniz, em seu livro *compêndio de introdução ao ciência do direito*, “ Como esse Código, publicado em 1804, unificou o direito civil francês, os juristas entenderam que deviam fazer apenas a exegese do texto legal, ficando assim, a ciência do direito reduzida a mera tarefa de exegetas. Tal se deu porque toda época de recente codificação é idólatra da lei, que se apresenta no corpo dos Códigos como algo completo e acabado. O racionalismo buscava simetria que conduziu os juristas franceses, do séc. XIX, á idolatria do Código de Napoleão, resumo da moral do mundo, considerado como edito de natureza eterna e imutável. Esse Código foi tido como a expressão mais exata e completa do direito civil. Daí o reinado, em França, do dogma absoluto da onisciência da omnicompreensão e da onipotência das leis. Bugnet chegou até a afirmar: *Não conheço o direito civil, ensino somente o Código de Napoleão*. Laurent ponderava: *Os códigos nada deixam ao arbítrio do interprete, este não tem mais por missão fazer o direito: o direito esta feito. Não existe mais incerteza, porque o direito está escrito nos textos, já há a segurança dos textos. Mas para que esta vantagem dos códigos seja real, é preciso que os juristas e os juízes aceitem sua nova posição de subalternos ao Código...* (Diniz, 2007, Pag.51).

preceitos da equidade, descrito no artigo seguinte ao código, dentre outros institutos contratuais, fazendo assim, a boa-fé se tornar cada vez mais ineficaz. Nesse sentido traz Menezes Cordeiro³³:

Esta saída é, em extremo, insatisfatória. Focou-se já, aquando do estudo sobre as raízes jusculturais do texto napoleônico, que o art.1134/3, ao mandar executar as convenções de boa-fé, correspondia à exigência jusnaturalística do reforço do fenómeno contratual e não uma tradição romanística efectiva da contraposição entre os *iudicia*. Uma intervenção expressa do legislador de 1804, no sentido de encerrar a divisão entre *bona fidei* e *stricti iuris iudicia*, só teria oportunidade desde o momento em que, no período anterior ao da codificação, ela existisse. Sabe-se não ser assim. Nessa altura, a contraposição scavolena passara à História há já doze séculos. A sua presença verbal no *Corpus Iuris Civilis*, não incomodou ninguém. Tudo isto é reforçado pela constatação decisiva, já repetida, de que não houve, na pré-codificação francesa, qualquer contemplação pelo fenómeno e de que, na preparação do *Code*, não transpirou tal tema. Mas à insatisfação histórica – e esta, como se vê, não parece ter preocupado os exegetas franceses – soma-se um problema de concatenação interna, no que toca à sua articulação no *Code*. As parcas realizações extraídas da pretensa generalização dos *bona fidei iudicia*, através do art.1134, conduziram a uma aproximação com a equidade e outros factores ampliativos das obrigações contratuais. Tal aspecto vindo tratado de forma expressa no art.1135, lança para a inutilidade, seja este, seja menção à boa-fé, em termos genéricos, constantes da disposição que o antecede. A doutrina da época não teve em conta esta problemática. No entanto, veio a ensaiar posições que a evitem. (Cordeiro;2001;Pág. 257-258).

Outro fato que gerou o insucesso da boa-fé no *Code*, se deu com o apego, em que os aplicadores das normas, tiveram com a primeira parte do art.1134- “as convenções legalmente formadas tem lei entre as partes”-, em evidente alusão aos princípios da liberdade e igualdade – autonomia da vontade- entre os contratantes, que foi defendido pela classe burguesa, durante a Revolução Francesa, esquecendo-se do ideal da solidariedade –fraternidade-, nas relações contratuais. Assim a junção destes elementos atrapalhou o desabrochar de todo o potencial presente na boa-fé objetiva, que viria a ser mais desenvolvida frente ao Direito germânico³⁴.

³³ Segundo constata o autor, a generalização trazida pelo *Code*, dos *bona fidei iudicia*, não poderia nem servir para a busca da proibição do dolo e da fraude contratual, tendo em vista que as mesmas já se encontravam previstas em outros dispositivos. (Cordeiro, 2001, Pág.258).

³⁴ “Outrossim, o princípio da boa-fé restava inteiramente absorvido pela hegemônica atuação do dogma da autonomia da vontade. Era evidente o fascínio dos cultores do direito pela primeira parte do citado art.1134 – *as convenções legalmente formadas têm lugar de lei entre as partes* (alínea a) -, com desprezo pela parte final do dispositivo (alínea c), que fazia alusão à boa-fé. Ou seja, do ideário clássico da Revolução Francesa, *liberdade, igualdade e fraternidade*, a burguesia se apossou dos primeiros valores e comodamente se esquece do dever de solidariedade, que apenas ressurgiu 150 anos após. (Rosenvald, 2005, Pág.77).

A boa-fé na Alemanha, ou o *Treu und glauben*, passou por um processo histórico, e evoluções doutrinárias que lhe possibilitou o papel de destaque na codificação alemã de 1900, o BGB. Na Alemanha o processo de codificação, e o pandectismo se desenvolveram de forma diversa da que deu origem ao *Code* e a escola da exegese francesa.

Historicamente, a doutrina alemã também sofreu influências dos pensamentos jusracionalistas – principalmente com Kant- que originou o Código Napoleônico, culminando nos pandectistas alemães, que se diferenciavam daqueles, pelo fato de terem como base de suas fontes construtivas, a interpretação e análise dos textos romanos.

Nesse sentido traz Maria Helena Diniz:

A escola da exegese, da França, correspondeu ao *pandectismo*, da Alemanha, e à *escola analítica (Analytical School)* de Austin, da Inglaterra.

(...)

Todavia, havia uma diferença entre a posição dos pandectistas e a dos exegetas franceses. O ponto de partida dos franceses era a lei, considerada como princípio racional formulado para sempre pelo legislador, devido á idolatria dos códigos e das leis, retirando dos textos a cadeia de deduções silogísticas. Já o ponto de partida da escola dos pandectistas era, exclusivamente, os textos do direito romano; logo, só as fontes romanas, cultivando a história do direito romano e a interpretação dos textos da compilação justiniânica com o escopo de aplicá-los como fonte direta do direito alemão. (Diniz. 2007; Pág. 54-55).

Entretanto a escola alemã, por ter sofrido algumas influências culturais e filosóficas, diferentemente das vividas pela doutrina francesa, - que preferiu fechar-se a elementos estranhos- sofreu transformações significativas, principalmente no que diz respeito à oposição frente aos ideais da codificação, que cominou no surgimento da escola histórica³⁵ de Savigny, gerando, segundo Judith Martin-Costa, o início da terceira sistemática³⁶, onde o direito passa a ser visto como *um sistema em construção*, ou seja, por ser, o direito um elemento histórico o mesmo vária de

³⁵ Maria Helena Diniz traça os seguintes comentários sobre a escola histórica “ A idéia fundamental da doutrina histórico-jurídica de Savigny era a oposição à codificação do direito, por considerá-lo como manifestação característica da livre consciência do povo ou do espírito popular, sob a forma do costume, e não como um produto racional do legislador, visto que surge na história como decorrência dos usos e costumes da tradição. O legislador não cria o direito, apenas traduz em normas escritas o direito vivo, latente no espírito popular, que se forma através da história desse povo, como resultado de suas aspirações e necessidades. O direito, longe de ser criação arbitrária da vontade estatal, era produto da consciência popular (*Volksggeist*), em determinadas condições de tempo e lugar, da qual o costume é a manifestação autêntica, livre e direta”. (Diniz, 2007, Pag. 98).

³⁶ Costa, Judith Martins. *Da boa-fé no Direito Privado...* Pag.212.

acordo com as realidades históricas que na sociedade ele se insere, sendo o direito o *espírito do povo*.

Os pensamentos de Savigny e Hengel viriam a influenciar os estudos de outro jurista alemão, Puchta, que concebeu o sistema em forma de pirâmide³⁷, dando surgimento a denominada *jurisprudência de conceitos*, onde se “deu ênfase ao caráter lógico dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e completa. (Diniz, 2007, Pag. 100).

Ainda, nesse sentido, traz Maria Helena Diniz:

Com a descoberta da realidade histórico-cultural do direito como única realidade jurídica, o historicismo deu um grande passo para a fundamentação da ciência do direito em bases positivistas, dando-lhe cientificidade. A expressão *júris scientia* é a criação dessa doutrina, que procurou dar caráter científico à ciência do direito, principalmente ao propugnar-lhe método próprio de natureza histórica que, ante a condicionalidade histórica do direito, procura verificar como seu ser é determinado pela categoria teórica da temporalidade histórica, isto é, como direito tem a sua essência dada pela história. Mas apresentou tal escola alguns senões como a substancialização e personificação do coletivo na figura imaginária do *Volkgeist*; a contradição entre um programa historicista traçado para a jurisprudência e a realização racionalista, que resultou na dogmática e na jurisprudência dos conceitos.

Deveras, ensina-nos Machado Neto, a escola histórica que se iniciou historicista, veio a engrossar a corrente do racionalismo dogmático, que, anunciado nos glosadores e no jusnaturalismo racionalista, se inicia com o exegetismo e, passando pela jurisprudência dos conceitos e pelos pandectistas, vem a culminar na obra de Hans Kelsen, posição líder no mundo do pensamento jurídico-científico. Observa a esse respeito Tércio Sampaio Ferraz Jr. Que Savigny exigia uma investigação científica do direito conforme aos princípios da ciência histórica. Mas ao seu lado estava também a dogmática jurídica, vista como teoria do direito vigente que, para os prosélitos do historicismo, passou a ter maior importância que a pesquisa histórica, pois até mesmo Savigny reconhecia que o estudo científico (histórico) do direito romano visava ao estabelecimento daquilo que era ainda utilizável no presente. Com isso marca, o historicismo, o aparecimento do que Kaschacker denomina “direito dos professores”, pois a doutrina passou a ser mais importante do que a *práxis*, por isso o que importava era o direito vigente ensinado pelo jurista e não as decisões dos práticos ou dos juizes. Conseqüentemente a investigação histórica revelou-se distorcida na prática, caso em que as fontes romanas acabavam por ser colocadas em relevância, conforme sua importância e eficácia para um sistema (dogmático), construído segundo uma organicidade lógico-formal. Com isso, continua esse ilustre pensador paulista, a ciência jurídica da escola histórica acabou por reduzir-se a um conjunto de proposições logicamente ordenado e concatenado, abrindo as portas para o pandectismo, que correspondeu, na França, à escola da exegese, e, na Inglaterra, à escola analítica. (Diniz; 2007; Pág. 101-102).

³⁷ “ Foi Puchta quem, com inequívoca determinação conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma *pirâmide de conceitos*, decidindo assim a sua evolução no sentido de uma *jurisprudência de conceitos formal*. (LARENZ, 1997, Pag.23).

Assim, em meio a tal metodologia jurídica e realidades doutrinárias na Alemanha, surge o BGB³⁸, em 1900, como um produto da escola pandectistas, dotado de ideais liberais e voltado para a burguesia emergente da Alemanha, que segundo Judith Martin Costa se distingue do Código Napoleônico em três pontos fundamentais, *a) a ética presente no código; b) estruturação e; c) a sistemática empregada na sua elaboração.*(Costa, 2000, Pag.233).

No que diz respeito ao primeiro ponto, os pandectistas, segundo traz a autora acima citada, pouco teve influência do direito natural, e que em sua essência buscou assimilar o contraste presente entre as liberdades individuais e coletivas, sempre visando adequar ao máximo os comportamentos a norma geral, que gerou algumas críticas quanto à previsão de algumas cláusulas gerais, principalmente ao da boa-fé no § 242, “pelo seu caráter elástico de suas disposições e ao apelo demasiadamente freqüente ao poder discricionário ou razão subjetiva do juiz”. (Costa,2000,Pag.233-234).

Por sua vez, quanto à técnica de estruturação empregada na realização do BGB, o legislador buscou na sua feitura trazer uma linguagem extremamente técnica e sempre visando a exatidão quanto aos conceitos ali empregados, buscando facilitar o trabalho do juiz, que pouco deveria realizar para a formação da regra jurídica.

Outro fator importante fator presente no código alemão esta no fato de estar ali descrita uma *Parte Geral*, trazendo os conceitos gerais “que devem vigorar em todo o direito” (Costa, 2000, Pag.235). A parte geral portanto, assume a importância, segundo a autora, *na construção de um código centralizado*, em que a sua *unidade* esta evidenciada, uma vez que sua aplicação ocorrerá a partir da interpretação das disposições na Parte Geral e Especial. Nesse sentido, Judith Martin Costa pondera:

Se na França o objetivo de excluir o juiz da formulação das regras foi postulado doutrinariamente pela Escola Exegese, não decorrendo necessariamente da linguagem do Code - esta sim, elegante, embora igualmente dotada de precisão-, na Alemanha o mesmo escopo decorreu do próprio Código. Para atingi-lo foi suposta a necessidade de estabelecer a lei

³⁸ Os fatores que levaram a busca de uma codificação foi o surgimento da classe burguesa alemã,tardia em relação aos demais países, bem como a busca por uma unificação do direito privado alemão, conforme trazia a sua Constituição de 1849.

numerosas distinções, motivos pelo qual evita as soluções sintéticas e multiplica as soluções em termos de detalhe. Exemplifica Emilio Betti com o regramento da responsabilidade contratual, cujas condições ou pressupostos estão nitidamente separados, de um lado a mora, de outro a impossibilidade de execução, as quais, pelo seu casuísmo, deixam de lado pelo menos dois casos de violação da obrigação, quais sejam os casos de adimplemento imperfeito (parcial ou defeituoso) e os de violação de obrigação de não fazer, assim como os de violação por um comportamento positivo (*positive Vertragsverletzung*).

(...)

A importância da Parte Geral está em que *assegura a unidade do código*, permitindo que o direito – seguindo a tradição pandectista – seja *construído de forma centralizada* através da dedução lógica entre os conceitos gerais ali postos e os casos ou espécies tratados na Parte Especial, de maneira que, para além do seu indiscutível valor técnico, esta estrutura ainda se põe como uma metáfora expressiva de toda uma concepção de sistema. Como confere graficamente Hattenhauer, a Parte Geral configura o que na matemática se encontra antes do parênteses. Como resultado, o sistema, aqui, não é mero *methodus disponendi*. A parte Geral assegura o *sistema interno*, para o qual o recurso à imagem matemática é perfeito, porquanto remete às concepções leibnizianas do sistema que foram retomadas pela pandectística, já então sobre os novos pressupostos. (Costa; 2000; Pág. 234-235).

No que diz respeito a sistemática empregada no Código, deve-se analisar a mesma em dois momentos, o primeiro diz respeito a realidade em que se estava inserida a legislação no momento da sua feitura e, o outro diz respeito após os fenômenos sociais e culturais vivenciados ao fim da primeira grande guerra.

Inicialmente o código fora concebido como um sistema fechado, ou seja, “raciocina através das idéias ou conceitos, ou ainda princípios centrais do sistema, dispostos na Parte Geral” (Costa; 2000; Pag.236), não podendo o juiz na aplicação das normas levar em conta critérios estranhos aos sistema, estando vinculado a lei.

Assim, devido a este fator, de adoção do código em um sistema fechado, inicialmente, a boa-fé descrita no § 242 do BGB, não logrou sucesso, uma vez que o poder instrumental dado ao juiz na aplicação da lei era nulo, onde o dispositivo servia se mero “reforço material aos contratos”,(Rosenvald, 2005, Pag.78), não sendo possível alcançar em um primeiro momento o aproveitamento trazido pela jurisprudência dos tribunais comerciais do séc.XIX da Alemanha, tendo em vista que neste país a boa-fé fora inicialmente tratada nas relações comerciais.

Nesse sentido traz Menezes Cordeiro:

A posição do BGB perante a boa-fé é exemplar do sentido juscultural duma codificação. No estágio em que se encontrava a metodologia jurídica, não era possível aproveitar todo o material acumulado pela jurisprudência comercial do séc. XIX. Recordar-se que esta documenta áreas diversas que vão desde a *culpa in contrahendo* aos deveres acessórios, à integração e interpretação contratuais, à *suppressio* e a inexigibilidade. Ora, tudo isto estava carecido de bases teóricas capazes, uma vez que os estudos pandectísticos existentes apenas conheciam dos *bona fidei iudicia*, cujo papel era substancialmente diferente. Face aos elementos disponíveis na altura, pode considerar-se que o BGB veio limitar o âmbito e o alcance da boa-fé. Fê-lo, porém, não por discordar, em substância, das saídas por ela concitadas, mas por incapacidade científica de encontrar uma fórmula capaz – formula essa que, com probabilidade, nem hoje seria possível (Cordeiro; 2001; Pág.330)³⁹.

Entretanto, principalmente após a primeira guerra mundial, teve-se uma mudança significativa na doutrina alemã, que tinha a peculiaridade capacidade reprodutora, tendo em vista que a sistemática empregada no código não ficou alheia a questões externas o que possibilitou a “reinvenção da boa-fé contratual” e sua aplicação no BGB, bem como da própria sobrevivência do código⁴⁰. A boa-fé, portanto, vai assumindo o seu papel de cláusula geral, o que possibilita com o tempo a sua implementação como uma norma valorativa e de norma de conduta dos contratantes, através da atuação dos tribunais⁴¹.

4.3 Da boa-fé contratual no Direito Brasileiro e no Código Civil de 2002.

Antes de iniciarmos os estudos sobre a boa-fé no Código Civil de 2002, é necessário traçar um perfil da codificação brasileira até chegarmos o Código Civil

³⁹ O autor ainda traz que inicialmente ainda o BGB rejeitou outros institutos relativos à boa-fé como a *exceptio doli* e eficácia jurídica da alteração das circunstâncias (Cordeiro, 2001, Pág.329).

⁴⁰ Nesse sentido Martin Judith Costa, *A boa-fé... Pág. 233* e Menezes Cordeiro, *Da boa-fé... Pág. 331*.

⁴¹ Assim traz Nelson Rosenvald; “ Por excepcional obra da doutrina, contudo, e sobremaneira, da jurisprudência alemã nos anos que se seguiram à Primeira Guerra Mundial, o princípio da boa-fé se liberta da concepção axiomática originária, sendo preenchido e sistematizado pela criativa atuação dos tribunais, traduzido em juízos de valor e fonte autônoma de direito e obrigações”. (Rosenvald, 2005, Pag. 78). Nesse sentido ainda, vide Martin Judith Costa, *A boa-fé... Pág. 237*).

atual, explicando o que levou ao insucesso da boa-fé objetiva nas legislações anteriores.

Inicialmente cumpre lembrar, que até a Independência brasileira, em 1822, vigorava no país as famosas Ordenações portuguesas em nosso território, tendo em vista a relação de subordinação que o Brasil tinha com os portugueses, por serem destes colônia.

Entretanto, após a Independência brasileira, foi editada uma lei imperial, em 20 de Outubro de 1823 (Costa, 2000, Pag.238), onde foi determinado que toda a legislação, até então vigente em Portugal, seria aplicado ao território brasileiro. Em razão deste fato, a codificação brasileira, e o modo de interpretar e aplicar as leis, passam por uma forte influência do direito português, principalmente no que diz respeito ao *centralismo jurídico* e ao *bartolismo*.

O centralismo jurídico refere-se ao fato de toda a criação legislativa centrar-se na mão do poder estatal. Portugal, também sofrera influência do Direito Romano, entretanto, devido a esta característica de centralização da atuação legislativa, a doutrina portuguesa pouco teve desenvolvimento⁴², onde as normas que eram editadas, com base no direito romano, vinham muitas vezes conforme em sua origem, onde a esfera estatal atuava na legitimação das normas, que por sua vez poderia gerar alguns problemas, que veio a se refletir no Brasil, conforme traz a autora acima citada:

O elevado grau de auto-atribuição, pelo monarca, do exercício da função legislativa terá reflexos importantes na transplantação do direito português para a sua mais importante colônia. Como acentua Clóvis do Couto e Silva, a própria razão de ser do que considera a “particularidade mais importante do direito civil brasileiro”, qual seja o seu desenvolvimento orgânico, “sem acidentes notáveis, desde o período reinícola, até nossos dias”, pode ser encontrada, entre outros fatores, no centralismo jurídico vigente desde as Ordenações Manuelinas (Apud. COUTO e SILVA, Clovis do, *o direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*; Pag.129). Isto equivale a dizer que, no nosso substrato juscultural, habituamo-nos a pensar o

⁴² Martin Judith Costa pondera: “ Com efeito, sublinha Mario Julio de Almeida Costa a circunstância de a recepção do direito romano em Portugal distinguir-se por seu cunho profundamente estatal, o que implicou a relativa unidade das fontes de produção jurídica, centradas no exercício legislativo pelo poder real. Ao contrário do ocorrido em outras regiões da Europa, em Portugal não foi passivamente seguida a sucessão dos glosadores, comentaristas e humanistas, porque a esfera legislativa atuou como instância de legitimação do *jus commune*. Por certo, os fortes traços do direito justinianeu transparecem sob o manto da legislação, atuando, contudo, pela via do exercício das novas funções legislativas que o monarca (...) chamara a si, as quais funcionaram como um poderoso veículo da introdução de numerosas regras e institutos romano-canônico, ora afeiçoados ora aceites sem retoque algum”.

ordenamento jurídico como o resultado de um ato de autoridade, recusando espaço à florescência de direito particulares ou “regionais”.

Mas ainda, o centralismo jurídico, adverte Couto e Silva, conduz diretamente à idéia de que o Código, no seu sentido tradicional e positivista, é qualquer coisa que incorpora no seu universo a totalidade normativa de um país, de forma que, muitos séculos antes da nossa codificação civil, centralismo já havia preparado o terreno à aceitação do mito ou pretensão da plenitude, introduzido na França e na Alemanha somente no século XIX. Se, numa vertente de análise, esta tradição pode explicar a razão de ter sido possível um mesmo e único ordenamento civil numa tão vasta geografia, marcado pela mais absoluta diversidade cultural entre as regiões- por forma a contribuir, assim para a manutenção da unidade nacional-, noutra vertente pode justificar a circunstância de, em matéria de interpretação, ter sido largamente aceita a exegese de cunho francês, compatível com o centralismo, porque busca, ela também, o sentido e o alcance da lei num ato de autoridade, a *vontade do legislador*. (Costa; 2000; Pág. 240-241).

Por sua vez, as Ordenações apresentavam inúmeras lacunas legais, além do que textos omissos e normas sem significado algum, principalmente no que concernia ao direito privado. Assim, era necessário instrumentos para que fosse possível o preenchimento destas lacunas trazidas pelas leis, surgindo a figura do *bartolismo*.

Por esta figura, a doutrina passa a exercer importante papel no preenchimento destas lacunas, como fonte normativa subsidiária, sendo-lhes conferido poder normativo, onde o juiz poderia se utilizar tanto de autores nacionais como estrangeiros para fundamentar suas sentenças, em nítida “reconciliação entre os costumes universais, isto é, o direito comum, e as normas locais”. (Costa, 2000, Pag.243).

Vale destacar que tal método de aplicar o direito estava de acordo com o que pregava a idéia do centralismo acima analisado, uma vez que, tal previsão viria de acordo com as normas portuguesas⁴³, além do que o criador de tal método- Bartolo de Saxoferrato – trouxe que é do soberano a legitimação dos costumes. Tal método de preenchimento das lacunas trazidas pelas ordenações viria a se manter mesmo após as reformas pombalinas, realizadas por Pombal, onde buscou-se fixar novos métodos de interpretação e preenchimento das omissões legislativas. Nesse sentido traz Martin Judith Costa:

⁴³ A própria Ordenação Afonsina em seu livro II, título 9, trazia a previsão de possibilidade de preenchimento das lacunas ali presentes, primeiramente com o direito romano e canônico, na falta de lei ou costume do reino, e no choque entre os dois, prevaleceria as normas de direito romano, caso não fosse pecado.

Ora, o método bartolista, um método, como já assinalado, de reconciliação entre os “costumes universais”, isto é, o direito comum, e as normas locais, adaptava-se como uma luva ao modelo da previsão legislativa. A mais antiga alusão a Bartolo que as fontes certificam, assinala Mario Julio de Almeida Costa, é de uma carta régia dos começos do século XV, pela qual se vê que o monarca, D. João I- empenhado em estabelecer segurança e certeza na aplicação do direito e em facilitar a consulta dos textos Romanísticos (apud ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Romanismo e bartolismo no direito português*; Pág.30)- decretou, como lei, extrato, em português, do Codex justinianeus, acompanhado da glosa de Acursio e dos comentários de Bartolo.

Aos comentários de Bartolo foi atribuído, assim, o papel de *lei subsidiária*, suprindo-se, por sua autoridade, as lacunas e antinomias do direito consolidado nas Ordenações, ao qual foi-se juntando um volumoso corpo de diplomas avulsos. A prática dos tribunais mesmo a desconsiderar o caráter de subsidiariedade que lhe fora originalmente atribuído, para aplicar de forma direta os seus comentários diretamente, com desprezo às leis portuguesas. (Costa; 2000;Pág. 243-244).

E finaliza:

Creio poder afirmar que, tendo em vista esta perspectiva, as reformas pombalinas significaram a mudança no conteúdo de certas regras e do crivo central de sua interpretação, condicionada à adequação com a reta razão e, mais tarde, com o individualismo, depois de 1820, com a vitória da primeira revolta liberal. O modo de construção do raciocínio jurídico, todavia, manteve-se muito próximo à tradição, confirmando o acerto da observação de Baldassore Pastore que, ao situar a tradição no direito como uma força que atua dinamicamente, lembra que esta jamais permanece idêntica no curso de sua transmissão, se alocando, ao contrário, como uma seqüência de variações sobre elementos transmitidos e recebidos, dos quais é difícil se não impossível, a completa ruptura.

Destas circunstâncias resulta o peso, ponderabilíssimo, da interpretação doutrinária na aplicação do direito português, que passa ao direito brasileiro, haja vista que apenas no século XIX se rompe a unidade histórica entre ambos, com a edição do Código de Seabra. (Costa,; 2000; Pág. 245-246).

Por sua vez, em 1917, entrou em vigência o primeiro Código Civil brasileiro, escrito por Clóvis Beviláqua, considerado, em sua essência, um código oitocentista⁴⁴ tendo em vista a sistemática nele empregado, na busca de uma legislação completa dotada de capacidade para atingir uma unidade normativa no país, em evidente influência do centralismo jurídico de Portugal.

⁴⁴ Percebe-se também que o trabalho de Clóvis Beviláqua, sofrera influências de sua personalidade como professor, uma vez que o elaborou com auto cunho doutrinário, na busca de alcançar uma maior estabilidade, sem preocupar-se, muitas vezes, com o valor da norma. Outro fator que esteve presente no trabalho do ilustríssimo professor, se deu na adoção de uma parte geral e especial, conforme já proposto por Teixeira de Freitas. Nesse sentido, Costa, Judith Martins, *a boa-fé...*, Pág.259-265.

O Brasil, à época de elaboração do código, era um país essencialmente agrícola, tendo como a classe dominante uma aristocracia burguesa essencialmente de caráter rural, bem como o surgimento de uma burguesia mercantil, com grandes poderes políticos e econômicos, e que necessitariam ter seus interesses e filosofias protegidos, que evidentemente se refletiu na legislação civil, marcada por um liberalismo para os atos relativos aos interesses individuais e por um conservadorismo presente nas relações familiares e sociais.

Assim o Código de Beviláqua fora recebido como um sistema fechado, nitidamente preocupado em alcançar a “segurança, certeza e clareza (no sentido de precisão semântica)” (Costa;2000; Pág.267), que impossibilitou o desenvolvimento completo do instituto da boa-fé, uma vez que não a tratava como cláusula geral, descrita na parte geral do código⁴⁵, ficando restrita meramente a institutos específicos do direito de família e institutos possessórios, bem como no contrato de seguro, diferentemente do que ocorria no BGB:

A pretensão da plenitude, a preocupação com a segurança, certeza e clareza (no sentido de precisão semântica) que marcam a obra de Beviláqua não permitiram espaço para a inserção de cláusulas gerais e, por isso, a boa-fé ficou restrita às hipóteses de ignorância escusável, em matéria de direito de família e no tratamento da proteção possessória. A incipiente classe dos comerciantes, o tolhimento da atividade negocial típica do liberalismo pela forte intervenção estatal na atividade econômica privada – tema exhaustivamente retratado, recentemente, por Jorge Caldeira, ao biografar o Barão de Mauá- não ensejou, por sua vez, o desenvolvimento mais ou menos livre do direito dos comerciantes, como ocorrera na Alemanha, com tantos frutos para a inserção da boa-fé objetiva no ambiente juscultural vigente.

Nessa moldura, o código – e aqui o gênero é tomado pelas espécies- terá então se tornado, segundo bordão freqüentemente repetido, a “constituição da vida civil”. Entretanto, o significado “constitucional” do código está em que este não se limitará a disciplinar meros mecanismos técnicos, mais ou menos perfeitos e “completos”, mas recolherá e fixará a filosofia da sociedade burguesa.

O próprio estilo dos códigos, fechado, perfeitamente articulado, sem antinomias aparentes, pleno na matéria que deseja regular,

⁴⁵ Cumpre ressaltar, entretanto, que existiam aqueles que defendiam uma aplicação mais ampla da boa-fé nas relações obrigacionais. Este é o posicionamento defendido por Clóvis V. do Couto Silva, que buscou no código comercial, uma aplicação mais abrangente da boa-fé. “O princípio da boa-fé, no Código Civil brasileiro, não foi consagrado, em artigo expresso, como regra geral, ao contrário do Código Civil alemão.

Mas o nosso Código Comercial incluiu-o como princípio vigorante no campo obrigacional e relacionou-o também como os usos de tráfico.

Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de preposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam”. (Couto e Silva; 2006; Pág.33).

pretendidamente unívoco nos conceitos que desenha, será decorrência desse desejo de proteção externa e garantia das previsões individuais. A imutabilidade é considerada a primeira e fundamental característica de uma legislação civil, ao lado da pretensão e plenitude, que a completa. (Costa; 2000; Pág.267-268).

Nesse sentido, Nelson Rosenvald traz:

No que concerne a boa-fé, o Código Civil de 1916 não a regrava como cláusula geral, sendo tratada como princípio geral do direito (não positivado) e, em alguns casos, como conceito jurídico indeterminado (na posse e casamento putativo). Alguns artigos isolados do Código de Beviláqua refletiam a boa-fé objetiva, como o art. 1443. Mas não havia uma base social, tampouco constitucional, para a sua efetivação como modelo no alcançar os anseios éticos que propiciariam o desenvolvimento do modelo. As mesmas razões explicam a ineficácia do princípio da boa-fé nas relações comerciais, não obstante a expressa e pioneira alusão a ela no hoje revogado art.130 do Código Comercial de 1850. (Rosenvald; 2005; Pág.84).

Avançando na história tivemos como marco para a aplicação da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais a sua previsão em vários dos enunciados na lei nº 8078 de 11 de Setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor⁴⁶⁴⁷, sendo lhe dado o tratamento de cláusula geral⁴⁸.

⁴⁶ Diz a Constituição Federal Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência **digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios: (...)V - defesa do consumidor (grifo nosso).

⁴⁷ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (grifo nosso).

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (grifo nosso).

⁴⁸ Pondera-se entretanto, conforme traz Judith Martin Costa, que é necessária fazer a distinção, para fins de Ciência do Direito, entre a cláusula geral e o preceito indeterminado, onde aquela corresponde á uma técnica legislativa de alcance amplo e abstrato, onde pode estar descrito um *princípio*, tendo o juiz amplos poderes criativos na aplicação do direito, sendo o caso do descrito no art.422 do Código Civil de 2002.

Por sua vez o preceito indeterminado também traz elementos vagos em sua composição, entretanto a atuação do magistrado é mais restrita ao que esta descrita na lei, onde a conseqüência do descumprimento do termo já esta no texto normativo definido, tendo um maior teor de previsibilidade. É o caso do art. 51, inciso IV do CDC, anteriormente citado. (Costa; 2000; Pág.327).

Tal previsão da boa-fé no CDC, como norma de conduta a ser observada pelos contratantes antes, durante e após a execução contratual, foi no sentido de se buscar uma maior “angularização” da relação entre consumidor e fornecedor, representando um verdadeiro dever de ética entre as partes da relação obrigacional, tendo em vista uma maior restrição à autonomia privada, atuando nesse sentido também, juntamente com a boa-fé, o princípio da função social dos contratos.

Assim, com a evolução dos estudos doutrinários e inovações jurisprudenciais acerca da aplicação do instituto da boa-fé nos contratos de relação consumeristas, bem como na busca de uma maior aproximação da legislação com a nova realidade contratual presente na sociedade, o Código Civil de 2002, pautado pelo *princípio da eticidade*, bem como pelo culturalismo de Reale, trouxe em seu corpo normativo a previsão da boa-fé como cláusula geral em vários dispositivos, (arts. 113⁴⁹, 187, 422 entre outros) consolidando tal instituto como um dos valores fundantes do sistema jurídico privado brasileiro⁵⁰, tendo fundamento constitucional através da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1, III, de nossa Carta Magna.

Nesse sentido Flávio Tartuce traz as seguintes considerações:

Uma das mais festejadas mudanças introduzidas pelo Código Civil de 2002 refere-se à previsão expressa do princípio da boa-fé contratual, que não constava da codificação anterior.

Como se sabe, a boa-fé anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios, por exemplo. Nesse ponto era conceituada como boa-fé subjetiva, eis que mantinha relação direta com a pessoa que ignorava um vício relacionado com uma pessoa, bem ou negócio.

(...)

Por certo é que adotou o Código Civil em vigor o princípio da eticidade, valorizando as condutas guiadas pela boa-fé, principalmente no campo obrigacional. Nossa codificação segue assim a sistemática do Código Civil italiano de 1942, que traz a previsão do preceito ético em vários dos seus dispositivos.

(...)

⁴⁹ Miguel Reale chegou a afirmar que o art.113 seria o “artigo-chave” do Código Civil, tendo em vista que unificou em sua estrutura o princípio da função social dos contratos e a boa-fé.

⁵⁰ Nelson Rosenvald traz: “De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e retidão, garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura. Seria, em uma última instância, a tradução no campo jurídico do indispensável cuidado e estima que devemos conceder ao nosso semelhante” (Rosenvald; 2005; Pág.80).

Não restam dúvidas de que o princípio da boa-fé objetiva não pode ser desassociado do novo contrato, que surge como novos paradigmas, totalmente renovado. Nesse sentido, ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que, “acerca desse novo contrato, então – instituto eternamente presente na triangulação básica do Direito Civil, ao lado da propriedade e da família – seria desejável referir, prioritariamente, às denominadas cláusulas gerais, que constituem técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei clara, uniforme e precisa (...) – foi radicalmente transformando, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios jurídicos privados, A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de direito, provavelmente a cláusula da boa-fé objetiva, nos contratos, seja mais útil que deficiente, um vez que, por boa-fé ‘tout court’, se entende que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral) “ (Tartuce; 2010, Pág.113-114; Apud Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes; *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado.*)

Assim, percebe-se, portanto, que dentro da nossa nova codificação a boa-fé pode, igualmente, assumir duas perspectivas, uma em sentido objetivo e outra no sentido subjetivo, podendo inclusive o indivíduo agir de acordo com a boa-fé subjetiva, mas não com a boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva, ou “boa-fé ignorante”, diz respeito a um sentimento interno, psicológico, da pessoa, como o próprio nome já diz, a um sentimento subjetivo do indivíduo, onde este acredita estar agindo corretamente, ignorando a real situação em que se encontra juridicamente, tratando-se portanto a uma subjetividade da boa-fé -uma “internalização” da mesma- estando evidentemente presente nos institutos da Usucapião e do Casamento Putativo.

Por sua vez, a boa-fé objetiva –enfoque desse estudo- consiste em um elemento externo, presente nos direitos obrigacionais, onde corresponde a uma norma de conduta voltada à lealdade⁵¹ e eticidade, que deve ser observada pelos

⁵¹ Ainda, cumpre fazer ressalvas que boa-fé e lealdade são conceitos distintos, conforme situa o professor Nelson Rosendal, fazendo referência ao trabalho de Luis Díez-Picazo (*Los principios Del derecho europeo de contratos*). A boa-fé erradica a um elemento totalmente subjetivo, inserida na mentalidade do indivíduo, que acredita estar realizando o correto, por sua vez, a lealdade, seria um elemento objetivo de observância de regras de condutas, despidas de subjetividade. Entretanto, conforme traz o autor, os termos são utilizados muitas vezes como sinônimos devido a fatores lingüísticos, em que, “o uso da dupla terminologia tem por objetivo facilitar a concreção do princípio naqueles idiomas em que a boa-fé não compreende ambas as coisas, sendo afirmativo falar de confiança e lealdade (Como na Alemanha)”. (Rosendal; 2005; Pág.81).

contratantes⁵², antes, durante, e após a relação contratual⁵³, conforme já ponderava Clóvis do Couto Silva, em seu livro: *A obrigação como um processo*. Trata-se de um “*fairy play contratual*”.

Portanto, a boa-fé assume um papel de *ampliação das obrigações contratuais*, e também de imposição ao limite de um direito subjetivo, uma vez que os contratantes devem agir de acordo com o seu preceito, independentemente de sua previsão no contrato, sob pena de inadimplemento contratual, falando-se, portanto, em *deveres anexos, secundários ou laterais* por parte dos contratantes. Inclusive este foi o posicionamento adotado ao se elaborar o Enunciado 24 da I Jornada do CJF/STJ, trazendo que: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art.422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécies de inadimplemento, independentemente de culpa” (Tartuce; 2010; Pág. 115). Fica evidenciada, portanto, uma responsabilidade objetiva, aquela independentemente de culpa, que fica mais destacada no Enunciado 363 da IV Jornada: “Os princípios de probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação” (Tartuce; 2010; Pág. 115).

Os deveres anexos são vários entres os contratantes, trazendo à doutrina a enunciação dos principais:

Por sua vez, o mesmo autor, destaca a importância da diferenciação da boa-fé com termos semelhantes, buscando sua exata conceituação, para que se evite a aplicação do instituto a casos em que não lhe motivaria estar presente. Nesse sentido traz o autor: “Por isso devemos apartar a boa-fé das noções de equidade e bons costumes. O princípio da boa-fé é justificado sistematicamente, sendo capaz de enunciar comportamentos concretos. Por outro turno, a equidade ignora regras técnicas e instrumentais, pois apela a “sentimentos jurídicos”, tratando-se de um princípio que permite ao aplicador da norma a possibilidade de abrandar o seu rigor, aproximando o direito à idéia de justiça. Comparativamente aos bons costumes, os requisitos da boa-fé são mais rígidos, pressupondo uma especial confiança entre as pessoas que intervêm na relação jurídica concreta. Já os bons costumes remetem a algo exterior ao direito e limitativo à autonomia privada, já que, ao contrário da boa-fé, ela não prescreve comportamentos, mas proscreve condutas ofensivas à moral média. Enfim, nem toda infração à boa-fé é contrária aos bons costumes, mas a recíproca não é verdadeira, pois toda conduta imoral representa uma ofensa à boa-fé” (Rosenvald; 2005; Pág.82).

⁵² Há, entretanto, teorias que evidenciam a aplicabilidade do dever de conformidade a boa-fé objetiva, não somente entre os indivíduos principais da relação obrigacional, mas, também a terceiros, como é o caso da teoria do terceiro cúmplice, presente no art. 608 do Código Civil

⁵³ Enunciado 25, da I Jornada do CJF/STJ :“ O art.422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.
Enunciado 170 da III Jornada do CJF/STJ: “ A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociação preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

a) *Dever de lealdade e confiança*: o dever de lealdade consiste na regra geral presente nos contratos em que as partes devem guardar entre elas mútuo respeito e agir com honra em relação ao outro, sem buscar seu prejuízo. Tal dever busca dar maior efetivação às relações que devem se basear “na transparência e enunciação da verdade, com a correspondência entre a vontade manifestada e a conduta praticada, bem como sem omissões dolosas”. (Stolze; 2009; Pág.71). Já a confiança se traduz no sentimento em que se acredita na palavra de outrem, ou seja, acredita-se na lealdade de terceiro, devendo tal sentimento ser protegido tendo em vista o reconhecimento de uma sociedade devidamente civilizada.

b) *Dever de informação*: se traduz no dever em que as partes têm de informar a outra sobre a natureza do negócio, e sobre as características do produto ou daquilo que está sendo contratado. Temos assim, uma regra de caráter moral e jurídica, em que os contratantes têm o dever “comunicar à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio e, bem assim, do bem jurídico, que é seu objeto, por imperativo de lealdade entre os contratantes (Stolze; 2009; Pág.73).

c) *Dever de cooperação, colaboração ou assistência*: dentro de uma relação contratual as duas partes, em tese, visam o seu adimplemento, caso contrário não teriam realizado o contrato, assim, os contratantes devem colaborar no sentido de atingir a finalidade contratada, sem opor as dificuldades. Exemplo clássico se traduz no ato de credor que dificulta o pagamento de prestação por parte do devedor, sem justo motivo.

d) *Dever de sigilo ou intimidade*: O dever de sigilo está relacionado ao próprio negócio celebrado pelas partes, dependendo de sua natureza, deverão os contratantes respeitar o dever de não divulgar dados ou eventuais informações atinentes ao contrato que foi pactuado. Exemplos dessas situações estão relacionados a grandes empresas que compram áreas para a construção de uma nova sede,

ou de algo que entende ser inovador para o seu ramo atividade, e pede para que o vendedor não revele a natureza do obra que se realizara ou divulgue o nome da empresa, bem como qualquer outra informação que fora divulgada durante as tratativas. Podendo-se portanto, sem grandes preocupações, tal dever se estender mesmo que finalizado o contrato, como é o caso de funcionário que atuava em cargo de confiança em empresa, e vai para a concorrente direta da mesma, levando consigo as informações lá obtidas.

e) *Dever de segurança*: tal dever condiz com a preocupação de que aquilo que esta sendo contratado não imponha em risco a integridade dos contratantes, muito menos da sociedade.

Assim além desta função de criação de deveres anexos – função ativa da boa-fé- aos contratantes, a boa-fé apresenta outras funções em nossa legislação como a *função interpretativa* da boa-fé - descrita no art.113 do Código Civil- que é a mais trabalhada por nossa doutrina, uma vez que a mesma será utilizada para auxiliar na interpretação de determinado contrato, onde aquele que aplicar o direito terá “na boa-fé objetiva, um referencial hermenêutico dos mais seguros, para que possa extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil”. (Stolze; 2009; Pág.69), além da já citada *função limitadora ou controladora* de direitos subjetivos, através do art. 187 do Código Civil, em que se visa evitar a prática abusiva de uma posição jurídica subjetiva pela pessoa, sob pena de cometer ato ilícito. Flávio Tartuce, ao tratar das funções da boa-fé objetiva no Código Civil, traz uma *função integrativa* (Tartuce; 2011; Pág.116) onde a boa-fé estará presente em todos os contratos, em referencia ao art.422 do Código Civil, já trabalhado anteriormente em sede da criação dos deveres anexos.

5. Dos Desdobramentos da boa-fé objetiva nos contratos

5.1 Introdução

Como visto até agora, a boa-fé no Código Civil, assume diversas funções de acordo com o dispositivo legal em análise, dentre estas funções vimos a de integração dos contratos e de criação e limitação de deveres anexos, presentes no art. 422 do Código Civil.

Assim, a partir da análise de tal dispositivo e sua aplicação aos contratos, é possível extrairmos algumas figuras parcelares, ou desdobramentos a partir do preceito de boa-fé, em evidência a sua função reativa, no sentido de defesa, ou nas palavras do professor José Fernando Simão se traduz como: “a utilização da boa-fé objetiva como exceção, ou seja como defesa em caso de ataque do outro contratante. Trata-se da possibilidade de defesa que a boa-fé objetiva possibilita em caso de ação judicial injustamente proposta por um dos contratantes”(José Fernando Simão; *A boa-fé e o Novo Código Civil- Parte III*; disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm, acessado em 30 de Junho de 2010.).

Entretanto, conforme explica Luciano de Camargo Penteadó, estas figuras parcelares poderão vir a estar presente em mais de uma situação, flutuando seus conceitos e requisitos de uma para outra, dada a sua maleabilidade ou plasticidade, onde “todas resultam da incidência do CC 422, em matéria de contratos e de direitos das obrigações” (Luciano de Camargo Penteadó; *Figuras Parcelares da Boa-fé objetiva e Venire contra Factum Proprium*. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Luciano_venire.doc. Acesso em 30 de Junho de 2010.)

Passaremos agora a estudar tais figuras parcelares, tendo em vista as mais comentadas na doutrina pátria.

5.2 *Supressio*

A *supressio* tem sua origem na jurisprudência dos tribunais comerciais da Alemanha⁵⁴, tendo se consolidado a partir do fim da primeira guerra mundial. A partir do termo *supressio*, já podemos retirar a sua essência que se caracteriza pela supressão, perda, ou minoração, de uma posição jurídica subjetiva, pelo seu não uso em decorrência do tempo, de forma a ter ensejado na outra parte que não mais seria exercitado tal direito. Vem da expressão alemã *Verwirkung*, que seria equivalente ao português algo como “perda”.

Consiste portanto, a *supressio*, em um comportamento omissivo do contratante em face de um direito seu, originalmente exigível, de forma a ter criado na outra parte a *confiança* que não seria tal direito mais exigido.

Embora semelhante à figura da prescrição, a *supressio* com ela não se confunde, uma vez que aquela diz respeito a perda de uma pretensão em decorrência de determinado lapso temporal certo, e por sua vez esta última diz respeito a um instituto da boa-fé objetiva, onde o não exercício de um direito, faz surgir na outra parte a expectativa de que o mesmo não seria mais exigido, não tendo um prazo certo, se constatando que “o comportamento da parte não era mais aceitável, segundo o princípio da boa-fé”. (Stolze; 2009; Pág.84).

Existe ainda, uma aproximação da *supressio* com o instituto, que será estudado, do *venire contra factum proprium*, tratando este de gênero no qual a *supressio* seria espécie.

Nesse sentido pondera Menezes de Cordeiro:

Mais sucesso teve, por isso, a recondução da *supressio* à proibição de *venire contra factum proprium*: o titular do direito, abstendo-se do exercício durante um certo lapso de tempo, criaria na contraparte, a representação de que esse direito não mais seria actuado; quando; supervenientemente, viesse agir, entraria em contradição. O sucesso do apelo ao *venire contra factum proprium* deve ser conjugado com a tese de SIEBERT, sobre a *supressio*. SIEBERT defendeu que a *supressio*, privada de autonomia verdadeira, era apenas uma sub-hipótese de exercício inadmissível de direitos por contrariar a boa-fé. O entendimento da *supressio* como *venire contra factum proprium* firmou-se contra a tese de SIEBERT. A construção laboriosa por ele operada, tendente a reconduzir a *supressio* ao exercício

⁵⁴ Nesse sentido ver Menezes de Cordeiro, *Da boa-fé...* Pág.799.

inadmissível dos direitos, ligada, ainda à idéia da relatividade do conteúdo dos direitos subjetivos, seria puramente formal: não daria, ao intérprete, qualquer critério material para indagar, concretamente, hipóteses de *supressio*. SIEBERT e os seus seguidores não deixaram, porém, de criticar a redução da *supressio* ao *venire contra factum proprium*: SIEBERT acentua a possibilidade de o *venire contra factum proprium* não ter na sua base o exercício e dúvida que o *factum proprium* possa implicar uma mera inactividade; BENDER sublinha, como elemento essencial da *supressio*, que não do *venire contra factum proprium*, o decurso do tempo. A tendência posterior de reconduzir a própria proibição de *venire contra factum proprium* a um tipo de exercício inadmissível de direitos acabou por retirar interesse à discussão: a *supressio* torna-se uma forma de exercício inadmissível de direitos, por *venire contra factum proprium*.

O panorama doutrinário actual sobre a *supressio* vive dominado pela sua recondução ao exercício inadmissível dos direitos; nuns casos, porém, a sua localização dogmática fica-se aí; noutros, pelo contrário, mantem-se a mediação do *venire contra factum proprium*. (Cordeiro; 2001; Pág.808-810).

Assim portanto, da leitura deste trecho da obra do autor português, pode-se verificar que a *supressio* apresenta algumas diferenças frente a *venire*, no sentido de que aquela exige uma atuação negativa, ou omissiva por uma das partes, bem como existência de um determinado lapso temporal razoável a fazer acreditar que um direito não mais seria exigido.

Exemplos clássicos da *supressio* trazido pela doutrina diz respeito a utilização em regime de exclusividade, por condômino, de área do condomínio destinado ao uso comum, por lapso temporal considerável, que implica na “supressão da pretensão de cobrança de aluguel pelo período de uso” (Stolze; 2009; Pág.84). Outro exemplo se verifica no art.330 do CC, no que diz respeito a pagamento realizado diversamente do local do contratado, sem oposição do credor, devendo este aceitar o novo local.

Ainda, nesse sentido tem-se decididos nos tribunais do país:

Apelação. Ação de cobrança (prestação de serviços). Cobrança em princípio legítima que se tornou inviável diante da inércia do credor (boa-fé objetiva - art. 422 do CC *supressio*). Sentença reformada. Apelo a que se dá provimento.422CC. (9176287782008826 SP 9176287-78.2008.8.26.0000, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 23/03/2011, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/03/2011)

ABANDONO DA CAUSA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. EFEITO TRANSLATIVO. conTRATO DE SEGURO EM GRUPO. COMPORTAMENTO conCLUDENTE. SUPRESSIO E SURRECTIO.1. A extinção do processo por abandono da causa depende de intimação pessoal do autor para regularizar a falta.2. Nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito e estando a causa em condições de imediato julgamento, o Tribunal deve julgar desde logo a lide.3. Pela teoria

da confiança não se considera o comportamento do declarante, mas a expectativa de quem recebe a declaração, possibilitando o reconhecimento da chamada *supressio*, cuja consequência é a renúncia ao direito para o seu titular, fazendo nascer para a outra parte a legítima expectativa de confiança quanto à permanência da situação que se consolidou no tempo (*surrectio*) .4. Apelação conhecida e provida. Maioria(309922010 MA , Relator: PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, Data de Julgamento: 04/02/2011, SAO LUIS).

DIREITO CIVIL - LOCAÇÃO RESIDENCIAL - Situação jurídica continuada ao arrepio do contrato. Aluguel. Cláusula de preço. Fenômeno da *surrectio* a garantir seja mantido a ajuste tacitamente convencionado. A situação criada ao arrepio de cláusula contratual livremente convencionada pela qual a locadora aceita, por certo lapso de tempo, aluguel a preço inferior àquele expressamente ajustado, cria, à luz do Direito Civil moderno, novo direito subjetivo, a estabilizar a situação de fato já consolidada, em prestígio ao Princípio da Boa-Fé contratual (TJMG - 16ª Câm. Cível; ACi nº 1.0024.03.163299-5/001-Belo Horizonte-MG; Rel. Des. Mauro Soares de Freitas; j. 7/3/2007; v.u.)⁵⁵.

Portanto, se verifica com a *supressio* a busca de uma proteção a confiança frente a uma situação estabelecida, onde busca-se punir a acomodação de uma das partes.

5.3 *Surrectio*

Ao lado da *supressio*, temos a *surrectio* – *Erwicklung*-, podendo ser aplicados seus conceitos em conjunto, no sentido de que ambos são faces da mesma moeda. Se a *supressio* corresponde a perda, supressão, a *surrectio* corresponde ao ganho, ao surgimento de um direito em decorrência do comportamento da outra parte –usos e costumes- durante a prática contratual.

Nesse sentido traz Luciano Penteadó em artigo já citado:

A *surrectio* verifica-se nos casos em que o decurso do tempo permite inferir o surgimento de uma posição jurídica, pela regra da boa-fé. Normalmente, é figura correlata à *supressio*. A *surreição* consistiria no surgimento de uma posição jurídica pelo comportamento materialmente nela contido, sem a correlata titularidade. Como efeito deste comportamento, haveria, por força da necessidade de manter um equilíbrio nas relações sociais, o surgimento de uma pretensão. (Luciano de Camargo Penteadó; *Figuras Parcelares da Boa-fé objetiva e Venire contra Factum Proprium*. Disponível em:

⁵⁵ Ementa retirada de Tartuce, Flavio; *Direito Civil...* Pág. 127.

http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc. Acesso em 30 de Junho de 2010).

Ainda, Menezes de Cordeiro, traz os seguintes requisitos para a *surrectio*:

(...) exige-se um certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual actua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; requer-se a conjugação objectiva de factores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a *surrectio*. Mais preciso, Canaris aponta a presença de uma previsão de confiança, a imputação da situação a criar – uma vez que a *surrectio* de um direito vai sempre atingir as situações pré-existentes- ao prejudicado, a título de culpa ou de risco, a boa-fé subjetiva do beneficiário, no sentido de este ter, pelo menos como provável, a regularidade da situação fática subjacente e ausência de quaisquer outras soluções impostas pelo Direito, com sejam obrigações de indemnizar ou de restituir enriquecimentos. Tal como o propósito das previsões de confiança, patentes no fenómeno do *venire contra factum proprium*, estes factores não são, em absoluto, necessários; o seu funcionamento processa-se dentro das regras, já definidas, da sistemática móvel. (Cordeiro; 2001; Pág. 821-822).

Assim, para exemplificar a *surrectio* é possível pegarmos por exemplo aquele citado para explicar a *supressio* do artigo 330 do Código Civil, onde para o credor ocorreu a perda do direito de exigir o recebimento do pagamento conforme o contratado, para o devedor surge o direito de continuar pagando conforme o que usualmente se estabeleceu.

5.4 *Venire Contra factum proprium*

Tal figura correlata da boa-fé objetiva advém da teoria dos atos próprios, onde ninguém pode agir contra os próprios atos, recaindo em contradição. Sua tradução seria “vir contra ato próprio”, assim existem dois comportamentos pela pessoa, que quando isoladamente analisados são lícitos, entretanto, quando vistos de forma conjunta, existe uma contradição entre eles. O professor José Fernando Simão, em artigo já citado, traz que no *venire contra factum proprium* tem-se se a “idéia de que as partes, em decorrência da confiança que permeia a relação jurídica, devem agir de maneira coerente, seguindo a sua linha de conduta, e portanto não podem contrariar tal conduta, por meio de um ato posterior”. (José Fernando Simão;

A *boa-fé* e o *Novo Código Civil- Parte III*; disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm, acessado em 30 de Junho de 2010.)

Tal figura se evidencia na situação em que temos, por exemplo, um contrato de locação, de natureza empresarial, por tempo indeterminado, em que o locatário pede autorização ao locador para realizar reformas no imóvel, sendo-lhe concedido tal autorização pelo locador. Ao termino das obras, o locador, entretanto, denuncia o contrato e dá 30 dias para desocupação.

Percebe-se que neste exemplo, fica evidenciado que, em tese, temos atos lícitos por parte do locador, entretanto, ao analisarmos o caso do ponto de vista da *boa-fé* objetiva, veremos que ocorreu uma contradição em seu ato, onde foi gerado uma confiança por parte do locatário que ainda poderia permanecer mais algum tempo no imóvel, e esta confiança fora quebrada.

Luciano Penteado traz, em artigo aqui já citado, que existem pelo menos quatro pressupostos para a configuração do *venire*, a) uma conduta; b) criação de uma confiança ou expectativa; c) agir de acordo com tal confiança, e; d) ato contraditório frente ao inicial⁵⁶:

Existem assim, quatro pressupostos do *venire*: um comportamento, a geração de uma expectativa, o investimento na expectativa gerada ou causada e o comportamento contraditório ao inicial, que se toma como ponto de referência.

Na vedação ao comportamento contraditório existem dois comportamento lícitos, diferidos no tempo, os quais se contradizem de modo direto e não negocial, não podendo a situação portanto, ser solucionada pelos remédios obrigacionais gerais. São exemplos de comportamento contraditório a demanda por cumprimento de contrato nulo quando a nulidade é de responsabilidade do demandante, a arguição de incompetência de tribunal arbitral e perante a justiça comum, quando existe cláusula arbitral primitivamente questionada, entre outros. Nas fontes romanas, encontra-se por exemplo, o fragmento "*adversus factum (...) movere contraversias prohibetur*", a propósito de uma situação concreta. Ou seja, contra um fato próprio, não se pode mover uma ação de impugnação. Existe uma vinculação mínima de responsabilidade perante o ato próprio. Mostra-se, portanto, que o fato próprio tem alguma eficácia vinculativa para além dos limites da autonomia privada negocial em sentido estrito. (Luciano de Camargo Penteado; *Figuras Parcelares da Boa-fé objetiva e Venire contra Factum Proprium*. Disponível em:

⁵⁶ Anderson Schreiber ainda faz menção a necessidade de existência de um dano ou no mínimo uma potencialidade de dano. (Schreiber, Anderson; *A proibição de comportamento contraditório- tutela da confiança e venire contra factum proprium*; Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2005, Pág.124).

http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc. Acesso em 30 de Junho de 2010).

Ainda, sobre a reconhecimento doutrinário do *venire*, o Enunciado nº 362 da IV Jornada de Direito do CJF/STF, tem o seguinte teor: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos art.187 e 422 do Código Civil”. (Tartuce; 2010; Pág; 128).

Entretanto, tal reconhecimento não é meramente doutrinário e acadêmico, sendo esta vedação a comportamentos contraditórios tendo sido reconhecido na jurisprudência⁵⁷:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONVENÇÃO. ACORDO PARA REDUZIR VALOR DO ALUGUEL. VALOR DIVERSO DO CONSTANTE NO CONTRATO DE LOCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO.VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM Anuência do reconvindo com o pagamento dos aluguéis em valor menor do que contratado, sendo tal conduta reiterada ao longo de três meses. Violação ao princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) quando cobrado valor diverso do acordado, mormente porque não pode valer-se de comportamento contraditório na relação contratual, em face do princípio do *venire contra factum proprium*. Sentença reformada....422Código Civil. (70036244747 RS , Relator: Ergio Roque Menine, Data de Julgamento: 26/05/2011, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/05/2011);

Apelação Ação de despejo por falta de pagamento Locação comercial Locatária que manifesta concordância com a desocupação do imóvel Razões de apelação que encerram ?*venire contra factum proprium*? Sentença de procedência ? Confirmação. Apelação a que se nega provimento. (9186649082009826 SP 9186649-08.2009.8.26.0000, Relator: Ricardo Pessoa de Mello Belli, Data de Julgamento: 19/10/2011, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/10/2011.);

PROMESSA DE EMPREGO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM.Ao realizar todos os atos preparatórios para a admissão do autor, exigindo a entrega de diversos documentos e encaminhando-o para realização de exames admissionais, bem como curso de integração e abertura de conta corrente em instituição bancária, a demandada, ao não efetuar sua contratação, praticou conduta temerária e em desacordo com os ditames da boa-fé, que devem permear também a fase pré-contratual, caracterizando *venire contra factum proprium*. Valor deferido na Origem que efetivamente se encontra aquém do devido, considerando o dano suportado pelo autor, a conduta altamente reprovável do demandado, e o fato de se tratar de empresa de considerável capacidade econômica. Apelo do autor parcialmente provido para majorar o valor da indenização por danos morais. (...) (7551820105040202 RS 0000755-18.2010.5.04.0202, Relator:

⁵⁷ Para outros julgamentos vide Tartuce; *Direito Civil*, Pág. 129 e ss.

ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ, Data de Julgamento: 06/10/2011, 2ª Vara do Trabalho de Canoas).

5.5 *Tu quoque*

“*Tu quoque, Brute fili mi*⁵⁸!”. Tal frase dita por Júlio César a Brutus, no momento do atentado contra sua vida, quando aquele percebe que seu filho havia ajudado na prática do ato, da ensejo a um dos mais comuns desdobramentos da boa-fé objetiva. O *tu quoque* contratual significa dizer que uma das partes violou uma norma ou conteúdo do contrato, e mesmo assim, quer se aproveitar desta violação por ele ensejada, sendo uma vedação ao aproveitamento de posição jurídica obtida de forma indevida. Embora se assemelhe com o *venire contra factum proprium*, no *tu quoque* temos uma violação, ou descumprimento a uma norma, caracterizando um ato ilícito, ao passo que naquele o ato em contradição não será necessariamente ilícito, mas ilícito será quando analisada a seqüência dos mesmos em um todo, e não em sua individualidade.

Nas palavras de o Menezes de Cordeiro o *tu quoque* se expressa dentro dos seguintes termos:

A fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. Esta em jogo um vector axiológico intuitivo, expresso em brocardos como *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must como with clean hands*. A sua aplicação requer a maior cautela. Fere as sensibilidades primárias, ética, e jurídica, que um apessoa possa desrespeitar um

⁵⁸ Menezes de Cordeiro traz que: “Segundo TEUBNER, o *tu quoque* contratual teria sido imputado a um dos seguinte oito princípios: à retaliação, à regra da integridade, à recusa de protecção jurídica, à compensação de culpas, ao recurso ao próprio não-direito, aos comportamentos contraditórios, à renúncia a sanções e à proporcionalidade contratual. O princípio da retaliação, traduzindo formula taliónica, constante nos subconcientes individuais e colectivos, dever combatido; corresponderia, quando muito, a uma medida dum princípio retributivo que não tem lugar no Direito Privado. A regra da integridade –recorda-se o *honestum vivere* de ULPIANUS–não dá por si, a chave do *tu quoque*: o titular exercente faltoso devia ter actuado de modo íntegro; assim é: mas porque não será de exigir integridade à contraparte? A recusa de protecção jurídica prende-se com um entendimento rebuscado, embora dominante do §817/2 do BGB, cuja doutrina teria aplicação ao *tu quoque*. Tal entendimento tende a ser abandonado na literatura mais recenete; não tem pois, mérito bastante para ser estendido. (Cordeiro; 2001; Pág. 840-841)

comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento. (Cordeiro; 2001; Pág.836).

(...)

Parte-se do direito subjetivo, paradigma de posições jurídicas individuais. Qualquer atribuição jussubjetiva tem, subjacente, não só a situação do titular- beneficiário, mas a de outros membros do espaço jurídico. A concessão de uma permissão normativa específica de aproveitamento é, num ponto de vista ontológico não estereotipado, possivelmente, a cominação de deveres a outras pessoas – caso dos direitos relativos e de direitos absolutos que, implicando situações de conflito, pressuponham esquemas relativos para dirimir, como sucede no caso típico da vizinhança – e, necessariamente, a colocação de não-permissões para todos os não beneficiários. Toda a conjunção permissão-dever-não-permissão exprime uma regulamentação material querida, com efectividade, pelo Direito. Esta – e não um jogo formal de posições jurídicas envolvidas desenraizadas – concita o interesse e a preocupação do jurídico. A pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilíbrio, num momento prévio, a regulamentação material instituída, expressa, mas só em parte, no seu direito subjectivo, não pode, depois, pretender, como se Ada houvesse ocorrido, exercer a posição jurídica do exercente; no limite, pode ir até a extinção.

Esta construção tem um espaço descritivo triplo de aplicação. Funciona perante prestações em sinalagma e, ainda, no campo contratual não sinalagmático, nos termos acima examinados; foi, aliás, esse sector, mais confinado, que permite, metodologicamente, abordar o tema pela via apropriada. Mas funciona, também no campo não contratual. Impõe, aí, que quem tenha firmado um direito, formalmente correcto, numa situação jusmaterial que não corresponda à querida pela ordem jurídica, não possa, em consequência disso, exercer a sua posição de modo incólume. As possibilidades de exercício são restringidas ou, até, suprimidas – com a extinção do direito implicado – por forma a recuperar o desequilíbrio causado. Nesta leitura, o caso típico de direito indevidamente obtido, ou, se se quiser, do chamado recurso ao próprio não-direito, torna-se inteligível. (Cordeiro; 2001; Pág. 851).

Assim, portanto, para o autor, o *tu quoque* teria uma tríplice função⁵⁹, no sentido de manter dentro da relação contratual, o equilíbrio entre os direitos e deveres existente entre as partes (sinalagmático), além de manter este equilíbrio ao “exercício de direitos subjetivos que deferem o mesmo conteúdo de bens e, também, vedando o que se possa entender como abuso de direito, que na prática, se trata de atuação de posição jurídica de que não é titular ou que foi obtida de modo indevido” Luciano de Camargo Pentead; *Figuras Parcelares da Boa-fé objetiva e Venire contra Factum Proprium*. Disponível em:

⁵⁹ Ainda sobre o assunto ver Luciano de Camargo Pentead; *Figuras Parcelares da Boa-fé objetiva e Venire contra Factum Proprium*. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc. Acesso em 30 de Junho de 2010).

http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc. Acesso em 30 de Junho de 2010).

Exemplo amplamente utilizado na doutrina para explicar tal instituto, encontra-se presente no instituto do *exceptio non adimpleti contractus*, onde em um contrato bilateral, a parte não pode da outra a contraprestação, se não realizou primeiramente sua prestação, ao analisarmos sua aplicação fora da realidade contratual, conforme citado acima pelo autor português, teríamos os casos de direito de vizinhança, em que se busca um equilíbrio entre o direito de propriedade e segurança, sossego e saúde dos vizinhos (art. 1277, *caput*, CC).

Na jurisprudência pátria o *tu quoque* também tem tido seu espaço de reconhecimento perante os tribunais:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPRA DE APARELHO CELULAR. PARCELAMENTO DO VALOR. INADIMPLEMENTO. RECUSA DE PRESTAR ASSISTÊNCIA TÉCNICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS INDEVIDA.1. Pelo princípio tu quoque, decorrente da boa-fé, não se justifica a cobrança de adimplemento do contrato se a própria parte que pleiteia o descumpriu. 2. Não há razão em indenizar por danos materiais e morais o consumidor que deixa de pagar a maior parte das parcelas da compra de um produto. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (7224173 PR 0722417-3, Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 10/02/2011, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 582,).

REPARAÇÃO DE DANOS. TROCA DE PASSAGEM AÉREA. FILHO QUE IRIA PASSAR AS FÉRIAS COM O PAI. ALTERAÇÃO NA DATA DE RETORNO. PERMANENCIA POR MAIOR DECURSO DE TEMPO. SITUAÇÃO RECORRENTE ENTRE AS PARTES. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO TU QUOQUE. IMPOSSIBILIDADE DE A PARTE EXIGIR DO OUTRO ALGO QUE JÁ FOI POR ELA DESCUMPRIDO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO QUE EMBASE A PRETENSÃO AUTURAL. SENTENÇA REFORMADA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RECURSO PROVIDO.(Recurso Cível Nº 71003082369, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Leandro Raul Klippel, Julgado em 07/06/2011).

Embargos declaratórios rejeitados - Pretensão de reexame das provas - Inadmissibilidade. Apartamento em construção - Teoria da destruição da base negociai e tu quoque - Não é possível obrigar a construtora, que realmente atrasou mais de cinco anos para concluir a unidade construída, a entregar as chaves quando, no período, o comprador não cumpre o dever de solver as prestações - Ausência de boa-fé dos contratantes e impossibilidade jurídica e econômica de obrigar ao cumprimento, recomendando aplicar a teoria da destruição da base objetiva do negócio, pela culpa recíproca e disciplinar os efeitos do retorno ao status quo ante (devolução das quantias pagas, com multa, excluídas outras indenizações) - Provimento, em parte, do recurso da requerida, prejudicado o dos autores. (994092913590 SP, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 22/07/2010, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/07/2010,).

5.6 *Exceptio Doli*

A *exceptio doli*, ou “exceção dolosa”, é outro desdobramento da boa-fé objetiva, e tem sua aplicação no brocardo *agit qui petit quod statim redditurus est*, atuando no sentido de proibir a prática de determinados direitos ou atos de forma a causar prejuízo à outra parte, de forma dolosa. Seria de forma simples o “fazer por fazer” ou o “fazer para prejudicar”. Pablo Stolze assim traz que tal instituto, “visa sancionar condutas em que o exercício do direito tenha sido realizado com o intuito, não de preservar legítimos interesses, mas sim, de prejudicar a parte contrária” (Stolze; 2009; Pág.86). Tem-se a *exceptio doli*, portanto, a função de permitir que uma pessoa, embora tenha que cumprir com um dever, não o faça, tendo em vista o seu exercício realizado de forma dolosa pela outra parte.

Nesse sentido traz Luciano de Camargo Penteadado:

(...) A *exceptio doli* atua no sentido de paralisar o exercício de pretensões claramente dirigidas contra a parte contratante de modo doloso.

(...)

O motivo dessa faculdade é justamente o fato de a outra parte ter agido com dolo. Assim, como obteve uma posição jurídica indevidamente, está não pode ser exercida. Aquele contra quem se pretende exercer pode paralisá-la alegando exceção de dolo. (...) A exceção do dolo tem sido pouco aplicada no Brasil de forma consciente, mas pode ser um recurso deveras interessante para paralisar o exercício de alegados direitos subjetivos em sentido amplo, nos caos não claramente submissíveis ao *venire* ou ao *tu quoque*. (Luciano de Camargo Penteadado; *Figuras Parcelares da Boa-fé objetiva e Venire contra Factum Proprium*. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc. Acesso em 30 de Junho de 2010).

Exemplo da aplicação de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro, se da com o art. 940 do Código Civil, onde aquele que demandar por dívida já paga, em sua totalidade ou em parte, sem registrar, nesta ultima hipótese a parte que foi paga, estará obrigado a pagar em dobro no primeiro caso, e no segundo, o equivalente do que dele exigir. Outro exemplo se da ainda, com a caracterização do denominado assédio processual, que é aquele em que as partes da relação jurídica processual se utilizam de todos os instrumentos processuais

possíveis, visando apenas o mero retardamento da marcha processual, ou de determinação judicial, tratando-se de atos procrastinatórios.

Vale destacar que a doutrina separa a *exceptio doli* em *generalis* e *specialis*. A *generalis* corresponde a um gênero, sendo a exceção dolosa trabalhada até agora, e a *specialis*, corresponde a uma espécie, aplicável aos negócios jurídicos e atos dele oriundos, assim, “a diferença específica encontra-se nos casos em que a fonte da que dimana o possível direito é um negócio jurídico e não qualquer outra fonte”⁶⁰. (Luciano de Camargo Penteadó; *Figuras Parcelares da Boa-fé objetiva e Venire contra Factum Proprium*. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc. Acesso em 30 de Junho de 2010).

5.7 Da Inalegabilidade de nulidades formais, *Duty to Mitigate de loss* e Desequilíbrio no exercício jurídico

A inalegabilidade das nulidades formais representa um dos desdobramentos da boa-fé objetiva, onde não pode a parte alegar nulidade formal como ato de anulação de eventual negócio jurídico por ter dado causa a esta. Assim a forma, como ato de nulidade, não pode ser alegada meramente por alegar. Trata-se de aplicação de forma específica do instituto do *venire contra factum proprio*. Em nosso ordenamento, tem-se tal instituto principalmente na seara processual, no art. 243 do Código de Processo Civil e no campo trabalhista, no art.796, *b*, da CLT.

Luciano de Camargo Penteadó faz as seguintes considerações sobre este instituto:

⁶⁰ Menezes de Cordeiro, traz a origem de tal instituto no direito romano, onde “ na tradição do direito comum, reconhecia um papel duplo da *exceptio doli*, base da sua repartição por duas *exceptiones* diferenciadas. Nuns casos, o defendente alegava a prática , pelo autor, de dolo, no momento em que a situação jurídica levada a juízo, se formara: era a *exceptio doli praeteriti* ou *specialis*. Noutros, o réu contrapunha, à ação o incurso do autor em dolo, no momento da discussão da causa: era a *exceptio doli praesentis* ou *generalis*. A *exceptio doli specialis* equivalia à impugnação da base jurídica da qual o autor pretendia retirar o efeito judicialmente exigido: havendo dolo inicial, toda a cadeia subsequente ficava afectada. O sentido concreto da exceção residia, então, na anulação do acto negocial cuja validade fosse tentada fazer actuar por, na sua base, haver declaração de vontade extorquida com dolo; podia, porém, consistir antes em indemnização arbitrada por ocorrência de práticas danosas ilícitas”. (Cordeiro;2001; Pág.721-722).

A inalegabilidade das nulidades formais verifica-se por sua vez, em especiais circunstâncias que impedem a alegação da nulidade pela parte a quem esta aproveitaria, quer por ter dado causa a esta, quer por se tratar de nulidade de forma, não de conteúdo. Trata-se de uma hipótese específica de *venire*, em que o fato próprio é um ato nulo, sendo esta nulidade, entretanto, de caráter meramente formal. É uma das reduções teleológicas a que se deve necessariamente chegar para se ter uma compreensão adequada do que seja a nulidade e sua relação com a boa-fé objetiva. Trata-se de um imperativo de justiça material, que leva ao cumprimento dos contratos, ainda que nulos, entre as partes, quando isto for possível.

Assim, pela inalegabilidade das nulidades formais, não se pode em juízo postular nulidade de atos jurídicos, notadamente bilaterais, mas também os unilaterais, a que o postulante deu causa a este nulidade, quando esta for de caráter formal. Quando se fala de caráter formal da nulidade não se quer pontuar apenas a nulidade por vício de forma pública (e.g. CC 108), mas também toda e qualquer nulidade que não diga respeito à substância do ato, o que, evidentemente demanda análise casuística. (Luciano de Camargo Pentead; *Figuras Parcelares da Boa-fé objetiva e Venire contra Factum Proprium*. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Luciano_venire.doc. Acesso em 30 de Junho de 2010).

Tal figura parcelar, portanto assume um importante papel na mitigação dos excessos de formalismo presentes na lei para que um negócio jurídico se efetue, bem como visa uma maior aproveitamento dos contratos.

Por sua vez o *Duty to mitigate the loss*, consiste no fato de que uma pessoa que se encontra em situação desfavorável, e possua meios para sair desta, não a realiza apenas para agravar sua situação, tendo em vista beneficiar-se depois. Tal construção encontra-se presente no Enunciado 169, da III Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, que traz que “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.” (Tartuce; 2010; Pág.131). Por sua vez, tal instituto tem inspiração no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, que dispõe sobre a venda internacional de mercadorias: “A parte que invoca a violação do contrato deve tomaras medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada”.

A título de exemplos podemos citar os contratos bancários, onde as agencias ao realizarem contratos de empréstimo, e constado o atraso por parte do cliente, permanece a instituição inerte, visando à maior incidência dos juros, para

que a dívida assuma valores excessivos. Outro exemplo se dá quando um proprietário de imóvel rural avista um incêndio vindo em direção a sua fazenda, e tendo condições de realizar algo, não o faz visando uma maior indenização.

Por último, temos o desequilíbrio no exercício jurídico, que nada mais é do que a função limitadora da boa-fé, presente no art. 187 do Código Civil onde o titular de um direito ao exercê-lo não pode cometer abusos ou exageros, sob pena de estar cometendo ato ilícito. Exemplo, desta figura, encontramos no exercício do direito de propriedade e os direitos de vizinhança.

6. CONCLUSÃO

Assim, ante ao exposto neste trabalho, podemos concluir que o princípio da boa-fé é portanto, um princípio histórico, existente desde Roma, presente em grande parte das legislações passadas, até os dias atuais. Para que possamos entretanto, analisar de forma mais efetiva sua aplicabilidade e importância no cenário atual é necessário que primeiramente estudemos o que venham a ser os princípios e suas características.

Os princípios são considerados enunciados axiológicos, onde esta descrito um estado ideal de coisas, que possuem ampla flexibilidade, e estão em constante choque dada a sua natureza.

Inicialmente, estes enunciados eram tratados apenas como uma fonte integrativa e interpretativa do Direito, não sendo de valor normativo algum, ou seja, eram apenas enunciados, sem algum poder de vinculação.

Entretanto, foi se percebendo com o tempo, em decorrência das grandes dificuldades que o positivismo detinha para dar solução a determinadas situações, que os princípios - que até então somente tinham força normativa se tivessem descrito em lei – poderiam ser utilizados para atingir, de forma mais efetiva, o ideal de *justiça*, que o Direito, através de suas ferramentas, busca alcançar.

Os princípios passam, portanto a serem tratados como normas jurídicas, ou seja, começam a ter o poder de vinculação do aplicador da norma, e devido a sua característica de flexibilização, sua aplicação se dá através da ponderação, podendo serem aplicados dependendo do caso concreto.

Por sua vez, um ordenamento jurídico composto somente de princípios geraria uma insegurança jurídica, uma vez que iria repousar no subjetivismo do aplicador do Direito. Nesse caso, para que possamos ter um ordenamento equilibrado, devemos também nos utilizarmos das denominadas *regras*.

As regras são normas descritivas de condutas e, portanto, altamente previsíveis, e devido a essa previsibilidade, geram uma segurança jurídica, que também é um bem que deve ser alcançado pelo ordenamento jurídico.

Os estudos sobre as normas jurídicas estão ganhando cada vez mais destaque, onde a incorporação dos princípios ao patamar daquelas tem gerado algum entusiasmo, frente à grande possibilidade de soluções que se pode encontrar para casos que a lei não poderia prever, dada a grande mutabilidade da vida em sociedade e as mais diversas situações que surgem no dia a dia.

Assim, os contratos, que são figuras jurídicas que sofrem diversas modificações durante o tempo, também necessitaram passar por uma reformulação em sua estrutura e essência, deixando de lado os idéias de individualismo, onde somente interessava as parte ao que seria contratado, presente nos princípios oitocentistas, para vir a se transformar em um instituto em que traduz o interesse de uma coletividade, e para atingir tal interesse começou a se olhar com mais carinho aos princípio da boa-fé e função social dos contratos, que vieram tratados no atual Código como cláusula geral contratual.

Com a aplicação destes princípios na seara contratual, se tornou possível uma maior efetividade na promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, em evidencia ao fenômeno da aplicação horizontal dos direitos humanos as relações privadas, tornando-se portanto, um dos valores que servem de base para o Direito Privado Brasileiro.

Sobre a boa-fé viu-se que a mesma assumiu diferentes funções durante o tempo, e os interesses daqueles que estavam a frente das legislações, onde muitas vezes foi negligenciada, ganhando importância com o tempo, devido a evolução do estudo da Ciência do Direito e aplicação dos princípios frente as novas realidade sociais.

A boa-fé na atual codificação tem duas faces, a subjetiva, que é correspondente a um estado de ignorância, aplicado a institutos possessórios e ao casamento putativo; e a objetiva, que corresponde a uma norma de conduta presente na relação contratual, em que os contratantes devem guardar entre si valores de lealdade e probidade.

Com a aplicação deste instituto e estudos doutrinários, foi possível constatar algumas figuras a ele correlatas, como o *tu quoque*, *venire contra factum proprium*, *supsessio*, *surrectio*, *exceptio doli*, entre outros, que possibilitou dar mais autonomia ao magistrado para buscar aplicar o ideal de justiça ao caso concreto.

Sendo esta, portanto, talvez a maior contribuição da cláusula geral da boa-fé aos contratos e aos ordenamento privado, a maior possibilidade de adequação da norma as realidades sociais, tendo em vista seu conteúdo axiológico pautado na justiça.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, JULIANA EVANGELISTA de. *O Direito Civil Constitucional e a hermenêutica do sujeito em Michel Foucault*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2577, 22 jul.2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17031>. Acesso em: 22 Julho de 2010

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, JOAQUIN. *Los principios generales Del Derecho e su formulación constitucional*. Madri: Civitas,1990.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios: da definição á aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, LUIS ROBERTO; BARCELLOS, ANA PAULA DE. *Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.232, p.141-176, abr./jun. 2003

COSTA, JUDITH MARTINS. *A boa-fé no Direito Privado*. 1ª Ed., 2ª tir.: São Paulo: RT, 2000

COSTA, JUDITH MARTINS; BRANCO, GERSON LUIZ CARLOS. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002

COSTA, NELSON NERY. *Direito Civil Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008

DINIZ, MARIA HELENA. *Compendio de Introdução á Ciência Direito*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIUZA, CÉSAR. *Por uma redefinição da contratualidade*. Âmbito Jurídico. Disponível em:http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1711. Acesso em 01 de Julho de 2010.

GAGLIANO, PABLO STOLZE. *Novo curso de Direito Civil, volume I: parte geral*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Novo curso de Direito Civil, volume IV: contratos- teoria geral*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GODOY, CLAUDIO LUIZ BUENO DE. *Função Social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

HENTZ, ANDRE SOARES. *Os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1247, 30 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9221>>. Acesso em: 18 de Agosto de 2011.

JUNIOR, TERCIO SAMPAIO FERRAZ. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6.Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamago. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

MENEZES CORDEIRO, A. MANUEL. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MIRANDA, PONTES DE. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2.Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT, BARON DE. *O espírito das leis: Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996

MONTORO, ANDRE FRANCO. *Introdução a Ciência do Direito*. 26 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

PENTEADO, LUCIADO DE CAMARGO; *Figuras Parcelares da Boa-fé objetiva e Venire contra Factum Proprium*. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Luciano_venire.doc. Acesso em 30 de Junho de 2010

REALE, MIGUEL. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Visão geral do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2718>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

ROSENVALD, NELSON. *A dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

SILVA, CLÓVIS DO COUTO. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

SIMÃO, JOSÉ FERNANDO; *A Boa-fé e o Novo Código Civil- Parte III*. Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigo_simao_a_boa_fe_03.htm. Acesso em 30 de Junho de 2010

TARTUCE, FLÁVIO. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 6ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Ed. Método, 2010.

TEPEDINO, GUSTAVO (Coord.). *Problemas de Direito Civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.