

BOA FÉ: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Ana Laura Teixeira MARTELLI THEODORO*

Adenir THEODORO JUNIOR**¹

RESUMO

Buscou-se demonstrar, através de uma abordagem teórica, a evolução da boa-fé no ordenamento jurídico, instituto inerente aos negócios jurídicos quando observados sob a égide do Estado Social e da constitucionalização do direito civil. Foi objeto de estudo as contribuições realizadas pelas tradições romanas, germânicas e canônicas para conteúdo da boa-fé e sua estrutura conceitual no ordenamento jurídico brasileiro nos moldes como vem sendo aplicado na contemporaneidade. Para isso, valeu-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Boa-fé; aspectos históricos; conceito.

1 INTRODUÇÃO

A aplicação da boa-fé nos institutos de direitos cresce cada dia mais e seus elementos estruturantes, na atualidade, são explorados não apenas nas relações privadas, mas em diversos ramos do direito, tais como direito administrativo, possuindo íntima ligação com princípio da moralidade administrativa, no direito tributário, contribuindo para concretização nos ideais protetivos do estatuto do contribuinte, dentre outros.

Com efeito, a fim evitar distorções no instituto na sua aplicação ao caso concreto, faz-se necessária sua compreensão sob aspectos históricos, com vistas ao estabelecimento dos elementos utilizados para construção da

*Mestranda em Direito Negocial, na linha de pesquisa “Relações negociais no direito privado”, pela “Universidade Estadual de Londrina – PR”. Especialista em Direito do Estado pela mesma instituição. Docente de Direito Tributário do “Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo - Faculdade de Direito de Presidente Prudente”. E-mail: lauramartelli@adv.oabsp.org.br

**Discente do 2º Termo do Curso de Direito do “Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo - Faculdade de Direito de Presidente Prudente”. E-mail: jjunior.theo@hotmail.com

boa-fé. Assim, no que tange a este viés histórico evolutivo, não se pode ignorar as contribuições trazidas pelas tradições romanas, germânicas e pelo direito canônico, que serão abordados, sob a construção doutrinária e jurisprudencial.

Além disso, pertinente se faz, para essa construção histórica a abordagem conceitual da boa-fé nas suas variadas funções, isto é, enquanto princípio geral de direito, por outro lado, como cláusula delimitadora das relações negociais privadas e finalmente, a análise de seus deveres acessórios de conduta.

2. A BOA-FÉ NO DIREITO ROMANO

O instituto da boa-fé possui procedência no direito romano, por ocasião da Lei das Doze Tábuas², ao regulamentar os direitos de crédito, pois trazia em seu bojo a condenação do depositário de má-fé. É certo que existem doutrinadores que apresentam a origem desse instituto anteriormente à Lei das Doze Tábuas, estando ligado à própria fundação romana. (MARTINS-COSTA, 2000, P. 111).

Inicialmente, este instituto estava relacionado à ideia de *fides*, amparado por diversos significados a depender da influência filosófica experimentada pelos juristas e aplicada a diversos setores, dentre eles, nas relações de clientela, no campo do direito obrigacional e no âmbito dos direitos reais.

No âmbito da boa-fé, as relações de clientela exigiam das partes alguns deveres de lealdade e obediência. Isto porque na organização primitiva romana, a sociedade era estruturada em três castas, os patrícios, os clientes e a plebe. Judith Martins-Costa (2000, p. 112) discorre a respeito dos patrícios que eram organizados em certo número de pessoas que integravam a mesma família, sob a proteção do *paterfamilias*, o chefe da entidade familiar, ou também denominado patrão. A autora prossegue seu discurso sustentando que provavelmente a clientela era composta por membros da *gens* do patrão.

Nesta estrutura, o patrão possui obrigação de socorro e assistência de

² A Lei das Doze Tábuas, especificamente na Tábua Terceira, que tratava dos direitos de crédito, fazia remissão à noção de boa-fé, quando dispunha: “Se o depositário, de má fé, praticar alguma falta com relação ao depósito, que seja condenado em dobro”.

seus clientes, o compromisso de sua defesa perante a justiça e a concessão a título gratuito de terras para que tais pudessem trabalhar e retirar dali seu sustento.

Por outro lado, a clientela ministra ao patrão respeito e abnegação, cabendo a ela assisti-lo, combater ao seu lado nas guerras, pagar o resgate do padrão, caso se encontre em cativeiro, pagar suas multas e quando for o caso, dotar sua filha, continua a autora, sendo que em caso de descumprimento dessas obrigações, por qualquer uma das partes, ensejaria a declaração de *sacer* e a condenação à morte.

Portanto, essa relação constituía uma relação desigual, a medida que era constituía pelo cidadão livre, denominado patrício, e o cliente, consubstanciada na *fides*, em que de um lado encontrava-se o poder de direção do patrão e de outro, o dever de sujeição e obediência do *cliens* em troca da promessa de proteção. Essa promessa de proteção originou uma importante contribuição para as relações civis, a garantia da palavra dada (MARTINS-COSTA, 2000, p. 112/113).

No âmbito do direito obrigacional, um dos primeiros documentos que continha a expressão *fides* era o Tratado Roma-Cartago, com especial importância na disciplina da compra e venda, da locação, sociedade, mandato, os contratos ditos consensuais e também em relação aos temas relativos ao mútuo, depósito e comodato, por sua vez, contratos reais.

O tratado supracitado encartou uma regra importante para o ordenamento, “*segundo a qual uma das partes contraentes prometia, sobre a própria fé – publica fides, ou seja, sobre a fé que liga a coletividade ao respeito das convenções livremente pactuadas*” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 113).

Constata-se, portanto, a presença da vinculação da palavra dada, a *fides*, tanto nas relações civis internas entre patrão e clientela, quanto nas relações exteriores entre os mercantes de Roma e Cartago. Segundo Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2001, p. 80):

Tem-se pretendido ver na *fides* um elemento capaz de, na antiguidade, suprir essa carência, estabelecendo, antes da consagração jurídica de vínculos susceptíveis de, consensualmente, envolver *cives* e *peregrini*, entre as partes, uma situação de dever. A assim ter sido, nada mais natural do que a *fides*, mera expressão da confiança recíproca extrajurídica, se tenha objectivado como *fides*

bona. (sic)

Uma narrativa interessante a respeito da vinculação da boa-fé, ainda que inexistente ordem jurídica que a regulava, mas que os contratantes reconheciam este comportamento como vinculativo, é realizada por Emílio Betti (1969, p. 89), referente à passagem discorrida por Heródoto quando os navegantes cartagineses realizavam práticas comerciais com selvagens do continente Africano:

Todos aqueles de quem é o sal fazem como ele montes enfileirados, marcando cada um o seu, e em seguida toda a caravana volta ao meio dia para trás: vem depois, uma outra geração de negros que não querem ser vistos, nem falar com outros, e, ao verem o sal, colocam uma quantidade de ouro junto de cada monte de sal, e voltam para trás, deixando o ouro e o sal; e logo que eles partem, vêm os negros do sal: vêm ver se a quantidade de ouro deixada pelos outros é, na sua opinião, suficiente para comprar a quantidade de sal correspondente. E se acham suficiente, levam-na deixando o sal: se não estão de acordo, deixam o ouro e o sal, e retiram-se de novo, esperando que os outros voltem e acrescentem a quantidade de ouro que ainda falta. Depois do que, obtido o acordo, levam o ouro e os outros vêm buscar o sal.

O autor prossegue relatando que a boa-fé ensejava a vinculação das partes integrantes da relação negocial, sendo aquela entendida como a confiança no comportamento adotado, nesta fase, sem tutela jurisdicional e desenvolvida exclusivamente sob a tutela do costume e da correção, impunha às partes o respeito à palavra dada, com efeito vinculatório de elevada consideração social.

Somente algum tempo depois, ocorreu a transmutação da *fides bona*, inerentes às relações negociais privadas romanas, para a atuação como tópico e expediente técnico jurídico de uso da jurisdição, *bonae fidei iudicium*³. (MARTINS-COSTA, 2000). Por intermédio desse procedimento, o magistrado possuía poderes especiais, a fim de julgar o caso levando em consideração as circunstâncias do caso concreto e o postulante poderia exigir judicialmente o cumprimento da avença de acordo com o comportamento esperado

³ Esse instituto consistia em um procedimento apresentado perante um juiz, por meio do qual, o requerente expunha uma fórmula especial, no entanto, que não poderia demonstrar sua pretensão fundamentada em uma previsão expressa na lei, mas consubstanciada na *fides*, e assim possibilitava o juiz julgar conforme os parâmetros da boa-fé. (MARTINS-COSTA, 2000, p.120).

enaltecendo a confiança entre as partes.

Posteriormente, o instituto da *fides bona* ampliou seus horizontes, de modo a não ficar restrito às relações negociais, mas sendo aplicada, inclusive no âmbito da usucapião. Menezes Cordeiro (2001, p. 106) aponta que a *fides bona* relacionava-se a um de seus requisitos, o da ignorância por parte do possuidor-adquirente, do vício ocorrido no negócio jurídico transmissivo do direito real. O que o autor nomeia de difusão horizontal da *fides bona*.

A partir dessa diluição, originou-se, ainda, a difusão vertical, havendo sua transmutação ao interior do próprio direito das obrigações, aplicada juntamente com a *aequitas*, que para o autor supracitado, constitui “o *princípio abstrato de justiça, norteador da atividade pretoriana*” (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 120). Assim, consistia numa fórmula de interpretação e princípio de justiça.

Essas foram as manifestações do instituto da boa-fé na tradição romana, que, conforme se verificou, muito contribuíram à sistemática e aplicação do instituto nos dias atuais. Importante trazer à baila ainda, o desenvolvimento da boa-fé na tradição germânica.

3. A BOA-FÉ NA TRADIÇÃO GERMÂNICA

A noção de boa-fé na cultura germânica denota características diversas, visto que não traduz a fidelidade do pacto ajustado inerente à concepção do instituto no direito romano, mas ligadas a ideias de lealdade (*Treu* ou *Treüe*) e crença (*Glauben* ou *Glaube*), características relacionadas a qualidades humanas ou estados humanos objetivados⁴.

O autor português Menezes Cordeiro (2001, 170) aponta que “a *evolução deu-se mercê da interação de um instituto tipicamente medieval: o juramento de honra*⁵”. O doutrinador prossegue discorrendo sobre o assunto, ao destacar que esse juramento de honra encontra-se diretamente ligado com

⁴ Posteriormente, as duas expressões foram unificadas, originando-se uma nova expressão, a *Treu und Glauben*, que procedeu à ligação da lealdade à crença.

⁵ O juramento de honra constituía um ato formal e solene, efetuado com a mão. A respondência pessoal implicaria o poder de agressão conferido ao beneficiário, reportado à pessoa do respondente. (Menezes Cordeiro, 2001, p. 172)

o conceito e estrutura da relação obrigacional, através do binômio débito e responsabilidade⁶.

Assim, o juramento de honra encontrava-se relacionado ao empenho de lealdade, que uma vez assumido, colocava o jurante em uma relação de sujeição a um poder de agressão pessoal por parte do beneficiário. Portanto, a boa-fé assumiria o conteúdo do juramento de honra, resumido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada.

Esse compromisso almeja um ideal de vida em sociedade civilizada, que, segundo Judith Martins-Costa (2000, p. 125), os ideais cavaleirescos inseridos nos juramentos de honra, constituíam manifestações amorosas, políticas e militares, mas traziam importantes contribuições ao Direito, uma questão ética, a garantia da palavra dada, vinculada a uma perspectiva objetiva, relacionada à confiança geral, em nível de comportamento coletivo⁷, dada a reciprocidade de deveres.

Nestas palavras, afirma:

Esta perspectiva é de fundamental importância para a compreensão da boa-fé em matéria obrigacional, uma vez que é daí que surge a adstrição ao comportamento, segundo a boa-fé, como regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento da confiança geral, induzida ao "alter" ou à coletividade pelo comportamento do que jura por honra. (Martins-Costa, 2000, p. 126)

Dessa forma, a boa-fé no campo das relações negociais implicava no cumprimento exato das obrigações e deveres assumidos pelos contratantes, conforme estipulado no negócio, ligada a fórmula bipartida lealdade e crença, que posteriormente deu origem a outro binômio débito-e-responsabilidade⁸. Portanto, este dever de cumprir suas obrigações nos exatos termos da avença, no dizer da autora, corresponderia a um dever de consideração com os interesses da parte contrária, tendo em vista que se trata de uma relação

⁶ O autor afirma que o débito consiste na situação na qual alguém deve desenvolver uma atividade em favor de outro – débito, *debitum*, *Schuld*, enquanto que responsabilidade identifica aquela situação em que uma ou mais pessoas, respondem por certo evento futuro, sujeitando-se a algumas consequências, caso ele não ocorra – *responsabilidade*, *obligatio*, *Haltung*.

⁷ Isto porque a boa-fé germânica não se preocupava, no dizer de Menezes Cordeiro, com os estados de ciência ou com intuitos, mas privilegiava o ritual, o padrão social, a exterioridade. Portanto, o foco seria sempre o julgamento da opinião pública, sua aprovação ou censura, era sem dúvidas, o motor da atuação jurídica medieval (2001, p. 176).

⁸ *Schuld und Haftung*, conforme já discorrido na nota de rodapé número 11.

obrigacional elaborada sob interesses alheios.

O autor português, Menezes Cordeiro (2001, p. 174) descreve a boa-fé germânica sob dois enfoques essenciais, o primeiro consistente na obrigação de cumprimento exato dos deveres emergentes no contrato, o que denominada de lealdade ao contrato, e o segundo, que constitui a necessidade jurídica de observância, no exercício dos próprios direitos, os interesses da contraparte. Este último cria uma expectativa, crença de que seus interesses também seriam resguardados.

Portanto, é nítida a observância da boa-fé no direito germânico às culturas ocidentais, a medida que contribuiu com a formação de um conjunto de valores e reforço ao cumprimento daquilo pactuado no negócio jurídico. No entanto, faz-se pertinente ainda o contributo da boa-fé canônica ao instituto nos dias atuais, que discorrer-se-á no tópico seguinte.

4. A BOA-FÉ NO DIREITO CANÔNICO

Num contexto de reconhecimento oficial do Cristianismo e no emprego retórico da *bona fides*, não se pode olvidar das grandes influências trazidas pelo direito canônico ao instituto da boa-fé.

Primeiramente urge destacar que o direito canônico disciplina este instituto principalmente em duas áreas específicas, a prescrição e a questões relacionadas à tutela da usucapião e dos contratos consensuais, a *nuda pacta*, no entanto, em significados diversos daqueles atribuídos pela cultura romana, apesar de inicialmente parecer semelhante o tratamento tributado ao instituto pelos dois direitos, romano e canônico.

A professora gaúcha Judith Martins-Costa (2000, p.126) aponta que apesar de à primeira vista parecer análogo o tratamento dispensado ao instituto pela cultura romana e canônica, num estudo mais aprofundado verifica-se o oposto. Enquanto o direito romano relacionava a boa-fé com o estado de ignorância acerca da litigiosidade, no direito canônico encontrava-se ligada à ausência de pecado, ou seja, um conceito vinculado à contraposição da má-fé.

No direito canônico houve a unificação dos conceitos, que outrora se encontravam dissociados no direito romano, quais sejam ideais de

honestidade, fidelidade e conscienciosidade unidos a uma ignorância justificada. Menezes Cordeiro também afirma que consoante os próprios valores da igreja, o instituto da boa-fé dependeria da análise e consideração do pecado.

Dessa feita, o instituto no âmbito do direito romano, no que tange à sua dimensão técnica, possuía um modelo biparte, à medida que era aplicada nos direitos das obrigações e na posse. Por outro lado, o direito canônico promoveu a unificação dos conceitos ligados à ideia de que a inobservância do pactuado implicava no cometido de pecado por parte do infrator do negócio jurídico, por conseguinte, a boa-fé estava relacionada à ausência de pecado, portanto, trazia uma dimensão ética e axiológica.

Neste contexto, a ideia de pecado atrela-se à observância da palavra dada, sob pena de incidir em lesão aos valores transcendentais, pois o descumprimento do compromisso firmado no pacto equivale à mentira, que para a Igreja é pecado. Assim, destaca-se novamente, a boa-fé canônica refletia em muitos casos a ausência de pecado.

A autora prossegue discorrendo a respeito do valor moral atribuído pela Igreja à promessa realizada, ou ainda, ao consentimento, porquanto, frisa-se novamente, a mentira é pecado, sendo dentre os teólogos o pecado da língua. Essa vinculação fazia-se presente, especialmente, nas ocasiões em que a quebra do consentimento possuía força liberatória das mais sagradas promessas.⁹

Esse viés de que aquele que promete algo deve cumprir sua promessa, sob pena de incorrer em pecado, remete a uma conotação moral, mas de preceito jurídico também, pois a realização do simples acordo obriga as partes, qualificando o formalismo como algo supérfluo. Assim, o comportamento de boa-fé, no campo do direito das obrigações, implica no respeito e observância fiel do contrato, cumprir a palavra dada, caso contrário, o infrator do contrato incidirá em má-fé, além de cometer um pecado.

⁹ O exemplo citado pela autora é o contido na Carta de Inocêncio III aos bispos da França e aos católicos franceses, em que autorizava o desrespeito à pessoa e aos bens do Conde de Toulouse, tendo em vista o homicídio de um representante papal cometido por um de seus vassallos – *Fragenti fides non est fides servanta*. Cita ainda, que este princípio tempos depois deu origem ao *Liber Sextum* de Bonifácio VII e posteriormente, à *Compilatio* que autorizava o marido a quebrar o pacto de fidelidade conjugal nos casos de traição da esposa, bem como na possibilidade de resolução do contrato em virtude do inadimplemento da outra parte contratante. (Martins-Costa, 2000, p. 129).

Importante destacar que no direito romano a boa-fé, quando aplicada no âmbito dos direitos reais, vislumbrava uma forma mais aperfeiçoada e menos violenta para se requerer a usucapião, ou seja, a declaração da propriedade, possibilitando, inclusive, uma dimensão defensiva à medida que com a decretação da propriedade eram constituídos outros direitos reais e a exclusão do direito do antigo proprietário¹⁰.

Diferentemente, no direito canônico o instituto sofreu um alargamento expressivo de seus efeitos, pois a *praescriptio* ganhou atuação no âmbito dos direitos pessoais e no campo das funções públicas, ou seja, conquistou espaço tanto no direito privado, quanto em diversas áreas do direito público.

Ressalta-se que no cenário havia consideráveis dificuldades de comunicação e publicidade de atos, o que contribuía com apropriações indevidas, sendo que na maior parte envolvia os bens da Igreja. Por esta razão, a consolidação da *bona fides superveniens nocet* direcionou-se no sentido de dificultar a *praescriptio*.

Em relação à prescrição aquisitiva houve um movimento de subjetivação da boa-fé. Isto porque exigia um estado de ciência individual, não atrelado apenas à mera ignorância, como dispensado no direito romano, mas consciência íntima e subjetiva da ausência do pecado. Consequentemente havia a necessidade de consciência por parte do indivíduo de que estava agindo corretamente, sem cometer nenhuma conduta lesiva à regra jurídica ou ao direito de outro.

Diante disso, origina-se a boa-fé apresentada como princípio geral ordenador da matéria obrigacional, conforme afirmado por Judith Martins-Costa (2000, p. 131) importante contribuição para a consolidação do instituto nos dias atuais.

5.A BOA-FÉ ENQUANTO PRINCÍPIO GERAL DO DIREITO

A evolução da boa-fé objetiva até se chegar a tornar-se um princípio geral não passa imune às contribuições realizadas por teóricos como Hugo

¹⁰ Menezes Cordeiro afirma que a aquisição da propriedade por intermédio da usucapião possibilita ao adquirente uma dimensão defensiva, passível de oposição, inclusive, ao antigo titular do bem, através de sua fusão com a *longi temporis praescriptio*. (Menezes Cordeiro, 2000, p.158)

Grotius, Puffendorf e outros idealizados do Code Napoléon.

O teólogo e jurista holandês, Hugo Grotius, citado por Judith Martins-Costa, voltou-se à consolidação do direito nacional e também ao direito natural, no entanto, sob uma perspectiva da experiência prática. Com isso, construiu a teoria jurídica geral, com a abordagem de cinco pontos específicos: a teoria da origem e conhecimento do próprio direito natural, a teoria da origem, conteúdo e transmissão da propriedade, a teoria da declaração de vontade, da justiça contratual e a teoria do casamento. No entanto, o presente trabalho ater-se-á apenas a duas teorias.

O autor supracitado avoca novamente a discussão presente no direito canônico a respeito da força vinculativa das promessas, a fim de possibilitar uma nova ótica da reflexão considerando-se a declaração de vontade, condicionada sua eficácia às pessoas moralmente autorresponsáveis, e da perfeição negocial. Ainda neste ponto, Hugo Grotius relaciona o princípio da responsabilidade da declaração em contraposição ao princípio da liberdade.(MARTINS-COSTA, 2000, p. 156)

Segundo a teoria de Grotius somente seria verdadeiro aquilo que fora exteriorizado, ainda que contrário à vontade interna do declarante, unificando, portanto, a teoria da declaração com a teoria da confiança, o que originou nos dias atuais o comportamento concluyente e na atribuição de significado na declaração de silêncio no negócio jurídico. Portanto, a contribuição do autor é de suma importância na atualidade, principalmente em relação à boa-fé em sua vertente interpretativa.

Além disso, a concepção do autor em relação à boa-fé operava-se de modo graduado, ao passo que seria menos intensa em relação a contratantes estranhos entre si e mais aprofundada quando se tratava de partes integrantes de uma mesma comunidade e presente em todos os momentos do contrato, na fase das tratativas, na conclusão e no seu desenvolvimento.

Assim, para Grotius a *fides* encontrava-se ligada à liberdade e responsabilidade humana, tendo em vista que a confiança suscitada ao co-contratante em virtude de sinais externos realizados pelo declarante. Do mesmo modo, o autor vincula a realização de justiça contratual à equivalência

das contraprestações.¹¹

Outro autor que contribuiu para a construção da boa-fé enquanto princípio geral foi Puffendorf, que partiu de um dualismo de base, através da fixação de princípios racionais inflexíveis e permanentes (axiomas) e de princípios empíricos derivados da experiência. Pode-se encontrar dentre os princípios racionais a inclinação humana à automanutenção e ao instituto social.

Dedica seus estudos aos princípios gerais que devem conduzir as ações humanas e às principais instituições da vida em sociedade, tais como a família, o Estado. Ainda em relação às instituições, analisa os deveres que foram descobertos por força da observação da natureza, tendo em vista que estes deveres é imposta aos homens por uma certa ordem moral, classificados pelo autor como deveres individuais e deveres sociais.¹²

Dessa feita, as inclinações humanas submetidas à observação, ao método analítico e à classificação, possibilita a dedução de valores cuja classificação abarca a totalidade da ordem jurídica, que faz derivar no âmbito dos deveres do indivíduo em relação aos demais, a disciplina que se dará à boa-fé (MARTINS-COSTA, 2000, p. 164).

Em suas pesquisas, Puffendorf concluiu que apenas os negócios jurídicos com prestações correspectivas poderiam ser interpretados e corrigidos valendo-se da equidade e da *bona fides*, por conseguinte reduziu o campo de atuação da boa-fé aos sinalagmas e somente neste âmbito o magistrado teria amplos poderes a intervir na relação negocial, com vistas a corrigir desequilíbrios, haja vista que não é justo suportar o ônus do próprio dever sem receber semelhante contrapartida (MARTINS-COSTA, 2000, p. 165).

Entrementes, sua teoria causa o enfraquecimento da boa-fé à medida que se inexistir sanção ao descumprimento dos deveres desse instituto, ele ficará restrito apenas no campo da moral e não no âmbito jurídico, conforme se extrai:

¹¹ O autor propunha uma ética contratual moral. Esta equivalência das prestações foi reconstruída no direito contratual contemporâneo com a teoria da base objetiva do negócio jurídico de Karl Larenz e na teoria da onerosidade excessiva de Emílio Betti.

¹² Esses deveres abrangem os deveres atinentes à família, divididos em deveres matrimoniais, relativos à filiação e aos empregados. Existem ainda, aqueles relativos à cidade, à Deus, ao próprio indivíduo considerado em si mesmo e em relação aos outros.

Desta observação importa reter a seguinte consequência: circunscrevendo a zona do jurídico à da lei, e desta à da sanção, deve-se impor a existência de um resíduo em todas as matérias não explicitamente reguladas pela lei, resíduo no qual as ações hão de ser tidas como lícitas, “ainda que repugnem à honestidade”, uma vez que Puffendorf separa, pela primeira vez com nitidez, os campos da moral e do direito. Assim, os deveres que decorrem da boa-fé, não estando em sua infração sancionada na lei, restam diluídos no campo da moral não jurídica. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 166)

Neste contexto, a expressão princípios jurídicos contida nas normas, na maioria das vezes encontrava-se relacionada à ideia de princípios gerais de direito, no entanto, sua intenção não era possibilitar a abertura do sistema a novas influências, ao contrário, visava seu fechamento e restringia sua aplicação ao âmbito da colmatação de eventuais lacunas existente no ordenamento jurídico, remediando a incompletude do sistema. Nítida redução da importância dos princípios dos jurídicos, aplicando-os de forma limitada, em caráter supletivo e vinculados ao conjunto de referências já existentes no sistema.

Ocorre que as transformações sociais advindas dos movimentos pós Primeira Guerra Mundial conduziu à necessidade de adequação do sistema jurídico às novas realidades sociais, induzindo à unificação da fonte de validade do público e do privado em um mesmo corpo normativo, que seria a Constituição, por conseguinte, conferiu aos princípios um lugar de destaque com função decisiva na resolução dos conflitos, além de consolidar valores morais instituídos pelas constituições, conforme analisado no capítulo anterior, na seção Uma viagem do positivismo jurídico aos pós-positivismo. Assim, os princípios passaram de simples coadjuvantes a ocupar um papel importante, detendo, inclusive, força normativa.

Dessa forma, num cenário de pós-positivismo jurídico, em que um dos pontos de destaque constitui a reaproximação do Direito e da Ética, no dizer de Luís Roberto Barroso (2009, p. 317), “os princípios se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico”. Para o autor, as regras e princípios constituem na mesma medida normas jurídicas e se diferenciam quanto ao conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação.

O primeiro critério de diferenciação estabelecido pelo autor, consistente no conteúdo, regras e princípios distinguem-se a medida que as

primeiras constituem relatos objetivos que descrevem condutas a serem seguidas, enquanto que estes indicam estados ideais a serem perseguidos, que poderão ser realizados através de diversas condutas.

Do mesmo modo, em nada se assemelham a estrutura normativa de tais institutos, visto que as regras se estruturam, geralmente, no modelo tradicional das normas de conduta com previsão de um fato, seguida de atribuição de efeito jurídico. Por outro lado, os princípios apontam estados ideais a serem buscados, inexistindo único comportamento que almeje a concretização desse ideal, ou seja, poderá ser alcançado por intermédio de várias condutas.

Finalmente, no que tange ao modo de aplicação, Barroso afirma que as regras operam-se através no enquadramento do fato ao descritivo normativo, exprimindo uma consequência jurídica resultante do relato, conseqüentemente sua aplicação dá-se mediante a técnica subsuntiva. Diferentemente, os princípios possuem carga de preponderância relativa, o que importa dizer que poderão colidir uns com os outros ou encontrar resistência com a realidade fática, circunstância que exige aplicação mediante técnica de ponderação.

Feita tais considerações a respeito dos princípios gerais, importante trazer à discussão a boa-fé enquanto princípio geral. A boa-fé enquanto princípio com reconhecimento de força normativa esteve presente no *Code Napoléon* e no BGB.

Muitas são as referências à boa-fé no Código de Napoleão, v.g., as disposições trazidas nos artigos 201 e 202 a respeito do casamento putativo, os artigos 549 e 550 regulava situações envolvendo o possuidor de boa-fé, o artigo 1134¹³ que previa o dever de cumprir as convenções de boa-fé, o dispositivo 1238, que trazia o pagamento recebido por pessoa de boa-fé e por outro lado o pagamento feito de boa-fé, no artigo 1240, dentre outras.

Uma previsão importante ao tema do trabalho é aquela disposta no artigo 1150 do referido codex, que limita a indenização do devedor

¹³ Art. 1134, do Código Civil Francês: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorize. Elles doivent être exécutées de bonne foi.” Os acordos legalmente realizados são lei entre as partes. Eles só podem ser revogados por mútuo consentimento ou nas causas autorizadas por lei. Eles devem ser realizados de boa-fé. (Tradução livre).

inadimplente pelos danos previstos ou ao menos previsíveis a época da contratação, ressalvada as hipóteses em que o descumprimento deu-se de maneira dolosa. Esta previsão revela a preocupação com a conduta de boa-fé ou má-fé por parte do devedor.

Igualmente, o Código Civil da Alemanha trouxe grandes contribuições à consolidação da boa-fé ou *Treu und Glauben*, como utilizado originalmente. Em seu artigo 157 dispõe “os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes de tráfego”¹⁴, no § 162/1 e 2, referem-se aos negócios jurídicos sujeitos à condição, nos casos de verificação da ocorrência da condição que seja contrária à boa-fé e impedida pela parte que ela desfavoreça, tem-se por ocorrida e em contrapartida, quando da ocorrência da condição, contrária à boa-fé, e provocada pela parte favorecida, tem-se por não ocorrida.

Encontra-se ainda, referências à boa-fé no artigo 242, determinando que o devedor deverá realizar a prestação tal como exigida pela boa-fé, considerando-se, ainda, os costumes de tráfego e no artigo 320/2, com a disciplina da exceção do contrato não cumprido, ao estabelecer que, quando por uma das partes, apenas tenha havido uma prestação parcial, a contraprestação não pode, contudo, ser recusada quando a recusa, segundo as circunstâncias, especialmente por causa da pequenez relativa do que falta, seja contrária à boa-fé.

Outro ponto que merece destaque é o dispositivo §9/1, do AGBG, de 9 de dezembro de 1976, que trazia: “As disposições das condições negociais gerais são ineficazes quando desfavoreçam, contra a regra da boa-fé, de modo desmesurado, o parceiro contratual do aderido”. Este dispositivo relaciona o princípio da boa-fé com o plano da eficácia dos negócios jurídicos, pois quando os comportamentos são contrários ao instituto, o negócio não produzirá efeitos.

Percebe-se, então, nestes dispositivos, que a boa-fé deve ser observada tanto nas tratativas, momento anterior à constituição do vínculo obrigacional, quanto contemporaneamente à execução das prestações

¹⁴ § 157 – *Auslegung von Verträgen nach Treu und Glauben – Verträgen sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

avanzadas, como em ocasiões posteriores à realização das obrigações contratuais, e encontra fundamento na confiança existente entre as partes. Essa confiança constitui um importante fator de diminuição das complexidades sociais, conforme aponta Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p. 49):

A confiança, assim, age no sentido de diminuir tal complexidade, reduzindo, para o sujeito, a insegurança quanto ao futuro. Com ela, o sujeito tem condições de projetar sua atuação conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia – mais do que espera – que não ocorrerá.

Dessa feita, destacada sua importância às relações negociais, a confiança merece tutela jurídica, exercida através do princípio da boa-fé, face sua carga de normatividade. O autor afirma que a incidência desse princípio possibilita a consecução de dois relevantes resultados.

O primeiro deles consiste no nascimento de deveres verdadeiramente obrigacionais que não se originam da vontade das partes, que em muitos casos sequer declaram ou não era por eles querido ou até mesmo desprezados, no entanto, são totalmente exigíveis, pois advém da boa-fé.

Do mesmo modo, ao atrelar a obrigação a esse conjunto de deveres, seu conteúdo deve ser expandido e alargado, ao passo que se permite a análise das interações existentes entre as várias espécies de direitos, deveres, ônus, dentre outros, decorrentes do vínculo obrigacional.

6. A BOA-FÉ ENQUANTO CLÁUSULA ABERTA

Um importante tema no direito civil brasileiro constitui as cláusulas gerais, tendo em vista a abertura do sistema com o advento do Código de 2002. Por cláusula geral pode-se encontrar duplo conteúdo semântico. Entende-se uma determinada técnica legislativa não-homogênea ou ainda, certas normas jurídicas de conteúdo aberto, gênero do qual as cláusulas gerais são espécies.

Vale a pena anotar que no contexto do positivismo jurídico a técnica legislativa utilizada era a casuística, à medida que o legislador, de antemão, fixava de modo mais abrangente possível, os critérios de aplicação

da qualificação dos fatos, valendo-se da tipificação de condutas. Por esta razão, o intérprete valia-se de exercício subsuntivo, a fim de determinar o sentido e alcance da norma. Essa técnica legislativa, Judith Martins-Costa (2000, p. 297) denomina de casuística¹⁵ ou direito estrito, que se encontra em contraposição com a técnica de legislar mediante conceitos vagos, chamada de técnica não-casuística ou direito equitativo.

Com a superação paradigmática e advento do pós positivismo, os ordenamentos jurídicos foram adequados à técnica das cláusulas gerais, que trazem em seu bojo a vantagem da mobilidade, tendo em vista a imprecisão dos termos utilizados nos textos normativos, dotados de grande abertura semântica. A pretensão das cláusulas gerais não se encontra na necessidade de assegurar uma resposta rápida aos conflitos, até mesmo porque tais serão construídas progressivamente pela jurisprudência (Martins-Costa, 2000, p. 299).

As cláusulas gerais, enquanto técnica legislativa, dada sua vagueza semântica, no dizer da professora gaúcha, atuam como metanormas, cujo objetivo constitui o *“envio do juiz a critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes”*. Assim, o magistrado, diante do caso concreto, detém competência para criar, complementar ou desenvolver as normas jurídicas, no entanto, os elementos de concretização utilizados deverão ser demonstrados e justificados, a fim de assegurar o sentimento de segurança jurídica e evitar decisões arbitrárias.

Do mesmo modo, cumpre registrar que cláusulas gerais, enquanto norma, não se confunde com conceitos jurídicos indeterminado, também muito bem utilizados no ordenamento jurídico brasileiro. Uma das principais diferenças ocorre no plano funcional, como bem assinalado novamente por Judith Martins-Costa (2000, p. 326), ao aduzir que estes últimos integram a descrição de fatos.

Para a autora, os conceitos jurídicos indeterminados, ante sua

¹⁵ A técnica casuística tem como principal característica a determinação de condutas ou tipicidade. Isto assevera um fator de rigidez das normas e contribui para o envelhecimento dos códigos, tendo em vista que o legislador descreve vários fatos e condutas típicas, restringido os poderes do aplicador para aduzir o disciplinamento diante do caso concreto.

vagueza, também permitem abertura às mudanças de valorações, cabendo ao aplicador do direito analisar quais as interpretações adequadas e concepções éticas vigentes, de maneira que possa determiná-las no plano da concreção. Com efeito, a liberdade do aplicador finda com a fixação da premissa.

José Carlos Barbosa Moreira (1979, p. 605) afirma que o estabelecimento, em concreto, da coincidência ou não entre o acontecimento fático e o modelo normativo possibilita o alcance da solução, que restará assim predeterminada, tratando-se, novamente, de mera técnica subsuntiva, uma vez que não haverá criação do direito, como geralmente ocorrido nas cláusulas gerais, mas meramente interpretação.

Já por aí se percebe que, inobstante conter a cláusula geral, em regra, termos indeterminados, tais como os conceitos de que ora se trata (alguns destes conceitos indeterminados podendo indicar também princípios), a coincidência não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma. Enquanto que nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado no *fattispecie* (devendo, pois, individualizar os confins há hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 326).

Assim, pode-se verificar perfeitamente a diferença entre os institutos quando verifica-se, *v.g.*, o dispositivo do artigo 51, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), ao elencar as cláusulas contratuais nulas de pleno direito, dentre essas aquelas que “*estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*”.

Trata-se de conceito jurídico indeterminado a medida que ao juiz cabe apenas precisar o que, diante do contexto social, configura incompatibilidade com a boa-fé, logo, atividade eminentemente hermenêutica e após, basta aplicar a norma, qual seja, declarar a nulidade da disposição contratual.

Diferentemente ocorre no artigo 422, do Código Civil Brasileiro, que aduz, “*os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”, posto que os efeitos do negócio que não observou a boa-fé será criado, determinado, desenvolvido e mensurado pelo magistrado, à luz do caso concreto, tendo em

vista que o texto normativo não define em quais circunstâncias um contrato é realizado em observância com a boa-fé, qual sua extensão, muito menos as consequências de sua violação.

Dessa feita, depreende-se que a boa-fé enquanto cláusula geral possibilita a abertura e mobilidade do sistema jurídico. Mobilidade esta, nos moldes dos estudos de Judith Martins-Costa (2000, p. 341), pode ser compreendida numa perspectiva externa, consistente na abertura do sistema para a inserção de elementos extrajurídicos e com vistas a assegurar a adequação valorativa e também num panorama interno, *“que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema”*.

Portanto, no que tange à sua função principal, as cláusulas gerais, como a boa-fé, assegura meios para integrar o sistema jurídico em casos de ocorrências impossíveis de serem determinadas pelo legislativo, considerando-se a dinamicidade do Direito, sujeito a modificações e transformações sociais.

No âmbito das relações negociais privadas, essa abertura normativa possibilita a inserção, diante do caso concreto, de valores, usos e padrões de comportamentos esperados num dado contexto social, numa dada sociedade, em especial a cláusula da boa-fé, que gera deveres não previstos nas disposições contratuais, como se verá na próxima seção.

7. A BOA-FÉ E SEUS DEVERES ACESSÓRIOS

Durante muito tempo o negócio jurídico foi analisado essencialmente sob a ótica das prestações assumidas pelos contraentes, pois na relação jurídica contratual sempre foi levada em conta a prestação principais, sintetizada em obrigação de dar, fazer ou não fazer algo. Consequentemente, havia uma demasiada preocupação com os direitos e deveres de cada uma das partes, minimizando o negócio jurídico a circunstâncias relacionadas ao adimplemento ou não da obrigação principal.

Na atualidade, houve um movimento doutrinário que não se contentava com o reducionismo na relação contratual a aspectos de

cumprimento do negócio jurídico, ao afirmar que a relação jurídica contratual constitui uma relação complexa, contida por diversos deveres, que não exprime apenas a obrigação principal – dar, fazer ou não fazer.

O autor português, Menezes Cordeiro (2001, p. 588) traduz este ideal, ao afirmar que:

A complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta.

Prossegue expondo a teoria de Heinrich Siber a respeito da complexidade intra-obrigacional, constituída pelo vínculo obrigacional composta por um organismo de maneira tal que, a obrigação abrangeria uma multiplicidade de obrigações contemporâneas ou de possíveis ocorrências no futuro, encontrando-se o todo unificado em função do conjunto orgânico formado pela relação global. Assim, a relação poderia ser fracionada num sentido amplo, considerando-se toda sua complexidade e num sentido restrito, ao referir-se apenas às obrigações.

Obviamente que o elemento essencial da relação obrigacional é a prestação, pois consiste na própria razão de ser do contrato. Na exposição de Mota Pinto (1982, p. 355-356), da análise mais elementar dos contratos advêm os créditos e débitos, ou seja, aqueles direitos e correspondentes deveres de prestação que constituem o elemento essencial da relação jurídica contratual, que visam à consecução da própria finalidade do negócio.

Certamente o dever de prestação implica no elemento decisivo que, por sua vez, origina o conteúdo mais significativo da relação contratual e determina o seu tipo. Legitima ao credor o direito de exigir uma prestação do dever, positiva ou negativa, que uma vez satisfeita, põe fim à relação contratual.

Assim, este dever de prestar é definido por Mário Júlio Almeida Costa (1999, p. 63) como dever primário ou principal. O autor assevera que estes deveres primários ou principais, constituem o fulcro ou núcleo dominante, a alma da relação obrigacional, com destino à consecução de seu fim, por esta razão define o tipo de contrato.

Ocorre que ao lado desses deveres principais, encontram-se os deveres secundários ou de prestação secundária, também denominados acidentais, que possuem ligação com os deveres principais, tendo como função permitir sua realização ou a substituição daquela obrigação principal não realizada.

Esses deveres podem se apresentar como deveres secundários com prestação autônoma ou deveres secundários, acessórios da prestação principal. Os primeiros se valem da imposição de obrigações substitutas ou complementares da obrigação principal aos contratantes, *v.g.*, a indenização por perdas e danos decorrentes no descumprimento culposo do contrato ou o prejuízo decorrente de mora (MOTA PINTO, 1982, p. 337).

Por outro lado, os deveres meramente acessórios da prestação principal, não possuem autonomia em relação aos principais, pois sua finalidade consiste no exercício de instrumento viabilizador do bom desenvolvimento do negócio, com o implemento completo da prestação. (GARCIA, 2003, p. 100). Estes deveres encontram-se dirigidos à realização do cumprimento do contrato, por isso são acessórios aos deveres primários, por exemplo, o dever de conservar a coisa vendida até a entrega.

Todavia, o autor afirma que a complexidade da relação obrigacional não se esgota na existência de deveres primários ou secundários, existem ainda, os deveres acessórios de conduta¹⁶, ou ainda, denominados deveres de conduta, deveres laterais. Estes deveres encontram-se indiretamente relacionados com o adimplemento da obrigação assumida, pois, na realidade sua finalidade encontra-se muito mais relacionada no resguardo dos interesses que envolvem a relação negocial.

Segundo ensina em suas obras o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Carlos Alberto Mota Pinto (1982, p. 339), *“caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”*. Portanto, o centro da tutela dos deveres de conduta consiste nas pessoas envolvidas na relação negocial e não apenas no

¹⁶ Juditn Martins-Costa vale-se da expressão deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses. (2000, p. 439).

adimplemento do contrato.

Prossegue o autor ao expor que estes deveres não:

Tendem a realizar a prestação principal, mas a tutelar outros interesses da contraparte, coenvolvidos no interesse contratual, não implicando a sua violação em inadimplemento ou a mora no cumprimento do dever de prestação, mas importando uma violação contratual positiva. (MOTA PINTO, 1982, p. 342).

Neste sentido, os deveres acessórios de conduta possuem não estão restritos à matéria de adimplemento da prestação assumida na avença, mas poderão incidir sobre uma ação do indivíduo ou sobre um comportamento positivo, tais como declarações, informações, cooperação com a outra parte e sua proteção. Poderá ainda recair sobre conduta omissiva, com a abstenção de atos ou fatos importantes para a concretização do negócio.

Assim, distinguem-se dos demais deveres, pois constituem condutas que as partes devem assumir para a perfeita realização do contrato, consistentes na observância dos interesses globais envolvidos nesta relação negocial complexa. Enéas Costa Garcia (2003, p. 101/102), ao citar Karl Larenz assegura:

Por conseguinte, o que distingue a relação de obrigação das outras relações jurídicas é o significado primário do dever de prestação. Isso não significa, sem embargo, que a relação obrigatória se esgote com esse dever. Para toda relação jurídica, qualquer que seja sua estrutura, vige o princípio de cumprir a prestação com fidelidade à palavra dada ou à obrigação fundamentada de qualquer modo que seja, sem defraudar a confiança da outra parte, é dizer, cumprir a prestação segundo a boa-fé (§ 242).

Do mesmo modo, Judith Martins-Costa (2000, p. 439) classifica-os em deveres de cuidado, previdência e segurança, como por exemplo, o dever do depositário que não se limita a guardar a coisa, mas também de bem acondicioná-lo enquanto depositado; os deveres de aviso e de esclarecimento, a exemplo do advogado de aconselhar seu cliente; os deveres de informação; os deveres de colaboração e cooperação; os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte e os deveres de omissão e sigredo.

Dessa feita, a relação de conduta em consonância com a boa-fé

estabelece a obrigação de observância, por parte dos contratantes, não apenas as cláusulas compactuadas, mas às próprias exigências da relação econômica social subjacente, materializada mediante o dever de conservação do negócio jurídico nos moldes da sua particular estrutura econômica (MARTINS-COSTA, 2000, p. 443).

Com isso, conforme assinala a autora, no entanto, em sua obra *Crise e modificação da ideia de contrato*, a concretização dos deveres instrumentais opera-se de acordo com a existência ou não, de determinados pressupostos apreciados apenas no caso concreto, os quais à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia. Portanto, a gravidade da inobservância de um desses deveres deverá ser analisada diante do caso concreto, correlacionando-se à finalidade do negócio e uma vez configurada, implicará em incumprimento contratual, que por sua vez, poderá qualificar-se como absoluto, relativo, parcial, defeituoso, dentre outros.

8. A BOA-FÉ COMO CLÁUSULA DELIMITADORA

Do conteúdo da boa-fé, pode-se extrair a teoria dos atos próprios, que segundo MARTINS-COSTA (2000, p. 460), a ninguém é dado fazer valer-se de um direito em contraposição com a sua conduta interpretada objetivamente conforme a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou ainda, quando este exercício, ainda que, posteriormente, esbarra-se na lei, nos bons costumes ou na boa-fé.

Consequentemente, seu principal efeito é o impedimento de que a parte que violou os deveres contratuais exija o cumprimento da parte contrária, ou valha-se de seu próprio descumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal.

A teoria dos atos próprios traz em seu bojo duas importantes vertentes. A primeira delas é denominada *tu quoque*, que no dizer de Menezes Cordeiro (2000, p. 837), implica na regra segundo a qual aquele indivíduo que violar uma norma jurídica, não pode, sem configurar abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído.

Neste instituto, a contradição do comportamento não se encontra

na conduta do titular que exerce um direito em si, mas nos pressupostos valorativos que esse indivíduo utilizou para julgar e julgar-se, ou no afirmar de Judith Martins-Costa (2000, p. 461), “*fere as sensibilidades primárias, éticas e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento*”.

Portanto, aquele que violar disposições contratuais ou ainda, com sua conduta vem a colocar em perigo o objetivo contratual, no caso de violações posteriores causados pela parte contrária, não poderá pleitear indenização ante o descumprimento ou requerer a rescisão do negócio, como se ele mesmo não tivesse cometido violações, ou mais, agir perante a parte contrária como se nunca tivesse cometido violação alguma.

Uma questão interessante é a anotada por Menezes Cordeiro (2000, p. 846) no que tange ao Código Civil Alemão, a ocasião em que reafirmou a regra por intermédio da qual, a inobservância dos deveres contratuais prejudica, por parte do próprio infrator, o aproveitamento das faculdades que emergem do negócio jurídico, de modo que, implica na limitação do uso de um direito do titular que cometeu a violação das disposições contratuais.

Em relação ao *common law*, Judith Martins-Costa (2000, p. 462-463) assegura que a boa-fé como cláusula delimitadora de direitos apresenta-se na forma da *estoppel*¹⁷, inserido no campo de aplicação do direito processual, mas não restrito a ele unicamente, que possui função de flexibilizar o formalismo processual, vedando à parte, que, através de suas declarações, atitudes, atos, induziu a parte contrária a modificar a sua posição em seu próprio prejuízo.

¹⁷ Em nota, a autora gaúcha afirma que “*o instituto da estoppel não resta cingido, contudo, ao exclusivo campo processual. Entre as suas manifestações encontram-se a estoppel by fact in pais, que significa a impossibilidade de negar posteriormente, ou discutir em juízo, o título do adversário, ou direito que lhe havia sido reconhecido previamente; a tenancy, figura que abrange os arrendamentos e as relações possessórias em geral, e que significa o ato pelo qual uma pessoa atribui a outra parte a posse de certa coisa, vedando a discussão deste ato; o bailment, pelo qual quem entrega a outrem coisas móveis, por certo tempo, gratuita ou onerosamente, não pode discutir o direito de quem recebeu a coisa (...). Em todos esses institutos se percebe idêntica ratio, qual seja a de coibir a contradição e o aproveitamento da própria torpeza*”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 462-463, nota 197).

No mesmo sentido, existem previsões no Código Civil da Argentina, nos artigos 1.071¹⁸ e 1.198¹⁹, que disciplinam a teoria dos atos próprios e tornaram inadmissíveis a conduta de voltar-se contra seus próprios atos.

No direito pátrio, a regra que impossibilita o aproveitamento da violação contratual, por si mesmo ocasionada, encontra-se presente em diversos julgados dos tribunais, como o abaixo demonstrado envolvendo direito comercial:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO. NOTA PROMISSÓRIA. ASSINATURA ESCANEADA. DESCABIMENTO. INVOCAÇÃO DO VÍCIO POR QUEM O DEU CAUSA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS SINTETIZADA NOS BROCARDOS LATINOS 'TU QUOQUE' E 'VENIRE CONTRAFACTUM PROPRIUM'. 1. A assinatura de próprio punho do emitente é requisito de existência e validade de nota promissória. 2. Possibilidade de criação, mediante lei, de outras formas de assinatura, conforme ressalva do Brasil à Lei Uniforme de Gênèbra. 3. Inexistência de lei dispendo sobre a validade da assinatura escaneada no Direito brasileiro. 4. Caso concreto, porém, em que a assinatura irregular escaneada foi aposta pelo próprio emitente. 5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa. 6. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos 'tuquoque' e 'venire contra factum proprium', segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ - REsp: 1192678 PR 2010/0083602-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/11/2012)

A teoria dos atos próprios também vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros nas relações de consumo, especialmente no que tange ao

¹⁸ Art. 1.071. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. “O exercício regular de um direito ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode constituir nenhum ato ilícito. A lei não ampara o exercício abusivo de direitos. Se considerado que tal ato contrarie os fins a que se destinam ou reconhecidos ou excedam os limites impostos pela boa-fé, a moral ou aos bons costumes”. Tradução livre.

¹⁹ Art. 1.198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. “Os contratos devem ser celebrados, interpretados e executados de acordo com a boa-fé e daquilo que as partes provavelmente entenderam ou se pudesse entender, trabalhando com cuidado e com previsibilidade”. Tradução livre.

dever de informação imputada às agências bancárias, conforme se denota no julgado abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO BANCÁRIO. ABUSIVIDADE. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS. FALHA DO DEVER DE INFORMAÇÃO. CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. ILEGITIMIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA. A demandante é cliente da instituição bancária desde 2009, não tendo havido qualquer renovação contratual que não a automática e sucessiva. Caso o demandado pretendesse exigir da requerente atualização de cadastro não automática, isso somente seria possível com a prévia comunicação da autora, o que jamais ocorreu. Tão logo recebeu as comunicações do serviço de proteção ao crédito acerca da restrição creditícia motivada pelo réu, a autora compareceu à agência bancária, quando lhe foi informado que não precisaria se preocupar e deveria desconsiderar as correspondências uma vez que seu saldo negativo estava de acordo com o limite contratado. Falha no dever de informação. Inteligência do artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor. Manifestamente ilegítimo o cadastro restritivo levado a efeito pela ré, repercutido o dano moral in re ipsa, pelo que devida a indenização pretendida, a qual resta mensurada em R\$ 6.220,00, por ser suficiente à compensação da vítima pela lesão extrapatrimonial consubstanciada. Pedido procedente. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004038501, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 14/03/2013). (TJ-RS - Recurso Cível: 71004038501 RS , Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 14/03/2013, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/03/2013)

A segunda vertente da teoria dos atos próprios constitui outro brocardo, o *venire contra factum proprium*, que no dizer de Menezes Cordeiro (2000, p. 742), “*traduz-se no exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente*”.

Assim, o *venire contra factum proprium* parte do pressuposto que existem dois comportamento externados pelo mesmo indivíduo, lícitos e diferidos no tempo, porém, o primeiro é contrariado pelo segundo. Essa contradição provoca situações desconfortáveis à parte contrária e cria uma crise de estabilidade no negócio, além de gerar insegurança para o co-contratante.

O autor prossegue ao expor que para restar configurado o *venire contra factum proprium*, a contradição deve ser direta entre a situação jurídica decorrente do *factum proprium* e o segundo comportamento do autor da conduta. No entanto, faz uma observação pertinente quando demonstra que nem todos os comportamentos contraditórios estão proibidos, mas este vincular uma pessoa à sua ação faz sentido, especialmente, quando do outro lado

existe um beneficiário, sob pena de que todo comportamento humano ensejaria acolhimento e proteção jurídica, além de limitar a esfera de autonomia e liberdade da pessoa²⁰.

Relativamente à análise dogmática do *venire contra factum proprium*, pode-se extrair sua íntima relação com a boa-fé, mas aí não se exaure, e com a expressão da confiança, à medida que veda comportamentos contraditórios. Este instituto encontra aplicação nas proposições da confiança no tráfego jurídico não uma proibição específica de dolo e da mentira.

Menezes Cordeiro ao citar o alemão Wilhelm Weber, aduz que o propósito do *venire* constitui a máxima de que ninguém pode exercer um direito ou tomar uma posição jurídica com consequências, em contradição com o comportamento anterior, nos casos em que este justifique a conclusão de que não iria fazer e ele, nessa situação, tenha despertado na parte contrária uma determinada confiança e, esta confiança seja digna de proteção legal.

Dessa feita, resta configurado a violação nos casos em que considerando-se os costumes do tráfego e nas circunstâncias que cercam o negócio, pode-se verificar que a parte contrária, levando-se em conta o homem médio²¹, pode confiar numa determinada situação jurídica ou material decorrente do comportamento anterior do titular do direito e atuou na base disso.

No direito português existem alguns requisitos que demonstram a configuração de lesão à confiança, consagração da boa-fé ética. O primeiro deles consiste na ignorância da parte contrária a respeito da instabilidade do *factum proprium* sem ter deixado de realizar as indagações que cabiam ao caso concreto, ou seja, a diligência necessária do homem médio. Além disso, Menezes Cordeiro (2000, p.759) ao discorrer sobre o assunto elenca outro requisito “*em consequência do factum proprium a que aderiu, o confiante ter desenvolvido uma atividade tal que o regresso à situação anterior, não estando*

²⁰ O autor adverte que o entendimento da proibição de comportamento contraditório em toda e qual situação implicaria no esgotamento ante o primeiro exercício e todo relacionamento social configuraria um “edifício rígido” de deveres irrecusáveis. Afirma ainda, que nem todos os comportamentos humanos são dotados de relevância jurídica.

²¹ Menezes Cordeiro alerta que inobstante a existência dos elementos objetivos que possibilitam a justificação da proteção da confiança, se o indivíduo destinatário do *factum proprium*, razões específicas, não tivesse efetivamente confiado na situação oferecida não haverá implicação dos efeitos do *venire* (2000, p. 759).

vedado de modo específico, seja impossível, em termos de justiça.”

Notável que a análise palpável da teoria dos atos próprios ficará a cargo do intérprete aplicador do direito, que exerce papel de protagonista numa realidade de pós positivismo, que apreciará as circunstâncias do caso concreto e suas especificidades e dirá se houve ou não configuração da violação à confiança.

9. CONCLUSÃO

Não pairam dúvidas a respeito da importância da boa-fé nos atuais sistemas de proteção social, especialmente nas relações negociais privadas reguladas pelo Código Civil Brasileiro e a depender, se configurada relação de consumo, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, enquanto princípio geral de direito, este instituto encontra profunda ligação com a solidariedade social, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, estampada na Carta Maior, por outro lado, vista como cláusula geral, assume papel protagonista nas relações negociais, tendo em vista a sistemática adotada pelos sistemas e microsistemas de direito, a fim de acompanhar a dinamicidade do direito e tornar as disposições legais existentes sempre contemporâneas, a medida que essas cláusulas permitem abertura do sistema e interpretação evolutiva de acordo com o contexto social vivido.

Entretantes, na atualidade, houve uma hipervalorização da boa-fé e muitos operadores e aplicadores do direito não desenvolvem seus elementos corretamente, havendo em muitos casos distorções da própria ideologia da construção teórica do instituto, em prejuízo de outros institutos contratuais, como a força obrigatória dos contratos, a conservação contratual e sua função social.

Do mesmo modo, muitas vezes diante de um conflito existente na relação negocial, o operador e aplicador do direito tende a resolver a crise através da boa-fé, ainda que diante do caso concreto, não seja a melhor alternativa para a intermediação e resolução do conflito.

Por esta razão, a apreciação dos elementos históricos evolutivos da boa-fé contribuem para a exata compreensão desse instituto, bem como a razão de sua existência, com vistas a evitar distorções de sua aplicação e prejuízo para a estabilidade das relações negociais.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. **Constituição e Codificação: Primórdios do binômio**. A reconstrução do direito privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARGENTINA, CODIGO CIVIL DE LA NACION ARGENTINA. **Ley 340**. Buenos Aires, 25 de Setiembre De 1869.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, 18:23-31, abril/junho, 1996.

BASTERRA, Marcela I. **El derecho fundamental de acceso a la información pública**. 1ª ed, Buenos Aires: Lexis Argentina, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados**, in Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes, São Paulo: Forense, 1979.

BARCELONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional** – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BETTI, Emilio. **Teoria do negócio jurídico**. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 1969, t.1.

BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3ª ed. rev. e atual. da 2ª edição da obra O direito civil na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Revista Eletrônica Doxa, Alicante, nº. 21. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>. Acesso em 08 ago.2013.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). RAMOS, Carmen Lucia Silveira (et. al.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FIGUEROA, Alfonso García. **La teoria del derecho em tempos de constitucionalismo**. Neoconstitucionalismo. Org. Miguel Carbonel. Madrid: Trotta, 2003.

Français, Code civil Français: édition originale et seule officielle – A Paris, de l’Imprimerie de la République, Na XII 1804. Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>. Acesso em 04/05/2014.

GARCIA, ENÉAS COSTA. **Responsabilidade pré e pós contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GHESTIN, Jacques. **Traité de Droit Civil. La information du contrat**. Paris, 3^a Ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

GRISI, Giuseppe. **L’obbligo precontrattuale di informazione**. Jovene, 1990.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 1982.

MARTINS-COSTA, Judith. **Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro**, in *Ajuris*, nº.56. Porto Alegre, 1992.

_____. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. 1^a ed., 2^a triagem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2000.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra Ed., 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3 ed. rev. e atual. Coimbra Ed., 2000, t.I.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

PRATA, ANA. **Notas sobre a responsabilidade pré-contratual**. Lisboa, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 1ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIGNATARO, Gisella. **Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese**. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**.

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: 2002.

STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.