

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA*

Kelly Letícia Fernandes Borges Matos

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 colacionou entre os seus objetivos fundamentais a existência de uma sociedade digna, justa e solidária.¹ E o alcance dessa justiça, principalmente no que concerne à chamada justiça contratual, passa, necessariamente, pelo princípio da boa-fé objetiva.²

Convivemos num sistema de opressores e oprimidos, em que a vontade do economicamente mais forte, daqueles que detêm os meios de comunicação, produção, informação, entre outros, sempre será prevalecente. Uma sociedade de contratos padronizados, relações uniformes, despersonalizadas e cadenciais, de responsabilidades diluídas, de insegurança jurídica.

No âmbito do direito contratual, este sistema, construído com fundamento no princípio da autonomia da vontade, foi o primeiro a relativizá-la, na medida em que apenas a vontade de um dos contratantes estava sendo exercida com liberdade.

No mesmo sentido, a presunção de igualdade fez aumentar o índice de desigualdade social, não se pode comparar o poder de mercado de um grande empresário, ou mesmo de um intermediário – comerciante –, com o poder de barganha do consumidor.

Pelo princípio da boa-fé objetiva, são estabelecidos parâmetros de conduta a serem seguidos e que são esperados pelos contratantes. Tutela-se não apenas a liberdade de contratar, mas, principalmente, a confiança, lealdade e honestidade que deve existir no desenrolar das fases contratuais.

* Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso Ordem Jurídica e Ministério Público Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientadora: Prof^ª. Vera Andrighi

¹ BRASIL. Constituição Federal, art. 3^º. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e igualitária”.

² Veja Teresa Negreiros. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

O princípio da boa-fé objetiva é o garantidor de relações jurídicas mais justas e iguais. Por intermédio dele o magistrado poderá averiguar as circunstâncias que individualizam cada caso, as suas peculiaridades, os usos e os costumes do lugar e, até mesmo, a situação pessoal dos agentes para determinar qual a conduta que era esperada naquela situação específica.

O magistrado poderá, ainda, intervir no conteúdo do contrato, declarando inexistentes as cláusulas que contrariem a boa-fé, como já assentou o Código de Defesa do Consumidor. Poderá declarar a existência de deveres acessórios, porque inerentes à relação contratual ou o inadimplemento contratual pelo descumprimento de um desses deveres. Deverá, ainda, fazer uma interpretação do contrato que mais se coadune com os ditames estabelecidos pelo princípio da boa-fé objetiva.

Este tipo de atuação revela mais do que a simples aplicação do princípio, traduzindo-se numa verdadeira exigência do tráfico social. Uma conduta refletida, voltada para a proteção dos interesses do outro sujeito da relação contratual a fim de garantir o próprio desenvolvimento da sociedade.

O princípio da boa-fé objetiva, em razão de sua dinamicidade, permite maior atuação do magistrado, de forma que se obtenha melhor adequação da realidade social e a sua subsunção à norma jurídica. Como exposto, a boa-fé objetiva é norma de conduta, e é este comportamento determinado pela boa-fé que poderá fornecer instrumentos para se alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

Este trabalho possui a única finalidade de demonstrar a redescoberta de um princípio, cujos efeitos limitam a atuação da vontade das partes no desenvolvimento contratual. Procura-se despertar a curiosidade a respeito do tema, extremamente instigante e apaixonante e suscitar a discussão sobre a sua importância deste novo sistema contratual, adotado pelo novo Código Civil, em que há um declínio da autonomia da vontade, como fonte primária do direito contratual, abrindo-se espaço para a sua socialização, em que o norte é a justiça social.

PARTE I – CRISE DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

CAPÍTULO 1 – TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

Tão velho como a sociedade humana e tão necessário como a própria lei, o contrato se confunde com as origens do direito.³

³ Humberto Theodoro Júnior. *O contrato e seus princípios*. 1.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p.11.

O contrato sempre ocupou relevante papel na sociedade. Desde as mais remotas sociedades os homens primitivos já realizavam relações de troca de mercadorias e serviços. Inicialmente, apenas como meio de manter a própria subsistência, eram os próprios produtores que negociavam as suas mercadorias e as trocavam por aquelas que mais bem satisfizessem suas necessidades e seus interesses.

Com o surgimento e o desenvolvimento dos burgos, na Idade Média, estas relações intensificaram-se ainda mais. A esta época, os contratos eram preliminarmente negociados, no escambo, as partes livremente escolhiam quais objetos seriam negociados e em que quantidade e qualidade seriam trocados de maneira a estipular uma equivalência de valores entre eles, uma certa igualdade entre direitos e obrigações que adiante veio a ser imensamente facilitada com o advento da moeda. Com a classe burguesa, o contrato deixa de ser, primordialmente, de natureza substancial e passa a ser, também, um instrumento de acúmulo e circulação de riquezas.

Hodiernamente, o homem moderno realiza a toda hora relações contratuais sem mesmo que perceba tal fato,⁴ desde o ir a padaria, pegar um ônibus, comprar ingressos no cinema ou, ainda, relativamente aos serviços essenciais, como o fornecimento de água, energia elétrica e telefone, todas estas relações fazem do homem moderno um ser eminentemente contratual.

Neste sentido, até dispensável proclamar a relevância da teoria contratual como meio de desenvolvimento social e da circulação de riquezas, estas antes materiais, hoje tecnológicas e de comunicação. Assim, como salienta Caio Mário da Silva Pereira:

O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual da civilização do nosso tempo, a conseqüência seria a estagnação da vida social. O *homo aeconomicus* estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regridiria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários.⁵

Neste cenário, o princípio da autonomia da vontade assume primordial relevância, uma vez que é por intermédio dele que as partes manifestam o desejo

⁴ É o que veremos adiante na denominada teoria do contato social.

⁵ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.7. vol. III.

de contratar, estipulam o conteúdo contratual e os fins a serem alcançados com aquele negócio. Como se observará adiante, a autonomia da vontade permite que os contratantes estabeleçam entre si relações jurídicas, configurando-se na auto-regulamentação de interesses, neste caso, iminentemente privatísticos.

1.1 O CONTRATO NO DIREITO ROMANO

Os romanos já concebiam que o contrato era formado com base em um acordo de vontades a respeito de um mesmo objeto.⁶ Entretanto, nas sociedades antigas, o consenso por si só não tinha o condão de criar obrigações, para tanto era imprescindível a sua exteriorização, a existência de um elemento formal sem o qual o negócio não viria a concretizar-se. Somente com a atribuição do direito de demandar em juízo, daquele que porventura tenha sido lesado em face de um inadimplemento contratual, é que surgiram as primeiras classes de contratos que se concretizavam apenas com o consenso. Nos demais, assevera Caio Mário, “prevalencia sobre a vontade a materialidade de sua declaração, que haveria de obedecer rigidamente ao ritual sagrado: a inscrição material no livro do credor (contratos *litteris*), a *traditio* efetiva da coisa (contratos *re*), a troca de expressões estritamente obrigatórias (contratos *verbis*) de que a *pollicitatio* eram os mais freqüentes exemplos”.⁷

Conforme preleciona Darci Bessone,

(...) no Direito romano, a convenção era gênero, integrado pelas espécies pacto e contrato. O pacto era a convenção produtiva apenas de obrigações naturais. O contrato era a convenção, que engendrava obrigações civis.⁸

Só se considerava contrato, efetivamente, aquele em que havia a exteriorização material da forma, além da possibilidade de sanção, que se dava por intermédio da *actio*, excetuados os contratos mais habituais e que se concretizavam apenas pelo consenso (compra e venda, locação, mandato e sociedade), “ao passo que o pacto não tinha nome especial, não se revestia de forma predeterminada e não permitia à parte a inovação de uma ação”.⁹

⁶ *idem*, p.9.

⁷ *idem*, apud Girard, *Droit Romain*, p.453; Planiol, Ripert et Boulanger. *Traité élémentaire de droit civil*, vol. II, ns. 36; Gaudemet, *Théorie generale des obligations*. p.20.

⁸ Darci Bessone de Oliveira Andrade. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense. 1960. p.15.

⁹ Caio Mário. *op.cit.*, p.3.

Nos dizeres de Clóvis do Couto e Silva, “verdade é que o conceito fundamental do Direito Romano clássico era o de *actio*. A obrigação não nascia somente porque as partes o quisessem, mas sobretudo porque existia uma *actio iuris civilis* para a hipótese, muito embora a *actio* não fosse concedida, caso as partes não visassem o efeito obrigacional”.¹⁰ Esta diferenciação perdeu a relevância, principalmente, após a obra de Savigny,¹¹ em que o consenso era o gênero do qual o contrato fazia parte, afastando a diferenciação entre pacto e contrato.^{12,13}

Todavia, a percepção do princípio da autonomia da vontade como poder de autodeterminação de obrigações jurídicas praticamente inexistiu no Direito Romano. Não era o consenso o cerne do direito contratual, dando-se maior importância à forma, como ele era exteriorizado, assim, o contrato era eivado de nulidade se não-cumpridas as solenidades que marcavam a sua existência.¹⁴

A força obrigatória dos contratos derivava da noção de que a palavra dada deveria ser cumprida, porém não como um elemento interno, inerente ao próprio contrato, mas derivado de elementos externos, culturais, arraigados à religiosidade, à moral e à honra, o que veio a consolidar-se no direito canônico ao consagrar a santidade dos contratos, uma vez que “o pecado do descumprimento é que dava obrigatoriedade aos contratos”.¹⁵ Neste sentido, Cláudia Lima Marques:

O direito canônico contribuiu decisivamente para a formação da doutrina da autonomia da vontade e, portanto, para a visão clássica do contrato, ao defender a validade e a força obrigatória da promessa

¹⁰ *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p.47.

¹¹ *Obbligazioni*, vol. III, § 52. *Apud* Caio Mário da Silva Pereira. *op.cit.*, p.4.

¹² Carlos Alberto Bittar ressalta que estas expressões são hodiernamente tidas como sinônimos, sendo o termo “convenção” geralmente usado com significado mais amplo, normalmente, convenções internacionais, o contrato como qualquer acordo de vontades tendentes a produzir efeitos jurídicos e os pactos com uma função ora de cláusula, assumindo um caráter acessório, ou de próprio contrato, dos quais são exemplos: pacto comissório, pacto de retrovenda, pacto antenupcial. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.10.

¹³ Para Caio Mário, hodiernamente, “toda convenção é modernamente dotada de força vinculante e mune o credor de ação para perseguir em juízo a prestação em espécie ou em equivalente”.

¹⁴ Assim, Luís Renato Ferreira da Silva. *Revisão dos contratos*: do código civil ao código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998. p.7. Othon Sidou. *A revisão judicial dos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p.139., ao citar as lições de Ulpiano, sobre a necessidade do elemento volitivo nos contratos, segundo o qual “não há contrato que não contenha consenso, porque a estipulação que se faz por meio de palavras, se lhe falta o consentimento, é nula”.

¹⁵ Luís Renato Ferreira da Silva. *op.cit.*, p.9. *Apud* Sir David Hughes Parry. *The sanctity of contracts in english law*. 2.ed. London: Sweet and Maxwell, 1986. p.6: “(...) his failure (of a promise) constituted na ecclesiastical offense for wich he was answerable in the Church courts as a sinner in need of correction”.

por ela mesma, libertando o direito do formalismo exagerado e da solenidade típicos da regra romana. (...) Para os canonistas, a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo. Assim, livre do formalismo excessivo do direito romano, o contrato se estabelece como um instrumento abstrato e como uma categoria jurídica.¹⁶

No direito contratual romano firmou-se a existência de uma obrigação polarizada, no qual o contrato revestia-se de um vínculo estático e pessoal entre credor e devedor, e que contém um dever jurídico de dar, fazer ou não fazer.¹⁷

1.2 O CONTRATO NO DIREITO FRANCÊS

Antes de abordarmos, especificamente, o princípio da autonomia da vontade no ordenamento jurídico francês, adentrarmos no pensamento jurídico-filosófico da época que contribuiu, sobremaneira, para a formação dos ideais colacionados na Revolução Francesa e, posteriormente, positivados no Código de Napoleão.

1.2.1 DO VOLUNTARISMO CONTRATUAL

Somente com a ruptura entre razão e fé, houve o reconhecimento da existência de direitos naturais, produto dos homens como seres racionais.¹⁸ A vontade, então, passa a ser considerada com algo livre e independente, autônoma e criadora.¹⁹ De fato, se o homem é por natureza livre, somente a sua vontade tem o condão de obrigá-lo. É a época do chamado “antropocentrismo no direito. O homem e tudo o que decorre da sua essência passam a ser o centro e a razão da juridicidade”.²⁰

Com o individualismo jurídico, tinha-se a vontade como a fonte precípua de criação das relações jurídicas. Como ressalta Orlando Gomes:

¹⁶ Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.40.

¹⁷ Assim, Judith Martins-Costa. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 4, p.140, 1992.

¹⁸ Ubirajara Mach de Oliveira. Princípios informadores do direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23/24, p.24, 1997. *Apud* Francisco dos Santos Amaral Neto. *A autonomia privada com poder jurídico*, 1984. p.292.

¹⁹ Judith Martins-Costa. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito de Consumidor*, n. 3, p.127, 1992.

²⁰ Luís Renato Ferreira da Silva. *op.cit.*, p.9.

O individualismo atribuía à vontade individual a função de causa primeira do Direito, assim público com privado. O comércio jurídico deveria repousar no contrato, entendendo-se, não somente que toda obrigação, implicando restrição à liberdade individual, teria de provir de um ato de vontade do devedor, como, também, que os resultados desse ato eram necessariamente justos. Instituiu-se, em suma, com pedra angular do Direito Privado o dogma da autonomia da vontade.²¹

Apenas para ilustrar, entre os grandes filósofos da época,²² Jean Jacques Rousseau, em sua obra *Contrato social*, considerava que o homem nasce livre e em estado de igualdade. A liberdade é intrínseca à própria condição de ser humano, e é sob este fundamento que o autor irá conceber a organização estatal por meio de um pacto social. O Estado, então, seria formado pela comunhão da vontade geral. Esta liberdade só poderia ser abandonada com o consentimento do sujeito que naquele sentido havia aderido em benefício do bem comum.²³

Destarte, pode-se perceber todo o poder que era conferido ao princípio da autonomia da vontade, que passa a ser considerado norma basilar de todos os negócios jurídicos, tendo como pressupostos a liberdade e a igualdade.

1.2.2 *CODE NAPOLEÓN*

*qui dit contractuel, dit juste*²⁴

O individualismo jurídico da época, aliado aos conceitos de liberdade e igualdade, foram cristalizados no Código de Napoleão, de 1804, que, em seu art. 1.134, dispõe: “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”.^{25,26}

O contrato é ato jurígeno e, por isso, considerado fonte de direito.²⁷ Jurígeno porque permite as partes contratantes regulamentarem os próprios interesses dentro da sua esfera patrimonial privada. As partes, ao regulamentarem o conteúdo

²¹ Orlando Gomes, *Transformações gerais no direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p.10. Fazendo menção à Alfred Rieg. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Paris, 1961. p.5.

²² Entre os mais citados pela doutrina, Hobbes, Jonh Locke, Hugo Grotius, Pufendorf e Thomasius.

²³ Jean Jacques Rousseau. *Os pensadores*. trad. Lourdes Santos Machado. 3.ed. São Paulo: Victor Civita, 1983.

²⁴ Afirmação feita por Fouillé, extraída da apresentação feita por Antônio Herman V. Benjamin, do livro *Contratos no código de defesa do consumidor*, Cláudia Lima Marques.

²⁵ “As convenções legalmente estabelecidas fazem lei entre as partes” (tradução livre).

²⁶ Judith Martins-Costa. *Crise e modificação da idéia de contrato*. *op.cit.*, p.130.

²⁷ Neste sentido, Humberto Theodoro Jr. *op.cit.*, p.66.

contratual, dispõem de normas e cláusulas que necessariamente devem ser observadas. Neste sentido, o contrato é “*lex inter partes*” uma vez que cria as normas que regerão determinadas relações jurídicas.

Entre os ideais revolucionários consagrou-se a intervenção mínima do Estado nas relações obrigacionais entre os indivíduos, que teria como marca principal a supremacia da vontade. Assim preleciona Clóvis V. do Couto e Silva, “no Estado Liberal, com a nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada”.²⁸

Sob o espírito de liberalismo econômico e político (*laissez faire, laissez passer, laissez contracter*) ao Estado apenas cabia a proteção e a segurança dos negócios jurídicos. Pela própria definição de contrato não era possível a interferência no seu conteúdo e a sua revisão judicial ou mesmo a arguição da justiça ou injustiça da contratação. O contrato é lei entre as partes e assim deve ser mantido. “De sorte que, nos séculos XVIII e XIX, o dogma da autonomia da vontade preponderou de forma praticamente absoluta. De acordo com a doutrina clássica, o fundamento da obrigação era a vontade, independentemente da lei. A vontade valia por si própria”.²⁹ Apenas duas restrições eram feitas ao princípio, que devia limitar-se à ordem pública e aos bons costumes, expressas no art. 6º do Código Civil Francês, porém praticamente desconsiderados pelos civilistas da época.³⁰

Neste diapasão, se os contratos derivavam da vontade livre e consciente daqueles que naquele sentido se manifestaram, sendo a vontade a única fonte de obrigações, os resultados desta contratação seriam necessariamente justos, não sendo admissível que as partes contratassem contra os próprios interesses. “Quando alguém decide alguma coisa a respeito de outro, é sempre possível que lhe faça alguma injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio”.³¹

Os pactos firmados pressupunham a existência de uma igualdade natural, advinda do nascimento, e de uma igualdade política, na medida em que as leis, expressão máxima da vontade geral, são feitas para todos de maneira geral e abstrata, o que fazia pressupor uma paridade e comutatividade dos pactos. Segundo ensina Judith Martins-Costa, “constrói-se a idéia de liberdade jurídica sobre a idéia de liberdade comercial e a idéia de igualdade econômica com a de idêntica

²⁸ *A obrigação como processo*, p.18.

²⁹ Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.52.

³⁰ *idem*, p.47.

³¹ Agathe E. Schmidt da Silva. *Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo*. p.148, transcrevendo trecho da obra de Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p.144.

posição dos sujeitos de direito perante um mesmo comando jurídico, o qual deverá ser então necessariamente claro, certo, preciso”.³²

Este entendimento veio, posteriormente, a ser consolidado com a sistematização do direito, e com o surgimento dos primeiros Códigos. Ainda sob a égide dos ensinamentos da supracitada autora, com a “(...) criação de corpos organizados de leis, destinados a regular em abstrato situações análogas, pacificando as soluções jurídicas com base no pressuposto de que, perante a lei, todos os cidadãos são iguais, isto é, destinatários de uma mesma norma jurídica”.³³

2 A INFLUÊNCIA DO *CODE* NO ORDENAMENTO CIVIL BRASILEIRO

O ordenamento civil pátrio, em um primeiro momento, aderiu ao sistema individualista implantado pela doutrina francesa, com ênfase à supremacia da autonomia da vontade em detrimento dos interesses da coletividade.³⁴

Neste sistema, a autonomia da vontade adquiri tamanha importância que apenas a mesma vontade criadora de direitos e obrigações era capaz de desfazer o negócio celebrado salvo, quanto esta vontade encontrava-se viciada, o que sujeitava o contrato à pena de anulabilidade.

Registre-se que somente a vontade livre e consciente, imaculada, é capaz de gerar vínculos jurídicos válidos, capazes de produzir todos os seus efeitos. Os negócios celebrados em razão de erro, dolo ou coação eram passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, caso houvesse a manifestação de uma das partes.

Sob esta óptica, o magistrado estava adstrito à verificação dos requisitos extrínsecos e de validade do contrato, ou seja, se realizado entre partes capazes, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, além dos já mencionados vícios de consentimentos, a estes agora acrescentados, os vícios sociais.³⁵

Como exposto, o juiz não poderia averiguar a justiça ou não da contratação, uma vez que o conteúdo das cláusulas contratuais era tangível apenas às partes

³² Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2000. p.135.

³³ Judith. *Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro*. p.131.

³⁴ Confira, entre outros, Maria Helena Diniz. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. III. p.24.; Orlando Gomes. *Contratos*. 2001; Darci Bessone, *op.cit.*; Sílvio de Salvo Venosa. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas. 2001.

³⁵ Agathe Schimidt. *op.cit.*, p.149.

contratantes não podendo ser objeto de revisão ou modificação. O conceito clássico de justiça contratual é a garantia de o que fosse estabelecido seria adimplido. As leis exerciam um papel secundário, de caráter supletivo e de interpretação dos contratos, cuja função primordial era “fornecer instrumentos para assegurar às partes o cumprimento da avença”.³⁶ Percebe-se, portanto, a preponderância do elemento volitivo sobre a figura da lei que exercia apenas um papel secundário na formação e na execução dos contratos. Neste sentido, Cláudia Lima Marques: “a função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger essa vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contratantes”.³⁷

Os jus-filósofos, no início do século XX, passaram a enxergar no direito uma “forma de unificação e dominação”.³⁸ Com a codificação, instaura-se um sistema fechado de regulamentação das normas jurídicas.³⁹ A positivação das leis objetivava a garantia da igualdade formal entre os indivíduos, destinatários de seus mandamentos, regulando de forma abstrata casos análogos. As leis buscavam regular da maneira mais abrangente o maior número de situações possíveis, a fim de submeter todos à mesma norma regulamentadora. Pretendia-se maior proteção e segurança ao tráfico jurídico.⁴⁰

Ao direito, especificamente no campo das obrigações, cabia apenas a proteção da livre manifestação da vontade, que se dava através da produção de normas supletivas e interpretativas, cuja finalidade era assegurar a consecução dos efeitos almejados pelas partes. A liberdade era concebida como valor supremo e nenhuma lei poderia intervir no conteúdo do contrato.

Como conseqüência da codificação, a função do juiz é restringida a um raciocínio meramente subsuntivo, próprio de um sistema fechado, quase que matemático, ou seja, de aplicação de uma norma preestabelecida ao caso concreto, “aplicar a lei dentro da legalidade mais estrita”.⁴¹

³⁶ *idem*, p.147.

³⁷ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.37.

³⁸ Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.42.

³⁹ Judith Martins-Costa. *Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro*. p.131.

⁴⁰ *idem*, p.127.

⁴¹ Judith Martins-Costa. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 112, p.18, 1991.

2.1 DA AUTO-REGULAMENTAÇÃO DOS INTERESSES PRIVADOS

A palavra autonomia que deriva do grego *autonomia*, implica o direito de uma pessoa reger-se pelas próprias leis, na faculdade de traçar normas de conduta, sem que se sinta pressionada por elementos externos.⁴²

O princípio da autonomia da vontade surge, inicialmente, no âmbito do direito internacional, com a possibilidade de auto-determinação pelos sujeitos de direito de quais normas seriam aplicáveis a determinado negócio jurídico.⁴³

Tal princípio consiste na possibilidade de os indivíduos auto-regulamentarem os próprios interesses privatísticos,⁴⁴ partindo-se sempre da premissa que só a vontade tem o poder de vincular as pessoas. Como ressalta Carlos Alberto Bittar,

(...) o princípio nuclear do universo contratual é o da autonomia da vontade, consoante o qual as partes, em razão da liberdade natural, podem buscar livremente efeitos tutelados na ordem jurídica, por meio de declarações convergentes de vontade, regulando, em plano de igualdade, suas relações.^{45,46}

A partir da análise do conceito podemos constatar alguns de seus pressupostos, intrinsecamente ligados à autonomia privada: a) Liberdade – liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o conteúdo do contrato e as cláusulas que regeram aquela relação jurídica além da outra parte contratante;⁴⁷ b) Igualdade – as partes, na teoria contratual clássica, eram consideradas iguais no momento da celebração do negócio jurídico, não havia a análise de circunstâncias econômico-sociais que pudessem individualizar casos específicos.⁴⁸

⁴² *Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.247.

⁴³ Veja Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.46., e Luís Renato Ferreira da Silva. *Revisão dos contratos. op.cit.*, p.13.

⁴⁴ A respeito confira, Darci Bessone. *op.cit.* e Ubirajara Mach. *op.cit.*, p.50.

⁴⁵ Carlos Alberto Bittar. *Direito dos contratos*, p.34.

⁴⁶ Ponto interessante a ser ressaltado no conceito é a liberdade natural de contratar o que faz pressupor que o autor é adepto da corrente filosófica jusnaturalista.

⁴⁷ Para Pontes de Miranda, “Chama-se princípio da liberdade de contratar o de se poderem, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de um contrato; e princípio da autonomia da vontade, o de escolha, a libido, das cláusulas contratuais. E conclui, “no fundo os dois princípios prendem-se à liberdade de declarar ou manifestar a vontade com eficácia vinculante e de se tirar proveito das declarações ou manifestações de vontade alheias, receptícias ou não”. *Tratado de direito privado*. 1.ed. Bookseller, 2000. tomo 03. p.90-91.

⁴⁸ Conforme preleciona Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor.*; Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado.*; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil.*; e Orlando Gomes. *O contrato.*, entre outros.

Os contratantes, em situação de igualdade, ao menos presumida, possuíam a liberdade de discutir todas as cláusulas e as disposições que regerão o negócio a ser celebrado, existindo, portanto, uma fase de negociações preliminares. Neste diapasão, essencial à segurança do tráfico jurídico é a proteção da autonomia privada que possibilitava a realização de negócios jurídicos.

O que ocorre, na realidade, é uma mudança na concepção da relação obrigacional, uma vez que a segurança jurídica não estaria voltada apenas para os sujeitos do negócio; acrescenta-se a este um elemento social, externo, a confiança daquele que legitimamente acreditou na conclusão do negócio, em razão do comportamento e das justas expectativas criadas pela contraparte.⁴⁹

Protege-se a aparência da vontade, responsabilizando aquele que, injustamente, e em razão do seu comportamento, frustou a confiança da outra parte na realização do negócio, não podendo escusar-se pela alegação de erro na declaração, ressaltando-se os casos em que o oblato tinha condições de perceber a manifestação errônea do proponente ou que esta não coincidia com a sua vontade interna.⁵⁰ Assim, deixa-se de proteger a vontade apenas como elemento formador do negócio jurídico para tutelar, principalmente, os efeitos por ela provocados.

CAPÍTULO 2 – LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Ao contrário do que se acreditava, o dogma da liberdade contratual tornou-se uma ficção – em liberdade de um – e opressão do outro.⁵¹

Com o advento da Revolução Industrial, iniciou-se um processo de produção em série de bens e serviços, tendo como principal característica a criação de relações jurídicas contratuais cada dia mais complexas e despersonalizadas,⁵² e a diluição dos vínculos e das responsabilidades entre os fornecedores, a ponto de não mais se poder imputar a alguém a ocorrência de um ato ilícito.

As relações contratuais na modernidade não mais se restringem a dar e fazer, prestação e contraprestação. O conceito de obrigação, em face de todas as mudanças históricas e culturais ocorridas, tornou-se complexo e dinâmico: a

⁴⁹ *idem*, p.16.

⁵⁰ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.104.

⁵¹ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.119.

⁵² Cláudia Lima Marques. Novas regras sobre proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1, p.27.

obrigação como processo⁵³ de cooperação entre credor e devedor, cuja finalidade é o adimplemento.

O contrato passa a ser encarado não apenas sob a perspectiva das partes contratantes – a preponderância do individualismo jurídico –, mas, principalmente, sob o aspecto de utilidade social, a sua função social.

Com a existência de uma sociedade massificada, iniciou-se nova fase na teoria contratual, especialmente, no que se relaciona com os princípios até então considerados basilares de todo o direito das obrigações, trazendo mudanças significativas quanto à liberdade contratual, a relatividade, a força obrigatória dos pactos e, principalmente, quanto aos conceitos de igualdade e de justiça contratual. A autonomia da vontade, alicerce de toda a teoria contratual clássica, entra em declínio na medida em que os princípios a ela conexos são profundamente modificados, até em perspectiva constitucional.

Segundo leciona Clóvis V. do Couto e Silva, a limitação do princípio da autonomia da vontade está consubstanciada em dois fatores preponderantes: a) a ingerência do Estado nas relações contratuais, com a emanação de normas de direito público na regulamentação de interesses eminentemente privados; e b) aquelas decorrentes do próprio tráfico jurídico em que, em razão do desnível de poder econômico, decorre a fixação unilateral do conteúdo do contrato.⁵⁴ Cuidaremos, inicialmente, desta última opção.

3 DA MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Na passagem do século XIX para o século XX, pôs-se em cheque o principal ponto de sustentação da ampla autonomia de vontade nos domínios do contrato. Com efeito, enquanto dominaram absolutas as idéias do liberalismo puro, tinha-se como dogma a ‘igualdade’ dos contratantes, ligado umbilicalmente à ‘liberdade de contratar’. Acontece que a experiência dos regimes liberais nascidos da Revolução Francesa acabou por impor o reconhecimento da irrealidade de semelhante dogma, pelas notórias diferenças, entre as pessoas, na ordem econômica, social e até mesmo jurídica.⁵⁵

⁵³ Sobre o assunto, confira Clóvis V. do Couto e Silva. *A obrigação como processo. op.cit.*, p.10.

⁵⁴ *idem*, p.23.

⁵⁵ Humberto Theodoro Jr., *Contratos...*, p.18.

Para garantir maior rapidez e maior segurança ao tráfico jurídico, surgiram as chamadas contratações em massa, ou estandarizadas, caracterizadas pela adoção de contratos padronizados capazes de regulamentar infinita gama de relações jurídicas.

Nos dizeres de Antônio Herman Benjamin,

(...) a Revolução industrial trouxe consigo a revolução do consumo. Com isso, as relações privadas assumiram uma conotação massificada, substituindo-se a contratação individual pela contratação coletiva. Os contratos passaram a ser assinados sem negociação prévia alguma, sendo que, mais e mais, as empresas passaram a uniformizar seus contratos, apresentando-os aos seus consumidores como documentos pré-impressos, verdadeiros formulários. Foi, por um lado, um movimento positivo de transformação contratual ao conferir rapidez e segurança às transações na sociedade massificada. Mas o fenômeno trouxe, igualmente, perigos para os consumidores que “aderem globalmente ao contrato, sem conhecer totalmente suas cláusulas.”⁵⁶

3.1 DOS CONTRATOS DE ADESÃO E FIGURAS AFINS

De fato, ganha tintas cada vez mais utópicas (ou irrealistas, melhor dizendo) o discurso que enxerga na prática contratual o espaço privilegiado para a convergência volitiva das partes idealmente iguais. Ao revés, Raymond Saleilles, em linhas clássicas publicadas no primeiro ano do século XX, já destacava a disseminação de uma forma de contratar cuja principal semelhança com o contrato tradicional não passava do nome; pois, desta feita, tratava-se da imposição da vontade de uma parte, dirigida não mais a um indivíduo, mas a um coletividade indeterminada. Era a gênese, na doutrina, dos *contrats d'âhesion*.⁵⁷

⁵⁶ Antonio Herman V. Benjamin na apresentação do livro *Contratos no código de defesa do consumidor.*, Cláudia Lima Marques, p.9. E, por último, fazendo citação a Calais-Auloy. *Droit de la Consommation*. Paris: Dalloz, 1986. p.143.

⁵⁷ Bruno Costa Lewicki. *A abusividade das disposições sobre perda do cartão de controle do consumo nos serviços de diversões noturnas*. Trabalho apresentado no 5. Congresso Brasileiro e 3. Congresso Mineiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 2 a 5 maio 2000. E por último, fazendo citação à Raymond Saleilles. *De la déclaration de la volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemande*. Paris, 1901. p.229.

Entre os contratos nascidos sob a égide de uma sociedade de massa destacam-se os contratos de adesão^{58,59,60} e/ou por adesão,⁶¹ em que uma das partes contratantes estipula, unilateralmente, o conteúdo que irá reger determinada relação jurídica, restando à contraparte a opção de aderir ou não ao estipulado no contrato.⁶²

⁵⁸ Observa Nelson Nery Júnior que a doutrina faz distinção entre os contratos de adesão e os contratos por adesão. Aqueles seriam a forma de contratar onde o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (v.g., contrato de fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos por adesão aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária. p.551.

⁵⁹ Quanto à natureza jurídica dos contratos de adesão, alguns autores, como Georges Ripert. *A regra moral nas obrigações civis*. p.105, defendem a existência de um vício permanente de consentimento na sua formação, “O único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte venha a se aplicar. O aderente entra neste círculo estreito em que a vontade da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar. É uma graça de mau gosto dizer-lhe: tu quiseste. A não ser que não viaje, não faça um seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use de transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem, é-lhe impossível deixar de contratar”. Ainda, neste sentido, Clóvis do Couto e Silva. *Obrigação como processo*. p.20 e Ubirajara Mach de Oliveira. *Princípios informadores do direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. p.54. Em sentido contrário, o mestre Orlando Gomes considera absurda esta concepção, por entender que a submissão não implica coação, se assim o fosse, “a própria natureza do contrato faria presumir um vício de consentimento (...) que condenaria ao fracasso toda teoria do contrato de adesão”. *Contrato de adesão e condições gerais dos contratos*. p.44. Assim, também, Cláudia Lima Marques quando descreve, “note-se que pelas suas próprias características o contrato de adesão exige somente a capacidade dos parceiros contratuais, o consentimento se dá por adesão a uma vontade manifestada de maneira complexa no instrumento contratual, sendo a figura do erro totalmente irrelevante”, *Contratos no código de defesa do consumidor*. p.57. Diferentemente de coação, a manifestação de vontade, ainda que restrita, persiste. O que poderá ocorrer é a superioridade socioeconômica de uma das partes, o que daria maior margem à relações desproporcionais e iníquas.

⁶⁰ Segundo preleciona Agathe E. Schmidt da Silva, “mas adesão não quer dizer consentimento. Consentir é debater as suas cláusulas. Aderir é submeter-se ao contrato estabelecido”. Cláusula Geral da Boa-fé nos Contratos de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor* n. 17, p.151.

⁶¹ Maria Helena Diniz prefere a utilização da denominação contratos por adesão entendendo ser a mais correta. *Curso de Direito Civil*. vol 3., *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. p.8. No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. p.55.

⁶² É o que, segundo Cláudia Lima Marques *apud* Fitffot’s, *Contract*, “os doutrinadores anglo-americanos denominam de contrato *take-it-or-leave-it basis*”. *Contratos...*, p.55.

Também sob a égide das contratações padronizadas, as condições gerais dos contratos.⁶³ Os contratos sujeitos a condições gerais “são aqueles contratos, escritos ou não, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas preelaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente, para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico”.⁶⁴

Essas cláusulas, normalmente, não integram o instrumento contratual, estabelecendo-se em documento à parte. É o que ocorre com os contratos de hotelaria ou contratos bancários, em que existem placas afixadas nos estabelecimentos determinando certas condições, normas, índices de correção, taxas de juros, direitos dos usuários, etc.

Agathe Schimidt cita, como exemplos de contratos regulados por condições gerais, os de transporte, de hospedagem em hotéis, de utilização de garagens e, agora acrescentado, os contratos bancários.⁶⁵

Exemplo clássico é o que ocorre com o contrato de seguro e o chamado ‘manual do segurado’, em que o aderente, no mais das vezes, só toma conhecimento das cláusulas gerais do contrato a que está vinculado, quanto às coberturas e aos riscos, quando recebe, alguns dias após a sua celebração, o dito manual.

A jurisprudência tem firmado entendimento de que as cláusulas contidas no manual do segurado só vinculam o consumidor se, antecipadamente à celebração do contrato, o mesmo teve oportunizado o total conhecimento delas. Nesse sentido, confira-se, entre outros, TJDF, Apelação Cível nº 3530595/DF, DJ de 25.10.1995, Desembargador Relator, Romão C. Oliveira, de cuja ementa se colhe:

Civil. Contrato de Seguro. Se a seguradora não entregou ao segurado, no ato em que firmou o contrato de seguro, a apólice e/ou ‘manual’, não poderá invocar, validamente, os dizeres nele estampados, se estão em oposição ao que estabelece o cartão-

⁶³ Relembra Cláudia Lima Marques, Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor* n. 01, p.31, 1992. “as expressões condições gerais dos contratos e contratos de adesão não são, portanto, sinônimas. (...) a expressão condições gerais pode englobar todos os contratos de adesão tanto os que usam formulários impressos, os contratos modelo e os contratos autorizados ou ditados pelos órgãos públicos, pois estes também são compostos por cláusulas preelaboradas unilateral e uniformemente pelos fornecedores, com a única diferença que nestes casos as condições gerais são inseridas no próprio texto do contrato e não em instrumento anexo, como normalmente”.

⁶⁴ Cláudia Lima Marques, *Contratos...*, p.59.

⁶⁵ Agathe Schimidt. *op.cit.*, p.151 (em nota de rodapé).

proposta, o único documento que foi apresentado e entregue ao segurado pela proponente. Ante o princípio da boa-fé, há de valer o que nele contiver, máxime, se ratificado pelo preposto da seguradora. Apelação improvida.

Sobre o tema, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 46, dispõe: “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. E, ainda, as cláusulas devem ser redigidas de forma clara e precisa, de modo a facilitar a compreensão do consumidor (art. 54, § 3º, CDC).

Cumpra ressaltar a distinção realizada por Nelson Nery Júnior, entre as condições gerais dos contratos e os contratos de adesão:

Delas se distinguem as cláusulas gerais de contratação e os contratos de adesão. Aquelas são o conjunto de regras ou normas (regulamento interno, estatutos, normas de serviço, etc.) disciplinadas unilateralmente pelos fornecedores a fim de que, com base nelas, sejam realizados os contratos e operações comerciais, industriais ou de prestação de serviços desses fornecedores. Têm como destinatário principal o funcionário da empresa ou do órgão público, muito embora possam delas ter conhecimento aqueles que têm relações com o fornecedor estipulante, em virtude do maior ou menor grau de publicidade que se der a essas condições gerais de contratação.

Os contratos de adesão são a concretização das cláusulas gerais, que enquanto não aceitas pelo aderente são abstratas e estáticas, e, portanto, não se configuram ainda como contrato. As cláusulas gerais de contratação tornar-se-ão contrato de adesão, dinâmicas, portanto, se e quando forem aceitas pelo aderente.⁶⁶

Observa-se que tanto os contratos de adesão quanto aqueles submetidos a cláusulas gerais são formados por normas rígidas, uniformes e predispostas pela parte estipulante, não havendo a possibilidade de negociação do seu conteúdo pelo aderente, que se limita a aceitar o que foi previamente estipulado.

⁶⁶ *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 2000. p.445.

Relembra Cláudia Lima Marques,

(...) alguns comparam esta predisposição do texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados (*lawmaking power*). Poder este que, legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os seus indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da *lex* privada e os que a ela se submetem, podendo apenas aderir a vontade manifestada pelo outro contratante.⁶⁷

Com uma abordagem um pouco diferenciada, mas também para demonstrar a relativização do princípio da autonomia da vontade, os contratos coativos e os contratos necessários.⁶⁸

Nos contratos coativos, “a ordem jurídica existente impõe a contratação, em razão de um outro contrato preexistente ou de uma situação jurídica de propriedade, v.g., o seguro obrigatório, a prorrogação contratual da locação a prazo indeterminado, a prorrogação contratual de trabalho determinado (experiência) para indeterminado, etc”.,^{69,70} ou seja, normalmente, são derivados de uma imposição legal, não sendo relevante manifestação alguma de vontade da parte contratante.

Diferentemente, nos contratos necessários, existe “uma relação de oferta permanente de determinados sujeitos contratuais, sem que possa recusar a contratação com quem quer que seja, v.g., os concessionários de serviços públicos (pedágio, fornecedor de água, luz, telefone, etc.), abastecimento de gêneros de primeira necessidade, os creditícios de um modo geral (bancários, inclusive), transporte coletivo, etc”.^{71,72} “A natureza do serviço que exploram exige que se ponham em estado de permanente oferta de contratar, não tendo sequer direito a escolher a outra parte”.⁷³

⁶⁷ Cláudia Lima Marques. *op.cit.*, p.50.

⁶⁸ Aqui cabe fazer uma ressalva, no que concerne aos contratos necessários não se trata de uma espécie contratual diferente, uma vez que na grande maioria das vezes cuida-se de um contrato de adesão.

⁶⁹ Paulo Nalin. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2001. p.114.

⁷⁰ Para Orlando Gomes, o contrato coativo é aquele realizado sem o pressuposto do livre consentimento das partes. Trata-se de uma ficção jurídica, uma vez que a lei empresta a este tipo contratual os seus elementos formadores, sejam eles, a declaração de vontade e a relação jurídica contratual. *Transformações no direito das obrigações*, p.19.

⁷¹ Paulo Nalin. *op.cit.*, p.114.

⁷² Sobre o tema, Carlos Alberto Bittar. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. p.54.

⁷³ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.22.

Os contratos massificados causaram uma ruptura no sistema contratual clássico de oferta e aceitação, em que o elemento volitivo era essencial e constituía, até mesmo, requisito legal para a constituição do negócio jurídico. Nos contratos coativos, a própria lei cria o vínculo jurídico contratual, o contrato existe sem que a vontade dos sujeitos tenham-se dirigido para tal fim. No segundo caso, como já exposto, em face da natureza do serviço prestado, existe uma situação de oferta permanente, não havendo a opção de não contratar e de escolha do parceiro contratual.⁷⁴

No entanto, nem sempre este método de contratação estandarizado é exteriorizado pela forma escrita, como nos contratos de adesão e condições gerais dos contratos, podendo concretizar-se por meio das denominadas condutas socialmente típicas, as relações contratuais de fato, obrigações que são derivadas do simples ‘contato social’. Conforme preleciona Mário Júlio de Almeida Costa:

(...) existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declarações de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de fato. Quer dizer, a utilização de bens e serviços massificados ocasiona algumas vezes comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as conseqüências jurídicas de uma caracterizada atuação negociatória, mas que dela se distinguem. (...) Entende-se que o significado jurídico destes processos não resulta, propriamente, da vontade negocial dos participantes, mas da sua valoração no tráfico, por serem condutas socialmente típicas.

Decorre da doutrina exposta que a autonomia privada se realiza através de duas formas típicas: uma delas é o negócio jurídico, designadamente o contrato – no qual a aparência de vontade e as expectativas criadas podem ceder, diante da falta de consciência de declaração ou incapacidade do declarante; a outra reporta-se às relações contratuais fáticas – em que a irrelevância do erro na declaração e das incapacidades se justifica por exigências de segurança, de celeridade e demais condicionantes do tráfico jurídico.⁷⁵

⁷⁴ Como relata Paulo Nalin, *Do contrato...*, p.118, “é um duro golpe na moldura clássica do contrato, uma vez que se esvazia o papel da vontade, enquanto elemento nuclear, para ceder lugar a comportamentos automáticos e socialmente típicos que ocupam o posto da manifestação volitiva”.

⁷⁵ *Estudos de direito civil brasileiro e português*. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, Aspectos Modernos do Direito das Obrigações, p.82-83.

A jurisprudência já reconheceu a responsabilização advinda de relações contratuais de fato, citem-se, como exemplo, os casos de ação indenizatória por furto ocorrido em estabelecimentos comerciais, como em supermercados, agências bancárias, estabelecimentos de ensino, entre outros. O dever de indenizar decorre da ofensa ao dever de guarda e vigilância destes estabelecimentos, decorrentes, como se verá adiante, da incidência do princípio da boa-fé objetiva. A propósito, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, AgRg nº 47901/SP, DJ de 31.10.94, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, assim ementado:

Responsabilidade civil. Estacionamento. Relação contratual de fato. Dever de proteção derivado da boa-fé. Furto de veículo. O estabelecimento bancário que põe à disposição de seus clientes uma área para estacionamento dos veículos, assume o dever, derivado do princípio da boa-fé objetiva, de proteger os bens e a pessoa do usuário. O vínculo tem sua fonte na relação contratual de fato assim estabelecida, que serve de fundamento à responsabilidade civil pelo dano decorrente do descumprimento do dever. Agravo Improvido.

Nos dias atuais, uma vasta amplitude de relações contratuais é regida por contratos previamente impressos e cujo conteúdo é pré-estipulado por apenas uma das partes contratantes,⁷⁶ o que implica dizer que, praticamente, extingui-se a fase de negociações preliminares, restringindo-se às declarações de vontade a possibilidade de aderência em bloco, ou não, de condições preestabelecidas, sendo que, quase imperiosamente, há a superioridade socioeconômica-cultural da parte estipulante, fazendo prevalecer a sua vontade segundo os ditames de seus interesses. Aceita-se ou não aceita-se, em caso positivo, há a contratação, e a isso limita-se a manifestação de vontade do contratante. Piora a situação, quando o objeto contratado relaciona-se com produtos ou serviços essenciais à própria subsistência, não existindo a opção de recusa.

Percebe-se, então, cada vez mais mitigada a manifestação da vontade do contratante, ou de pelo menos um deles, na estipulação do conteúdo do contrato, não havendo a garantia de liberdade contratual, antes tão festejada. Assim, não é mais admissível pelo ordenamento jurídico a presunção de igualdade, mesmo que formal, dos sujeitos no momento da celebração do negócio.

⁷⁶ Ana Emília de Oliveira Prado. *Disposições gerais no CDC*. p.27, cita que, “segundo estimativa de W. D. Slawson, em artigo publicado na *Harvard Law Review*, os contratos de adesão, ou *standart*, com cláusulas gerais, representariam, atualmente, mais de 99% de todos os contratos que se concluem”.

A excessiva proteção ao princípio da autonomia da vontade permitiu que, durante décadas, ocorressem os mais diversos tipos de abusos em desfavor do contratante mais fraco, o agora consumidor ou usuário, o hipossuficiente e ou vulnerável que, com o passar do tempo, perdeu o seu poder de disposição na constituição do contrato, subordinando-se à vontade da outra parte, a cláusulas abusivas e demasiadamente onerosas, por vezes emanadas pelo próprio poder público, sem sequer poder pedir a sua revisão judicial em face do princípio da força obrigatória dos pactos.

No entanto, no que concerne à revisão judicial dos contratos, salvo excepcionálísimas situações já consagradas em nosso ordenamento civil ou consolidadas pela doutrina e jurisprudência, como os vícios de consentimento, caso fortuito e força maior, aplicação da teoria da imprevisão e, mais recentemente, a onerosidade excessiva, positivada no Código de Defesa do Consumidor, sente-se sensível evolução jurisprudencial para, também, permitir-se a revisão nos casos em que tenha havido: a quebra da base objetiva do negócio jurídico e o adimplemento substancial, relativizando o *pacta sunt servanda*, e, portanto, a intangibilidade da palavra dada.⁷⁷

Ainda sobre aos princípios informadores do direito das obrigações, no que pertine ao princípio da relatividade dos pactos, o Código Civil Brasileiro prevê apenas a dubiedade de sujeitos nas relações contratuais, credor e devedor. Entretanto, o que prevalece hodiernamente são as relações plúrimas, envolvendo toda uma cadeia de fornecedores e consumidores diretos, indiretos ou equiparados, objetivando-se proteger não apenas os indivíduos isoladamente considerados, mas, principalmente, a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁷⁸

Disso tudo resulta a crise na concepção clássica do contrato. O ordenamento vigente, após todo o desenvolvimento técnico e científico, não é mais capaz de dar as respostas de que a sociedade necessita, situações não previstas pelo legislador são agora preponderantes, gerando estado de desconfiança e de insegurança jurídica.

⁷⁷ Sobre a quebra positiva do contrato, confira A quebra positiva do contrato, por Vera Maria Jacob de Fradera, *Revista Ajuris*, n. 44, p.144, nov. 1998. e, com o mesmo título, Ubirajara Mach de Oliveira, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 25, p.39-56, 1998. Relativamente ao adimplemento substancial, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

⁷⁸ A Carta Magna de 88 prevê, expressamente, em seu art. 129, III, a possibilidade de ações civis públicas para a proteção dos interesses difusos e coletivos. A Lei 8.078/90, art. 81, também, prevê a defesa judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.

4 ESTADO INTERVENTOR

(...) O desmentindo a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.⁷⁹

Ante as desigualdades surgidas sob o fundamento do individualismo jurídico, sentiu-se a necessidade de maior ingerência estatal nas relações privadas a fim de conferir-lhes equilíbrio. O Estado, então, passou a atuar ativamente na regulamentação de certas relações contratuais, estabelecendo-lhes regras e impondo-lhes limites à vontade dos contratantes. Esta transformação está, também, intrinsecamente ligada aos postulados políticos, econômicos e sociais da época, a mudança de Estado Liberal e a busca de um Estado Social.⁸⁰

Este disciplinamento deu-se, inicialmente, com o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana nas constituições e nos tratados internacionais, direitos inalienáveis, como o direito à vida e à liberdade, sendo que qualquer contrato que estipulasse ou restringi-se um desses direitos seria eivado de nulidade. Como assevera Clóvis do Couto e Silva, “a ingerência do Estado efetuava-se no sentido da igualdade, no do nivelamento, no da generalização dos princípios políticos decorrentes da inserção do *Bill of Rights* nas cartas constitucionais”.⁸¹

A ingerência estatal em relações eminentemente de cunho privatístico se deu em razão do interesse social que estas propiciavam, impondo restrições ao princípio da autonomia privada. Esta atuação ocorreu por meio de normas cogentes, inderrogáveis pela vontade das partes, com intuito de proteger a parte mais fraca na relação contratual, limitando o conteúdo do contrato, criando objetos não-passíveis de contratação, e acaso contratados eivados de nulidade, editando regras proibitivas ou por vezes concessivas de benefícios até então não-regulamentados. É o chamado dirigismo contratual.⁸²

Conforme as lições de Carlos Alberto Bittar,

(...) sob a intervenção do Estado na economia, foram sendo editadas normas delimitadoras da vontade em vários setores, verificando-se a ampliação do conceito de ordem pública (inclusão de noções de cunho econômico, ao lado das de moral e de bons costumes), e a sucessiva edição de leis reguladores de matérias de cunho privado, formando legislação especial inibidora da vontade particular.⁸³

⁷⁹ Cláudia Lima Marques, *Contratos...*, p.84.

⁸⁰ *idem*, p.102.

⁸¹ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.23.

⁸² Confira Carlos Alberto Bittar. *op.cit.*, p.46-47.

⁸³ *idem*, p.8.

Exemplos de dirigismo contratual são as normas referentes à legislação trabalhista, à Lei da Usura, à Lei do Inquilinato, à Lei de Direitos Autorais, as leis que regem os direitos de vizinhança e dos condomínios em edificações, do parcelamento irregular do solo, o Estatuto da Terra, entre outros.

É esse mesmo dirigismo que, após a Constituição de 1988,⁸⁴ fará nascer o Código de Defesa do Consumidor, instrumento necessário à proteção dos considerados, na linguagem utilizada pelo Código, hipossuficientes, reconhecendo-se a sua vulnerabilidade e reduzida capacidade de negociação.

O constituinte proclamou expressamente a necessidade de harmonização entre a defesa dos interesses econômicos e a proteção do consumidor, a proteção à livre iniciativa e à ordem econômica, porém obedecidos certos parâmetros, de forma que este desenvolvimento propicie a existência de uma sociedade digna, igualitária e, principalmente, justa.⁸⁵

O Estado interventor objetiva a proteção do poder de regulamentação da parte mais fraca na relação contratual, como ensina Cláudia Lima Marques, a vontade racional negocial,⁸⁶ visando à comutatividade e ao equilíbrio das prestações; é a busca da chamada justiça contratual, da função social do contrato.

No entanto, severas críticas resistem no fato da ingerência estatal no campo de interesses eminentemente privatísticos, chegando alguns autores, até mesmo, a declarar o fim do contrato e o total declínio do princípio da autonomia da vontade. Todavia, não se pode duvidar que a vontade continua sendo a principal fonte geradora de obrigações, porém, dentro de limites legalmente preestabelecidos.⁸⁷ A vontade deixou de ser a fonte absoluta de criação de relações contratuais, sendo que muitas delas passam a existir em decorrência de disposições legislativas, e outras tiveram o seu conteúdo limitado ou pré-determinado. Assim, só é válido o contrato em que o ordenamento jurídico lhe

⁸⁴ BRASIL, *CF*. Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”.

⁸⁵ BRASIL. *CF*, arts. 3. e 170.

⁸⁶ “Renascimento da autonomia da vontade protegida. (...) Garantir uma autonomia real da vontade do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, é o objetivo”. *Contratos...*, p.96.

⁸⁷ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.121.

reconhece a possibilidade de produção de efeitos.⁸⁸ Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresariais; a regulamentação do meios de produção e distribuição e, sobretudo, a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele.⁸⁹

Com este novo modelo de interpretação dos contratos, reconhece-se que os princípios da autonomia privada e da obrigatoriedade não são absolutos e ilimitados, sendo que suas disposições devem estar de acordo com os princípios da supremacia da ordem pública e dos bons costumes, da equidade e da boa-fé. Na realidade há a ampliação do conceito de ordem pública, antes consubstanciado basicamente na moral, para a inclusão de elementos de cunho econômico e social.⁹⁰

É claro que deve haver respeito pela autonomia privada, tutelando-se a confiança das partes na estabilidade dos contratos celebrados, porém esta estabilidade não pode prevalecer quando haja grave desequilíbrio entre direitos e obrigações dos contratantes. É assim que a Constituição de 1988 exige que a autonomia privada atenda aos ditames da justiça social, tendo na sua base a função social do contrato, cabendo ao Poder Judiciário a determinação do ponto em que a liberdade e justiça se equilibrem.⁹¹

⁸⁸ Sobre este tema, interessante ressaltar a assertiva feita por Orlando Gomes. *Contratos de Adesão...*, p.30, “a decadência do voluntarismo jurídico determinou, a princípio, a substituição do dogma da autonomia da vontade pelo conceito de autonomia privada. As duas não são sinônimas, significando a primeira a vontade real, ou psicológica, é a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos. *Apud* Ferri. *L'autonomia privada*. p.3, “a partir do momento em que se passou a sustentar que a força da vontade deriva do direito objetivo e não da própria vontade, tornando-se indiscutível que todo efeito jurídico se reconduz à lei e só se produz na medida em que o autoriza, a noção de *Privat autonomie* se constitui no conceito básico do direito privado”.

⁸⁹ Caio Mário da Silva Pereira. *op.cit.*, p.18-20.

⁹⁰ Carlos Alberto Bittar. *op.cit.*, p.8.

⁹¹ Agathe Schmidt. *op.cit.*, p.149.

5 DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A Noção de contrato – já se escreveu – é noção indissolúvelmente ligada à de comutatividade ou equilíbrio entre as prestações, de onde vem, inclusive, uma das vertentes do critério aristotélico de justiça.⁹²

Como já exposto, pela teoria contratual clássica, o conceito de justiça contratual restringia-se à manutenção pelo intérprete do direito da livre contratação e da igualdade dos contratantes. *Qui dit contractuel dit juste*. Não se admitia a hipótese de alguém contratar contra os próprios interesses. Se o particular livremente optou pela contratação, não podia alegar a injustiça dela pois, naquele sentido, manifestou a sua vontade criando um vínculo intangível.

Todavia, em uma visão moderna, não se pode afirmar que o contrato seja formado por um vínculo indissolúvel, derivado da vontade livre e consciente dos contraentes. Seria muito simplista continuar a fazer este tipo de conotação, uma vez que, ao adotarmos um sistema fechado de normas jurídicas e um modelo lógico-subsuntivo de aplicação das leis, deixamos a parte do ordenamento jurídico codificado inúmeras situações, entre as já mencionadas, os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos e as relações contratuais de fato que são, inclusive, prevalentes no campo contratual e não encontram moldura no sistema tradicional.

O sistema fechado que teve a pretensão de prever todas as situações jurídicas existentes, não possibilitando a existência de lacunas legislativas, é hoje um sistema falho justamente por não se adequar à evolução ocorrida na sociedade, contribuindo sobremaneira para a crise do contrato. Conforme preleciona Enzo Roppo, “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”.⁹³ E continua Cláudia Lima Marques:

No novo conceito de contrato, a equidade e a justiça (*Vertragsgerechtigkeit*) veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável. É o que o Projeto do Código Civil denomina de ‘função social do contrato’, novo limite ao exercício da autonomia da vontade.⁹⁴

⁹² Humberto Theodoro Júnior. *op.cit.*, p.148. *Apud* Judith Martins Costa. *Teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual*. RT, 670/41.

⁹³ Enzo Ropo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p.24.

⁹⁴ Cláudia lima Marques, *Contratos...*, p.88.

Nesse novo contexto, o conceito de justiça social, antes associado apenas à liberdade dos indivíduos, está intimamente correlacionado com dois preceitos constitucionalmente protegidos: a proteção à livre iniciativa, porém, agora, dentro dos limites impostos pelos princípios da justiça e da solidariedade social, nos termos da Constituição, arts.1º c/c 3º.⁹⁵ Nesse sentido, acentua Paulo Nalin, “uma das possibilidades de apreciação da justiça social, no contexto do contrato, passa pela análise do valor da liberdade, a partir de uma dimensão da solidariedade”.⁹⁶

O contrato não pode mais ser considerado e interpretado como um elemento estanque da sociedade, de vontades individualmente consideradas, de livre circulação de mercadorias de serviços. E o objetivo do constituinte de 88 foi, justamente, a funcionalização do contrato, não apenas do ponto de vista econômico e sim, agregando a este o ponto de vista social.

O que seria, a princípio, até mesmo contraditório, o incentivo à livre iniciativa e às práticas mercantis e, em contrapartida, a proteção dos direitos dos econômica-socialmente e tecnicamente mais fracos é, nos tempos modernos, o cerne de todo o direito contratual. É a busca do razoável, do equilíbrio de forças aparentemente contrapostas a fim de que se possa alcançar os objetivos traçados pelo constituinte.

O direito dos contratos socializado redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente. A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade.⁹⁷

No âmbito do direito civil, estes ideais foram definitivamente consolidados com a vigência do atual Código Civil,⁹⁸ que em seu art. 421 disciplina que os contratos devem ser interpretados segundo a sua função social, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E, no art. 422, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como na sua execução, os princípios de probidade e da boa-fé”.

Como ensina Ruy Rosado, ao tecer comentários ao então Projeto de novo Código Civil, “(...) o Projeto abandonou a posição individualista para afirmar que

⁹⁵ Veja Regis Fichtner Pereira. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Teoria e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. e Teresa Negreiros. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁹⁶ *op.cit.*, p.123.

⁹⁷ Cláudia Lima Marques, *Contratos...*, p.104.

⁹⁸ Lei n. 10.406 de 10 jan. 2002.

a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E acrescenta,

(...)segundo o Projeto, deixa de existir o contratante, individualizadamente considerado como o centro de interesses da relação obrigacional, para surgirem os contratantes. O contrato tornar-se um instrumento que se realiza mediante a cooperação entre os homens que depende da colaboração conjunta dos que participam da avença.⁹⁹

O Código Civil/2002 traça diretrizes para o alcance dessa função social ao proclamar que as partes devem guardar entre si um comportamento probo e de boa-fé, e o faz com a utilização de cláusulas gerais, alargando o poder revisionista do juiz, uma vez que estas cláusulas tratam de conceitos abertos, possibilitando ao magistrado aplicar a solução mais adequada para aquele caso específico.¹⁰⁰

Assim, o conceito de justiça no contrato pós-moderno não está apenas ligado à livre manifestação de vontades das partes contratantes – autonomia da vontade, estando, sobretudo, atrelado ao seu interesse social – boa-fé objetiva, sendo que alguns doutrinadores chegam a afirmar que o que vincula não é mais o ato volitivo, e, sim, a proteção da boa-fé depositada no negócio jurídico.¹⁰¹ Sobre o tema, confira as lições de Fernando Noronha:

Por seu turno, o interesse primacial da questão do fundamento da vinculatividade do contrato consiste em mostrar que este não obriga propriamente porque tenha sido ‘querido’, porque fundamentalmente se deva dar relevância à vontade livre das partes (liberdade contratual), mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir a segurança aos negócios celebrados. Como fato social, o negócio jurídico é instrumento fundamental de distribuição e de riqueza. Isto significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na autonomia

⁹⁹ *As obrigações e os contratos*. Texto com base nas notas taquigráficas de conferência proferida no Congresso Internacional sobre o Projeto do Código Civil brasileiro, realizado em 30 abr. 1999, em Porto Alegre-RS. E fazendo menção à Giuseppe Gandolfi. Valori tradizionali e tendenze evolutive nel regime contrattuale italiano. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 48, p.1.155-1.178, 1994.

¹⁰⁰ Sobre o tema, confira Judith Martins-Costa. As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, n. 112, p.13-32. E da mesma autora, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000., ainda, O direito privado como ‘um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 35, n. 139, p.5-22, jul./set. 1998.

¹⁰¹ Neste sentido, Paulo Nalin. *Do Contrato...*, p.139.

da vontade mas no princípio de tutela da boa-fé – embora também aqui estejam presentes considerações ligadas à autonomia privada e à justiça contratual.¹⁰²

Sobre as relações contratuais prevalece novo paradigma, consubstanciado no princípio da boa-fé objetiva, regulamentando o comportamento das partes contratantes, tutelando a confiança e as justas expectativas, atuando como critério de interpretação e, até, possibilitando a modificação do conteúdo dos contratos pelo Poder Judiciário quando existirem cláusulas abusivas, algo impensável até bem pouco tempo.

PARTE II – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

CAPÍTULO 3 – UMA MUDANÇA DE PARADIGMA

6 A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO¹⁰³

Com a expressão ‘obrigação como processo’ tenciona-se a sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.¹⁰⁴

A expressão processo deriva do latim *processus*, de *procedere*. “Exprime, propriamente, a ordem ou a seqüência das coisas, para que cada uma delas venha a seu devido tempo, dirigindo, assim, a evolução a ser seguida no procedimento, até que se cumpra a sua finalidade”.¹⁰⁵

O conceito de obrigação como processo implica o reconhecimento das diversas fases que compõem o vínculo contratual, porém não-desvinculadas entre si e todas coordenadas para uma finalidade comum que transcende ao próprio adimplemento e que se interliga, principalmente, com o benefício – utilidade que aquela relação contratual venha a proporcionar aos contratantes.¹⁰⁶

De acordo com a teoria tradicional, o contrato é essencialmente uma relação bipolarizada que se traduz pela constituição de um vínculo linear entre credor e devedor, sendo que “ao credor caberiam os créditos e os deveres não iriam além daqueles adstritos ao principal”,¹⁰⁷ o que implica dizer que o direito de um encontra-se contraposto ao dever do outro sujeito relacional – crédito *versus* débito,

¹⁰² Fernando Noronha. *O direito dos contratos*. 1994. p.82.

¹⁰³ Título extraído da obra com a mesma nomenclatura da lavra de Clóvis do Couto e Silva.

¹⁰⁴ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.10.

¹⁰⁵ *Vocabulário jurídico de Plácido e Silva*. 4.ed. São Paulo: Forense, 1996. p.456.

¹⁰⁶ Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado...*, p.385.

¹⁰⁷ Maria Cristina Cerezer Pezzela. *op.cit.*, p.213.

prestação *versus* contraprestação. Confundia-se a própria relação obrigacional com os deveres por ela englobados.¹⁰⁸

Nestas circunstâncias, considerava-se a relação obrigacional como um vínculo estático, na medida em que é constituído por um dar, fazer, ou deixar de fazer alguma coisa. Assim, exaurida a prestação principal, extingui-se o vínculo obrigacional, uma vez que este somente existe em razão daquele.¹⁰⁹

Hodiernamente, a moderna doutrina passou a enxergar a relação creditícia de forma globalizada, “a inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como um ordem de cooperação, formadora de uma unidade, que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”.¹¹⁰

Houve uma mudança do eixo do vínculo contratual que deixa de relacionar-se, especificamente, com as obrigações a serem prestadas, mas, principalmente, para a sua utilidade na sociedade, focalizando, primordialmente, a proteção dos interesses dos sujeitos contratantes. A tutela jurídica transmuda-se dos elementos constitutivos do contrato – consenso – vontade, voltando-se para os efeitos que este contrato venha a produzir, primando-se por novo conceito, o de utilidade social.¹¹¹

Este vínculo contratual globalizado reconhece que, além dos deveres principais, o contrato abrange inúmeras outras obrigações que podem ou não ter sido previstas e estipuladas pelas partes contratantes, mas que, todavia, a sua existência é inerente ao seu fiel adimplemento.¹¹²

Cite-se, como exemplo, o contrato de transporte, é ponto pacífico em nossos Tribunais que a responsabilidade do transportador não se exaure com o simples deslocamento de pessoas ou de coisas ao seu destino, sendo inerente ao contrato a proteção da saúde ou do patrimônio que é transportado, o estado de incolumidade do bem e a efetiva chegada do transporte ao seu destino.¹¹³

¹⁰⁸ Neste sentido, Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.73., “de acordo com a orientação clássica, de fundo romanístico, a perspectiva da obrigação se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação”. Ainda, Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado...*, p.385.

¹⁰⁹ Judith Martins-Costa. *Incidência do princípio da boa-fé no período pré negocial...*, p.167 (nota n. 10).

¹¹⁰ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.8.

¹¹¹ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.126.

¹¹² Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.40. e Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *op.cit.*, p.247.

¹¹³ Neste sentido, entre outros, *TJDF, Apelação Cível, n. 43.253/96*, Desembargador Relator Edson Alfredo Smaniotto. Ementa: “Ação de Indenização. Acidente de veículo. Contrato de transporte. Culpa presumida. No contrato de transporte, porque a obrigação do transportador é de resultado – levar o passageiro, incólume, ao final da viagem – a culpa desse, em caso de acidente, é presumida, só se excluindo por caso fortuito, força maior ou culpa do passageiro. Apelo improvido”. Note-se que o dever de segurança passou a ser reconhecido com integrante do resultado e, portanto, do adimplemento do contrato de transporte.

Entender de maneira diversa implicaria dizer que a responsabilidade da transportadora estaria adstrita aos termos do pactuado se não houvesse a previsão de indenização, teoricamente, a empresa não poderia ser responsabilizada em face de um dano que por ventura venha a sofrer o bem durante o percurso. O contrato de transporte consistia na entrega do objeto ao seu local de destino, realizada a entrega, ou seja, cumprida a obrigação principal, considerava-se o adimplemento e, portanto, exaurido o vínculo obrigacional.

Entretanto, como dito anteriormente, o reconhecimento da complexidade da relação contratual e, conseqüentemente, destes deveres secundários, instrumentais, acessórios, geraram situações em que existente a responsabilidade contratual independentemente da existência de um contrato (*culpa in contrahendo*) ou mesmo a permanência do vínculo após o cumprimento da prestação principal (*culpa post fact finitum*). Nestes casos, dependendo da natureza do dever violado, pode-se dizer que houve um inadimplemento parcial ou até mesmo total da obrigação, ensejando o dever de indenizar. Conforme preleciona Clóvis do Couto e Silva, “a desatenção a esse *plus* torna o adimplemento insatisfatório ou imperfeito”.¹¹⁴

Diante dessa nova visão de vínculo contratual, o princípio da boa-fé objetiva assume importante função na concepção instrumental de obrigação, uma vez que é com base na boa-fé que se impõe o reconhecimento dos deveres acessórios à obrigação principal.¹¹⁵

Esse reconhecimento deriva do próprio conceito de boa-fé objetiva. Como visto, a boa-fé objetiva é norma de conduta, *standart*, modelo que deve ser observado pelas partes em todas as relações contratuais. Dever de cooperação, de agir com lealdade e honestidade, utilizando-se como parâmetros os deveres atinentes ao que os romanos consideravam *diligens pater familias*.¹¹⁶ É nos dizeres de Cláudia Lima Marques:

(...) uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou

¹¹⁴ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.40. e Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.110.

¹¹⁵ Veja Carlos Alberto Bittar. *op.cit.*, p.40., Clóvis V. do Couto e Silva. *op.cit.*, p.37., Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.107. e Judith Martins-Costa. *A boa-fé objetiva no direito privado...*, p.394.

¹¹⁶ Cláudia Lima Marques. *op.cit.*, p.106.

desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.¹¹⁷

Ainda, na linha dos ensinamentos da autora:

(...) liberar os contratantes de cumprir seus deveres gerais de conduta significaria afirmar que na relação contratual os indivíduos estão autorizados a agir com má-fé, a desrespeitar os direitos do parceiro contratual, a não agir lealmente, a abusar no exercício de seus direitos contratuais, a abusar de sua posição contratual preponderante (*Machposition*), autorizando a vantagem excessiva ou a lesão do parceiro contratual somente porque as partes firmaram um contrato, escolhendo-se mutuamente de maneira livre no mercado.¹¹⁸

O princípio da boa-fé objetiva faz renascer nos contratos os princípios da transparência e da confiança, da proteção às justas expectativas, da necessidade do real equilíbrio das prestações, da teoria da distribuição dos riscos, proibindo todas as cláusulas consideradas abusivas ou que se revelem em desvantagem excessiva para um dos contratantes.¹¹⁹

A boa-fé tem, portanto, uma atuação positiva, na medida em que estabelece deveres para ambos os agentes da relação contratual, como o dever de informação imposto ao fornecedor nas relações de consumo, ou atuando como uma obrigação negativa, quando coíbe a disposição de certas cláusulas ou quando determinar o dever de guardar sigilo sobre informações privilegiadas que tenham sido recebidas pelo contratante em face de relação obrigacional.¹²⁰

Neste sentido, afirma Clóvis do Couto e Silva,

(...) o princípio da boa-fé atua defensivamente e ativamente; defensivamente, impedindo o exercício das pretensões, o que é a espécie mais antiga, ou ativamente, criando deveres, podendo, inclusive, restringir o princípio de o cumprimento ser completo ou integral, permitindo outra solução.¹²¹

¹¹⁷ *idem*, p.107.

¹¹⁸ *idem*, p.108-109.

¹¹⁹ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.120., Judith Martins-Costa. *A crise e modificação na idéia de contrato no direito brasileiro*. p.142-143. e Luis Renato Ferreira da Silva. *op.cit.*, p.52.

¹²⁰ Sobre o tema veja Maria Cristina Cereser Pezella. *O princípio da boa-fé no direito privado alemão e brasileiro*. *op.cit.*, p.205.

¹²¹ Clóvis do Couto e Silva, *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português...*, p.68.

7 NOTÍCIA HISTÓRICA¹²²

A boa-fé tem valorada ou reduzida a sua importância conforme o contexto histórico em que esteja inserida, adquirindo, até, novos contornos significados. Por vezes, salienta-se mais o estado – seu aspecto subjetivo, em momentos como o de agora, o ordenamento jurídico volta-se ao princípio – a boa-fé objetiva. Assim, de forma resumida, trataremos da evolução do instituto da boa-fé em alguns dos ordenamentos jurídicos que maiores influências exerceram no direito brasileiro.

7.1 A BOA-FÉ NO DIREITO ROMANO

Conforme exposto no capítulo em que tratamos sobre o princípio da autonomia privada, os romanos projetavam o direito das obrigações interligando-o ao direito processual, sendo que o simples consenso entre as partes, salvo algumas exceções, não era capaz de tornar o vínculo obrigatório sendo necessária a *actio* que resguardasse os interesses do credor.

Os romanos, entre outras formas de classificação,¹²³ consideravam que os contratos podiam ser *stricti juris* e *bonae fidei*. Segundo preleciona Darci Bessone:

O conteúdo das convenções, nos contratos *stricti juris*, deveria ser deduzido da fórmula oral ou escrita de que derivasse a obrigação. Os poderes do juiz consistiam em apurar o que houvesse sido dito ou escrito pelas partes, sem se preocupar com as suas possíveis intenções. Nos contratos chamados de boa-fé, ao contrário, podia o juiz averiguar a intenção das partes, considerar as circunstâncias em que a convenção houvesse se formado e os usos do lugar.¹²⁴

Nos contratos *stricti juris* ao juiz cabia a análise dos elementos extrínsecos do contratos. Averiguava-se se o contrato havia sido constituído segundo as formalidades legais, uma vez que só assim poderia produzir os efeitos pretendidos pelas partes. Nos contratos *bonae fidei*, o magistrado poderia analisar o elemento volitivo dos sujeitos na contratação, considerando as circunstâncias do caso

¹²² Inicialmente, cumpre ressaltar que um dos maiores estudos sobre as raízes do princípio da boa-fé objetiva foram realizados por Menezes Cordeiro, em sua obra *A boa-fé no código civil*, servindo de referência para os demais autores que trataram sobre o assunto. Cabe ainda salientar que foi utilizado neste trabalho, quanto às origens da boa-fé, a sistemática adotada por Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*.

¹²³ Segundo preleciona Darci Bessone, *op.cit.*, p.93., “Justiniano atribui ao jurisconsulto Gaio a classificação dos contratos, no Direito romano clássico, em *verbis, litteris, re e consensus*”.

¹²⁴ Bessone. *op.cit.*, p.95.

concreto, os usos de tráfico do lugar, para determinar exatamente os termos do pacto.¹²⁵

Nesse tipo de ação, conforme Clóvis do Couto e Silva, “o arbítrio do *iudex* ampliava-se ensejando a recepção de princípios gerais que davam origem a vínculos jurídicos e serviam de medida às pretensões”.¹²⁶ No mesmo sentido, Judith Martins-Costa salienta que

(...) o que é importante aí sublinhar é que, pela fórmula, era conferido ao juiz um especial mandato ou poder para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas. (...) 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 de deveres”.¹²⁷

Considerava-se, para tanto, a boa-fé objetiva com a análise dos deveres concretos de conduta que deviam existir entre as partes contratantes, em determinada situação, segundo os usos e os costumes do lugar. Nas ações de boa-fé não se perquiria o estado psíquico do agente na formalização do contrato.

Na transmutação do formalismo para o consensualismo, um imperialismo do desenvolvimento comercial, a boa-fé no direito romano assume papel primordial, na medida em que passará a corresponder a uma maior segurança na formação das relações jurídicas. Essa segurança encontra-se consubstanciada no conceito objetivo da *fides bona*, na necessidade de atuação com correção, lealdade, segundo os costumes do tráfico. Cuidava-se, portanto, de um conceito ético que visava a impedir comportamentos desleais, em garantia da proteção da confiança nos negócios celebrados.¹²⁸

Entretanto, o Direito Romano não desconhecia a boa-fé subjetiva, utilizada, principalmente, em matéria de usucapião. Havia, portanto, uma bipartição do instituto, qual seja, boa-fé subjetiva, estado de consciência do sujeito da obrigação, e boa-fé objetiva, princípio geral que se dirigia ao magistrado para a realização da justiça concreta, ainda mais no que se relaciona com o direito das obrigações.¹²⁹

¹²⁵ *idem, ibidem.*

¹²⁶ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.28.

¹²⁷ *A boa-fé no direito privado*, p.122, abordando, ainda, os estudos realizados por Krüger. *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, citados por Menezes Cordeiro. *op.cit.*, p.90.

¹²⁸ Flávio Alves Martins. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.34-37.

¹²⁹ *idem*, p.39.

7.2 A BOA-FÉ NO DIREITO CANÔNICO

Sob a forte influência do cristianismo, na era Medieval, é dada nova conotação ao princípio da boa-fé. Nesta época, havia sido declarada a ‘santidade dos pactos’, assim, a boa-fé passa a ser encarada como a ausência de pecado, boa-fé como conceito contrário à má-fé.¹³⁰

Essa nova roupagem, no direito obrigacional, será refletida na garantia do fiel cumprimento do pactuado. A boa-fé no direito canônico perde o caráter objetivo de criação e faz prevalecer o estado de consciência dos sujeitos, a ausência de pecado no momento da contratação, o seu aspecto subjetivo. São inseridos elementos de cunho moral e religioso na exatidão do cumprimento contratual. Neste sentido, Judith Martins-Costa:

Se considerado que quem promete deve cumprir a palavra dada, sob pena de incorrer em pecado, a regra, de preceito moral, se faz jurídica: pode-se, pois, admitir que o simples acordo obriga que todo formalismo é supérfluo. (...) Agir em boa-fé, no âmbito obrigacional, significa, pois, respeitar o fielmente pactuado, cumprir punctualmente a palavra dada, sob pena de agir em má-fé, *rectius*, em pecado.¹³¹

E conclui:

A boa-fé abandona a dualidade que a caracterizara no direito romano entre boa-fé garantia e boa-fé ignorância excusável, atuando, respectivamente, no direito obrigacional e no direito possessório. A construção da unitariedade e o papel de ‘princípio geral de direito’ que lhe foi atribuído compadeciam-se com as exigências do Estado absoluto, o qual, aspirando soterrar o pluralismo medieval e suprimir a diversidade de costumes e de leis, tende a seguir, sob a égide de um desenho concentrador, um sistema homogêneo, tanto no âmbito público como nas relações entre os privados.¹³²

No direito canônico a boa-fé assume o *status* de princípio geral de direito,¹³³ caracterizando-se, principalmente, por seu aspecto subjetivo, sendo sob este prisma que ganha relevo e é inserta no nosso Código Civil, retratado, essencialmente, no campo do direito possessório.

¹³⁰ Veja Judith Martins Costa. *op.cit.*, p.129. e Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.58.

¹³¹ Judith Martins-Costa. *op.cit.*, p.130.

¹³² Judith Martins-Costa, *op.cit.*, p.133.

¹³³ *idem, ibidem.*

7.3 A BOA-FÉ NO DIREITO GERMÂNICO

Em contrapartida ao Estado Liberal, surge na Alemanha a concepção de Estado Social, sendo esta a razão que levou o Direito germânico ao aprofundamento dos estudos sobre a boa-fé para considerá-la tal qual como a conhecemos hoje.

Historicamente, dizia-se que a boa-fé estaria ligada aos juramentos de lealdade e fidelidade realizados pelos cavaleiros medievais, ou seja, visando à garantia do preciso cumprimento da palavra dada, vinculado, intrinsecamente, não apenas à honra e à moral do sujeito, mas, acima de tudo, à segurança da coletividade, “uma vez que a atitude cortês, sempre implica uma reciprocidade de deveres”.¹³⁴

Assim como no direito romano, também havia na Alemanha a bipolarização da boa-fé, o que se pode averiguar pela utilização de expressões distintas para designar as duas espécies de boa-fé, apesar de seu uso, muitas vezes, indiscriminado:¹³⁵

Treu und Glauben – boa-fé objetiva

Guter Glauben – boa-fé subjetiva

Para Ubirajara Mach de Oliveira,

(...) *treue* tanto significava firmeza, comportamento autêntico de alguém em consequência de um contrato concluído, como o próprio contrato em si. (...) por sua vez, *glauben* foi utilizado para traduzir a *fides* latina no sentido cristão de fé. Comportava, também, o sentido de confiança e de crença”.¹³⁶

A boa-fé germânica consubstanciava-se, então, sobre dois pilares fundamentais: a) no cumprimento da avença; b) na lealdade do contrato. Traduzia-se em um reforço ao vínculo contratual, fonte de normas de conduta e alicerce jurisprudencial na interpretação dos negócios jurídicos, porém, respeitando-se sempre as necessidades do outro contratante.¹³⁷ Sobre o tema, oportuno salientar as lições de Ubirajara Mach de Oliveira:

Esta perspectiva é de fundamental importância para a compreensão da boa-fé objetiva 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

¹³⁴ Martins-Costa. *op.cit.*, p.126.

¹³⁵ Ubirajara Mach de Oliveira. *op.cit.*, p.59.

¹³⁶ *idem, ibidem.*

¹³⁷ *idem, ibidem.*

geral, induzida ao *alter* ou a coletividade pelo comportamento do que jura por honra. Do substrato cultural geral a fórmula adquirirá, no específico campo das relações comerciais, o conteúdo de cumprimento exato dos deveres assumidos, vale dizer, a obrigação de cumprir exatamente os deveres do contrato e a necessidade de se ter em conta, no exercício dos direitos, os interesses da contraparte.¹³⁸

Todos estas idéias foram consolidadas pela jurisprudência alemã, sendo, por seguinte, codificadas no BGB, que se refere à boa-fé em diversas ocasiões, sendo imprescindível ressaltar os § 157, no que concerne à interpretação segundo a boa-fé, e o § 242, que trata da cláusula geral da boa-fé.¹³⁹

BGB, § 157: “*Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico*” (Os contratos serão interpretados como exigem a fidelidade e a boa-fé em atenção aos usos de tráfico).¹⁴⁰

BGB, § 242: “*El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos de tráfico*” (O devedor está obrigado a efetuar a prestação com exigem a fidelidade e a boa-fé em atenção aos usos de tráfico).¹⁴¹

Cumprir ressaltar que, apesar do § 242 tratar apenas das obrigações do devedor, o princípio da boa-fé objetiva é bilateral, portanto existe para resguardar as relações obrigacionais, a proteção à confiança, o dever de cooperação que deve existir entre credor e devedor, o que implica dizer que o credor tem direito de invocar tal princípio para resguardar seus direitos, cabendo ao devedor, em caso de recusa injusta de recebimento da prestação pelo credor ou caso este venha obstaculizar o adimplemento da obrigação, suscitar a boa-fé objetiva.¹⁴²

¹³⁸ Judith Martins-Costa. *op.cit.*, p.126. *Apud* Menezes Cordeiro. *Da Boa-fé...*, p.171.

¹³⁹ Maria Cristina Cereser Pezella. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor* n. 23-24, p.201. Artigos extraídos de: Enneccerus, Kipp e Wolf. *Tratado de derecho civil*. Apêndice. Barcelona: Bosh, 1955. Tradução direta do alemão Carlos Melon Infante. Tradução para o português da autora. Cumprir ainda salienta o § 320, aplicável em casos de cumprimento parcial, o que pode ser utilizado pela nossa jurisprudência nas hipóteses de adimplemento substancial.

¹⁴⁰ *idem*, p.204.

¹⁴¹ *idem*, p.203.

¹⁴² *idem*, p.205.

8 O SISTEMA ADOTADO PELO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 1916, espelhado na concepção individualista do *Code*, não consolidou preceito que se dispusesse sobre o princípio da boa-fé objetiva, sendo que, mesmo o Código Civil Francês, em seu art. 1.135, já possuía disposição legislativa sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual.

Código Civil Francês, art. 1.135. “*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à obligation d'après sa nature*” (As convenções obrigam não somente ao que está expresso, mas ainda todas as conseqüências que a equidade, o uso ou a lei dão à obrigação, conforme sua natureza).¹⁴³

Também são exemplos de codificação do princípio da boa-fé objetiva, além dos já mencionados Código Civil Francês e Alemão, o Código Civil de Portugal, 1986, art. 227: “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares, como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte; art. 334: “É legítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”; art. 762, 2: “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”.¹⁴⁴

O Código Civil da Espanha, art. 7º, I: “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”¹⁴⁵. “Os direitos deverão exercitar-se conforme as exigências da boa-fé”.¹⁴⁶ Art. 1.258: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y la ley*”.¹⁴⁷

E Código Civil da Itália, art. 1.337: “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”¹⁴⁸ (As partes no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato,

¹⁴³ Maria Cristina Cereser Pezella. *op.cit.*, p.201. (Tradução livre da autora).

¹⁴⁴ Ruy Rosado de Aguiar Jr. *op.cit.*, p.240.

¹⁴⁵ Regis Fichtner Pereira. *op.cit.*, p.61.

¹⁴⁶ Ruy Rosado de Aguiar Jr. *op.cit.*, p.240.

¹⁴⁷ Regis Fichtner Pereira. *op.cit.*, p.61.

¹⁴⁸ *idem, ibidem.*

devem comportar-se segundo a boa-fé).¹⁴⁹ Art. 1.375: “*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*”.¹⁵⁰

Entre nós, antes do Código de Defesa do Consumidor, apenas o Código Comercial, de 1850, em seu art. 130, I, dispunha: “sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das sobreditas será regulada sobre as seguintes bases: I – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

Sobre a quase total ausência de previsão legislativa do princípio da boa-fé objetiva em nosso *corpus* legislativo, Ruy Rosado de Aguiar Jr. preceitua: “basta dizer que o Código Comercial de 1850 já continha regra sobre a boa-fé, que permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais”.¹⁵¹

Com a vigência do novo Código Civil, art. 422, o princípio da boa-fé objetiva passa a disciplinar, expressamente, o comportamento dos indivíduos em todas as suas relações contratuais.

De qualquer sorte, não se pode dizer que o princípio, antes do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil, inexistisse no ordenamento vigente, conforme ressalta Clóvis do Couto e Silva, “entre nós sempre prosperou a admissão do princípio com alcance geral, apesar de não lhe dedicar o Código artigo determinado”.¹⁵² E continua o autor:

No Direito Brasileiro poder-se-ia afirmar que, se não existe dispositivo legislativo que o consagre, não vigora o princípio da boa-fé no Direito das Obrigações. Observe-se contudo ser o aludido princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa. (...) Quando um código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o da boa-fé, para que seja enunciado com extensão que se pretende, ocorre ainda assim a sua aplicação, por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falte disposição legislativa expressa.¹⁵³

¹⁴⁹ Ruy Rosado de Aguiar Jr. *op.cit.*, p.240.

¹⁵⁰ Regis Fichtner Pereira. *op.cit.*, p.61.

¹⁵¹ A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor* n. 14, p.20, 1995.

¹⁵² Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.32.

¹⁵³ *idem*. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, p.61-62.

Assim, o princípio da boa-fé objetiva estaria consolidado entre os princípios gerais de direito, previstos no artigo 4º da Lei de Introdução, permitindo ao juiz ao buscar o fim social da norma, utilizar-se ora como forma de interpretação ora como forma de integração do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual.

8.1 O PRINCÍPIO E A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ

Princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica existente ou possível, não constituindo por si mesmos, regras susceptíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por via de interpretação.¹⁵⁴

A boa-fé objetiva é princípio norteador de todo o ordenamento jurídico,¹⁵⁵ encontrando-se em todos os momentos da relação contratual, e mesmo nas fases pré-contratual e pós-contratual.¹⁵⁶ O princípio da boa-fé objetiva é o princípio diretor das condutas sociais, fundadas na confiança, lealdade e retidão.

O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar a do pretor romano, criando o Direito do caso.¹⁵⁷

O modelo trazido pelo princípio da boa-fé não encontra moldura no atual sistema codificado, isto porque a aplicação do princípio exige mais do que o simples raciocínio matemático, lógico-subsuntivo por parte dos magistrados para aplicação da norma ao caso concreto. Mais uma vez, fazendo referência a Clóvis do Couto e Silva, “a boa-fé é um conceito dinâmico”, o que implica dizer que o princípio só se materializa e ganha substância em face da concretude do fato, necessitando, desta forma, de uma maior abertura e mobilidade do sistema de maneira a permitir a atuação judicial.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Judith Martins-Costa. Cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 122, p.19, 1991. *Apud* Karl Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. 1969. p.166.

¹⁵⁵ Luís Renato Ferreira da Silva. *op.cit.*, p.52. e Ruy Rosado de Aguiar Jr. *op.cit.*, p.238.

¹⁵⁶ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.32. e Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado...*, p.428.

¹⁵⁷ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.53.

¹⁵⁸ Sobre o tema confira, Judith Martins Costa. *Cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico; O direito privado como um sistema em construção*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro; e *A boa-fé e o direito privado*. Ainda, Clóvis do Couto e Silva. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Extinção dos contrato por incumprimento do devedor*.

Essa flexibilização poderá ser alcançada com a inclusão no *corpus* codificado das chamadas cláusulas gerais, como sugere Judith Martins-Costa, de cujo texto se colhe:

Todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para esta concreção porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, mas permitem a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. (...) Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *standing points*, ou pontos de apoio para a formação judicial da norma para no caso concreto.¹⁵⁹

O que implica dizer que, diferentemente, da técnica legislativa normalmente utilizada em que há uma previsão legal específica para cada fato, as cláusulas gerais servem para regular um número indeterminado de situações, sendo que o legislador apenas traça os parâmetros em que se dará a aplicação judicial no caso concreto.¹⁶⁰ Nos dizeres de Ruy Rosado, “a norma principal da boa-fé, expressa ou implícita na lei, é uma norma em branco (...)”.¹⁶¹

As cláusulas gerais, parafraseando Judith Martins-Costa, são verdadeiras janelas no sistema, permitindo ao intérprete do direito a inserção de elementos extrínsecos ou metajurídicos e, no caso da boa-fé, a concreção de princípios, cujo objetivo maior é o alcance da justiça substantiva, no ponto, em matéria de contratos.¹⁶² “A aplicação do princípio da boa-fé objetiva, tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’”.¹⁶³

A inserção desses elementos metajurídicos são sobremaneira úteis na medida em que os códigos por mais completos que pretendam ser não conseguem exaurir todas as situações jurídicas existentes. A abertura no sistema permite significativa

¹⁵⁹ Judith Martins-Costa. *Cláusulas Gerais...*, p.21

¹⁶⁰ Judith Martins-Costa. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, n. 112, p.15, out./dez. 1991. No mesmo sentido, Ruy Rosado, p.242.

¹⁶¹ *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p.242.

¹⁶² *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. op.cit.*, p.22.

¹⁶³ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.42.

evolução no direito a fim de que se possa acompanhar todas as mudanças ocorridas na sociedade, com o reconhecimento de figuras jurídicas que, apesar de não reconhecidas pelo ordenamento, são essenciais à proteção, à segurança e à equidade das relações contratuais, citando, como exemplos, os casos do adimplemento substancial ou da quebra da base objetiva do negócio jurídico.¹⁶⁴

8.2 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ NO PROJETO DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 422 do novo do Código Civil dispõe que: “os contratantes devem guardar entre si, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, condutas compatíveis com a probidade e a boa-fé”.

Trata-se da cláusula geral da boa-fé em matéria contratual. O magistrado, diante do caso concreto, das circunstâncias socioeconômico-culturais que envolvem as partes, dos usos e dos costumes comerciais da região, determinará qual a conduta social mais adequada para aquela situação específica, fato seguinte, verificará se a conduta praticada se coaduna com o princípio da boa-fé objetiva, para somente, então, “criar” a norma jurídica a ser aplicada. Segundo Judith Martins-Costa:

Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos não se admitindo um aplicação mecânica do *standart*, de tipo meramente subsuntivo, o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.¹⁶⁵

Existem, portanto, duas fases a serem consideradas pelo magistrado na aplicação do princípio da boa-fé objetiva. A primeira consiste em determinar qual a regra de conduta era a mais adequada a ser seguida pelas partes conforme as circunstâncias do caso e de acordo com a boa-fé, para num segundo momento confrontar o comportamento adotado e aquele que derivaria da utilização do princípio.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Judith Martins-Costa. *As cláusulas gerais como fator de mobilidade do sistema jurídico*, p.15- 21.

¹⁶⁵ Judith Martins-Costa. *O direito privado como um sistema em construção: cláusulas gerais no Projeto do Código Civil*, p.11.

¹⁶⁶ Neste sentido, Ruy Rosado de Aguiar Jr. *A boa-fé na relação de consumo; e Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*.

A boa-fé a que se refere o novo Código Civil é a boa-fé objetiva, norma de conduta, não podendo ser confundida com a boa-fé subjetiva, consagrada, principalmente, no direito possessório, que se refere a um estado de ignorância do sujeito, de consciência ou convicção de prática de um ato conforme o direito.¹⁶⁷

Segundo Ernesto Wayar:

(...) trata-se, a primeira, de um modelo de conduta social ou *standart* jurídico pelo qual cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta ao arquétipo do homem reto, isto é, daquele que obra com honestidade, lealdade, probidade. Não se cogita de uma aplicação mecânica ou rígida do modelo porquanto é o mesmo adotado como norma condicionada pelas circunstâncias concretas e objetivas do caso. A boa-fé subjetiva, ao contrário, é concebida como um estado de consciência que traduz um convencimento subjetivo, mas legítimo do sujeito, de estar agindo corretamente. O direito, então, valoriza a subjetividade, atendendo a um especial estado psicológico onde ressalta a convicção pessoal de agir sem estar lesionando nenhum interesse legítimo alheio.¹⁶⁸

Ainda, conforme Antônio Junqueira de Azevedo, ao distinguir a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva, observa que nesta última o que há é um estado psíquico de conhecimento ou desconhecimento, de intenção ou falta de intenção que serve para aquisição de direitos, e cita como exemplos as questões relacionadas à matéria de frutos e benfeitorias, de usucapião, de aquisição a *non domino*, credor putativo e casamento putativo.¹⁶⁹

8.3 A BOA-FÉ NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Apesar de alguma utilização pela jurisprudência do princípio da boa-fé objetiva no âmbito obrigacional, apenas com a vigência do Código de Defesa do Consumidor o princípio começa a ganhar efetividade.

O Código de Defesa do Consumidor nasceu da necessidade de proteção do vulnerável, em face de uma sociedade massificada, de relações contratuais

¹⁶⁷ Alberto do Amaral Jr. *A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo*. p.32.

¹⁶⁸ *Derecho Civil – Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1990. tomo I. p.19. *Apud* Judith Martins-Costa. *Da incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial...*, p.168, Notas.

¹⁶⁹ Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito Comum. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, p.25.

despersonalizadas e padronizadas. Seu surgimento se deu, principalmente, por intermédio dos ideais de justiça social colacionados pelo Constituinte de 88.¹⁷⁰

O Código de Defesa do Consumidor cuida, especificamente, do princípio da boa-fé objetiva em duas situações; a primeira hipótese em seu artigo 4º, inciso III, ao regular a Política Nacional das Relações de Consumo, inseriu a boa-fé como forma de harmonização dos princípios constitucionais de defesa do consumidor e proteção à livre iniciativa (art. 170, CF), e em seu artigo 51, inciso IV, ao considerar abusiva toda disposição contratual contrária à boa-fé, considerando-a nula de pleno direito.

Entretanto, como afirma Cristiana Santos, em palestra cujo o tema era O princípio da boa-fé nas relações de consumo,¹⁷¹ “o Código de Defesa do Consumidor está permeado de boa-fé objetiva”. O que se pode constatar quando garante o direito à informação clara e suficientemente precisa, o direito à segurança e o resguardo à saúde dos consumidores, criando deveres anexos ou secundários que são provenientes do próprio contrato, garantindo o direito à qualidade quanto aos vícios dos produtos ou serviços colocados à disposição no mercado, à vedação de cláusulas abusivas ou excessivamente onerosas ou que traduzam em desvantagem exagerada nas relações de consumo, entre outros, elencados, principalmente, no art. 6º e no 51 do Código.

No mesmo sentido, Nelson Nery Jr., ao declarar que:

(...) não é demais lembrar que as relações de consumo são informadas pelo princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, *caput* e inc. III, CDC), de sorte que toda cláusula que infringir esse princípio é considerada, *ex lege*, como abusiva. (...) Há no sistema contratual do CDC, por conseguinte, a obrigatoriedade da adoção pelas partes de uma cláusula geral de boa-fé, que se reputa existente em todo e qualquer contrato que verse sobre relação de consumo, mesmo que não inserida expressamente nos instrumentos contratuais respectivos.¹⁷²

A boa-fé objetiva, positivada no ordenamento pátrio por intermédio do Código de Defesa do Consumidor, é o instrumento do qual o magistrado poderá utilizar-se para coibir os abusos de direito e as cláusulas consideradas abusivas, visando a uma maior equivalência entre prestações e contraprestações. Como leciona Ruy Rosado:

¹⁷⁰ Teresa Negreiros. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*.

¹⁷¹ Palestra ministrada no I Curso sobre contratos e responsabilidade civil no direito do consumidor, promovido pela Escola Superior de Advocacia – ESAF/DF, realizada no dia 25.04.2001.

¹⁷² *Comentários ao código brasileiro de defesa do consumidor realizados pelos autores do anteprojeto*. 1999. p.452.

Isto quer dizer que a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor, ainda que a sacrifício deste, se o interesse social prevalecente assim o determinar.

(...) a solução recomendada pela boa-fé poderá não ser favorável ao consumidor. O que conforme o ensinamento de Rodotá: ‘a escolha deverá ser feita de modo a assegurar prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social.’¹⁷³

A cláusula geral da boa-fé permite ao juiz intervir no conteúdo do contrato e limitar a vontade das partes, a fim de que seus interesses se coadunem com os interesses da coletividade, pois, como visto, o contrato é um instrumento de circulação de riquezas e mobilidade social, não atingindo apenas os sujeitos que a ele integram, mas possuindo reflexos em toda a sociedade.

CAPÍTULO IV – AS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO

O princípio da boa-fé objetiva, ao refletir um arquétipo de conduta, uma atuação conforme lealdade, hostestidade e retidão, assume diferentes funções no desenvolvimento do vínculo contratual, possuindo, essencialmente, uma tríplice função.¹⁷⁴ É critério de interpretação e integração das disposições contratuais, orientando a solução judicial dos casos concretos;¹⁷⁵ é fonte de deveres laterais para ambos os contraentes, sendo, ainda, causa de limitação de direitos subjetivos, não podendo as partes disporem no contrato de cláusulas que não se coadunem com a boa-fé. Passaremos à análise de cada uma dessas funções detidamente.

9 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS

O princípio da boa-fé objetiva foi consagrado pela doutrina como cânone de interpretação e integração da vontade das partes, elemento capaz de suprimir as lacunas existentes caso o contrato seja submetido à revisão judicial, como ressalta Judith Martins-Costa, “(...) boa-fé como *Kanon* hábil ao preenchimento de lacunas,

¹⁷³ Ruy Rosado de Aguiar Jr. *A boa-fé nas relações de consumo*. p.22., e por último fazendo citação à S. Rodotá. *La buona fede*. Standart, Alpa, Bessone.

¹⁷⁴ A despeito daqueles autores que enxergam na boa-fé, primordialmente, duas funções, tais como Cláudia Lima Marques, *Contratos...*, p.106.

¹⁷⁵ Judith Martins-Costa. *A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial*. p.145.

uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes”.¹⁷⁶

A boa-fé como fonte interpretativa alcança além da simples busca da real intenção das partes no momento da constituição do negócio jurídico, critério puramente de hermenêutica jurídica, isso porque a boa-fé coexiste não apenas na formação do vínculo, mas em todas as fases subsequentes da relação contratual.¹⁷⁷

Ademais, a amplitude de seu conteúdo não se restringe ao elemento volitivo das partes, voltando-se, principalmente, ao seu comportamento em face do co-contratante (comportamento refletido), e ao desenvolvimento do contrato na sociedade (função social). Nesse sentido, a boa-fé atua limitando direitos subjetivos das partes, podendo, até, criar deveres que não derivam de disposição contratual alguma.¹⁷⁸

Compara-se, então, nestes casos, o juiz ao verdadeiro pretor romano, sendo que sua função ultrapassa a simples averiguação da real intenção das partes, pois, na hipótese de não haver suporte legislativo, deve, ao integrar a norma contratual, investigar as circunstâncias que envolvem aquele contrato, fazendo análise em conjunto de todas as demais disposições contratuais, contrapondo as declarações das partes e os usos do tráfico jurídico para só então determinar qual o comportamento que deveria ter sido adotado pelos contraentes. A atuação do magistrado na supressão de lacunas contratuais será mais bem analisada no tópico referente às cláusulas abusivas.¹⁷⁹

¹⁷⁶ *A boa-fé no direito privado*. p.428.

¹⁷⁷ Clóvis do Couto e Silva. *op.cit.*, p.33-34. e Judith Martins-Costa. *O direito privado como um sistema em construção*. p.11.

¹⁷⁸ Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior entende que “a boa-fé é critério que se usa na exegese dos contratos para desvendar a verdadeira intenção dos contratantes e para encontrar o sentido das cláusulas negociais que mais se afine àquela intenção. Não é, porém, veículo de reforma ou revisão de cláusulas legítimas e claras livremente criadas e ajustadas entre as partes. Na verdade, a boa-fé funciona como meio de interpretar a vontade contratual, nunca como fonte de criar vínculo obrigacional novo ou de modificar vínculo anteriormente estabelecido sem vício ou defeito de espécie alguma”. E acrescenta, “a boa-fé, como instrumento de interpretação da vontade e intenção das partes, não pode, evidentemente, passar por cima do princípio maior do direito das obrigações, que é, sem dúvida, o da força obrigatória dos contratos. Somente a contradição entre a vontade declarada e a verdadeira intenção das partes é que pode autorizar o afastamento da expressão literal das cláusulas do contrato. *O contrato e seus princípios*, p.95.

¹⁷⁹ Confira-se, em especial, Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado, sistema e tópica no processo obrigacional*. Clóvis do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção do Contrato por incumprimento do devedor*.

10 A BOA-FÉ COMO FONTE DE CRIAÇÃO DE DEVERES ACESSÓRIOS

Começa a reconhecer-se no princípio da boa-fé uma fonte autônoma de direitos e obrigações; transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos, necessários ao correto adimplemento.¹⁸⁰

Toda relação jurídica contratual é constituída por deveres ditos principais porque estipulados pelas partes para a consecução de seus interesses, sendo elemento essencial à composição do contrato, coexistindo com estes os chamados deveres acessórios, que atuam, em regra, de forma a auxiliar a realização da prestação primária, tanto podendo ser previstos contratualmente, quanto podem existir em decorrência do princípio da boa-fé objetiva. Assim, Clóvis do Couto e Silva:¹⁸¹

A prestação principal do negócio é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou da declaração de vontade juridicizada. Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo via autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal.¹⁸²

Ainda sobre o tema, Antônio Junqueira de Azevedo, em sede de direito comparado, “ou seja, o contrato não produz somente os efeitos de forma convencionalizada entre as partes, mas igualmente aqueles que, segundo a natureza do contrato, decorrem das exigências da razão e da equidade. Razão e equidade é a maneira como o Código Civil holandês se refere à boa-fé”.¹⁸³

Os deveres derivados da boa-fé objetiva impõem regras de comportamento às partes contratantes, segundo padrões médios de conduta, visando a resguardar os interesses do co-contratante,¹⁸⁴ principalmente, nos contratos que se estendem no tempo, de execução continuada.

¹⁸⁰ Clóvis do Couto e Silva. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, p.47.

¹⁸¹ *idem*, p.36-37

¹⁸² *idem*, p.47.

¹⁸³ O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, n. 09, p.43.

¹⁸⁴ Veja Carlos Alberto Bittar. *op.cit.*, p.136.

Neste sentido, as ações de armazenamento e embalagem de produtos, o dever de aviso e notificação, o dever do locatário ante a coisa locada, o do prestador de serviços em relação ao patrimônio do contratante, do transportador quanto às coisas transportadas, o dever de guardar sigilo das conversações, entre outros.¹⁸⁵

O Código de Defesa do Consumidor, para facilitar o reconhecimento e a aplicação desses deveres anexos pela jurisprudência, positivou alguns dos mais importantes em seu corpo normativo. Entretanto, com a codificação, o magistrado não fundamentará suas decisões consubstanciado no princípio da boa-fé objetiva e, sim, no próprio texto legal, como bem ressalva Antônio Junqueira de Azevedo ao afirmar que “(...) à medida que as regras vão sendo formuladas, os operadores do direito já não precisam apelar para o princípio da boa-fé, que passa a ser *ratio lex*, e não *lex*”.¹⁸⁶

10.1 DEVER DE INFORMAÇÃO

O direito à informação encontra-se consolidado entre os direitos básicos do consumidor.¹⁸⁷ No entanto, o Código não se conforma com tipo algum de informação veiculada, que deverá ser clara e suficientemente precisa, com a demonstração dos diversos tipos de produtos ou serviços, as vantagens e os riscos que apresentem ou que conhecidamente poderão vir a apresentar, de maneira a possibilitar maior poder de escolha do consumidor.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *idem*, p.40.

¹⁸⁶ A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, p.86, 1992.

¹⁸⁷ BRASIL, CDC, art. 6. “São direitos básicos do consumidor: II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços”.

¹⁸⁸ TJDF, *Apelação no juizado especial cível 59798, DJ de 22.06.1999*, Desembargador Relator: Arnoldo Camanho de Assis. Primeira Turma dos Recursos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Ementa, no que interessa: “Civil e Processo Civil. Reparação de danos materiais e morais. Relação de consumo. Falta de informação. Dano causado ao consumidor, ressarcimento de mensalidade paga sem o desconto devido. (...) Porque não informou a apelante, de maneira clara e adequada, o desconto promocional a que fazia *jus* o autor/apelado, deverá restituir-lhe o valor referente ao desconto de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da sua mensalidade, como também da mensalidade de sua mulher, uma vez que o desconto era extensivo ao aluno novo apresentado. Recurso parcialmente provido”.

O sujeito, no momento da celebração do contrato, deve ter o prévio conhecimento de todos os elementos que o constituirão (direitos, obrigações, garantias, riscos assumidos pelas partes), sendo o dever de informar imprescindível, principalmente, no que concerne à fase das negociações preliminares, uma vez que é de acordo com as informações fornecidas que o consumidor poderá utilizar do seu direito de escolha quanto aos produtos ou serviços a serem prestados, decidindo, ainda, se contratar ou não.¹⁸⁹

O Código de Defesa do Consumidor, no ponto, estipula que todas as informações prestadas pelo fornecedor integrarão o contrato futuro a ser celebrado, determinando o poder vinculante da oferta,¹⁹⁰ sendo que nestes casos o consumidor poderá exigir, até, a execução compulsória do que foi ofertado (art. 35, CDC).

Ademais, toda informação falsa ou insuficiente é considerada vício do produto ou do serviço (art. 18, *caput* e § 1º, CDC) ensejando ao consumidor o direito a: substituição do produto por outro em perfeitas condições de uso; restituição da quantia paga, sem prejuízo da indenização pelas perdas e danos, podendo, ainda, ser requerido o abatimento proporcional no preço. Conforme assevera Zelmo Danari, “a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da exteriorização de um vício de qualidade, vale dizer, de um defeito capaz de frustrar a legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição”.¹⁹¹

Em verdade, o Código busca, conforme preleciona Cláudia Lima Marques, a proteção da vontade racional do consumidor, “(...) uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e outros métodos agressivos (...)”.¹⁹² É a proteção contra a publicidade enganosa e ou abusiva, contra a criação de falsas necessidades, e a realização de vendas aliciantes em que a distribuição e o sorteio de brindes, realizações de coquetéis, retiram, ao menos em parte, o completo discernimento do adquirente, desviando a sua atenção para o supérfluo.¹⁹³

¹⁸⁹ A respeito, Antônio Junqueira de Azevedo. *A boa-fé na formação dos contratos. e A responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor*. Regis Fichter Pereira, *A responsabilidade civil pré-contratual*. Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. p.40.

¹⁹⁰ BRASIL, CDC, art. 30. “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

¹⁹¹ *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p.152.

¹⁹² Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22, p.77, 1997.

¹⁹³ Geraldo de Faria Martins da Costa. *Aspectos da aplicação da norma de lealdade no interesse dos consumidores de dos concorrentes*. p.193-197.

A avaliação pelo magistrado quanto ao dever de informação deve, também, variar conforme a relação fática apresentada. Por exemplo, o dever de informação de um especialista é com certeza muito mais acentuado do que o de um simples técnico instrumentalista em relação ao usuário. Também diferente será a análise das informações prestadas entre dois profissionais. Nesse sentido, parte da doutrina divide o dever de informação em: dever de esclarecimento – aquele prestado pelo fornecedor sobre as condições gerais do contrato, riscos, garantias, cláusulas de exclusão; e dever de aconselhamento – que é o que existe entre um profissional especializado e um não-especialista ou leigo no assunto, como acontece nas relações entre médicos e pacientes e advogados e clientes.¹⁹⁴

Da mesma forma, variável a análise do dever de informação se as partes são manifestamente desiguais, quando se trata, por exemplo, de contratos de adesão ou caso cuide-se de uma relação paritária, sendo certo que naqueles o dever de informação deverá ser mais acentuado.^{195,196}

10.2 DEVER DE COOPERAÇÃO

Cooperar é agir com lealdade, é não obstruir ou impedir.¹⁹⁷

Os contratantes devem agir de maneira a não dificultar ou até mesmo impedir o adimplemento da prestação. Agir de boa-fé é não se utilizar de meios ardis ou maliciosos, com a criação de obstáculos, como por exemplo, a exigência de documentos excessivos por parte do fornecedor sem utilidade prática alguma, ou determinar que a obrigação seja executada em lugares de difícil acesso ou em horários incompatíveis com o expediente normal do comércio.¹⁹⁸

Interessante ressaltar é a crítica realizada por Antônio Junqueira de Azevedo sobre o dever de cooperação que deve existir entre os contratantes de que seria “uma visão excessivamente romântica, de que os contratantes devem colaborar entre si”.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Veja Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.112. e Ruy Rosado de Aguiar Jr. Responsabilidade civil do médico. *Revista Universita/Jus*, UniCEUB, n. 5, 2000.

¹⁹⁵ Confira, Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*, p.395 (nota de rodapé).

¹⁹⁶ A respeito, o *art. 47, CDC*, regula expressamente que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

¹⁹⁷ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.113.

¹⁹⁸ *idem*, p.113.

¹⁹⁹ O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, n. 9, p.43, 1999.

10.3 DEVER DE PRESERVAÇÃO E CUIDADO

O dever de cuidado, também denominado dever de proteção ou de segurança, assume duplo aspecto: o respeito à integridade pessoal do agente, tanto física quanto moral, e o respeito à sua integridade patrimonial, de forma a não ocasionar danos em face das suas atitudes desmesuradas.²⁰⁰

O dever de cuidado encontra expressa previsão legal no art. 6º, VI, CDC, elencados entre os direitos básicos do consumidor que garante, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. E no art. 8º, do mesmo diploma legal, quanto à proteção à saúde e à segurança dos consumidores.

São exemplos deste dever de cuidado o dever do fornecedor de informar o consumidor quanto aos riscos do produto que esteja adquirindo (art. 9º, CDC), demonstrando a correta forma de manuseio, como a obrigação de retirar do mercado os produtos que forem considerados impróprios para o consumo, como aqueles que se encontrem com o prazo de validade vencido, ou apresentem riscos à integridade dos consumidores.

O fornecedor, entretanto, não pode ser responsabilizado pelos riscos normais e previsíveis, inerentes, por vezes, do próprio produto. Cite-se, como exemplo, os produtos com alto grau de toxicidade ou produtos inflamáveis, se devidamente prestou todas as informações necessárias e adequadas à sua utilização.

11 LIMITAÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS

(...) o CDC se propõe a restringir e regular, por meio de normas imperativas, o espaço antes reservado totalmente para a autonomia da vontade, instituindo como valor máximo a equidade contratual.²⁰¹

A boa-fé atua como fonte limitadora de direitos subjetivos de maneira a evitar abusos cometidos em razão da posição fática ocupada por alguma das partes. Este abuso traduz “a noção de exercício inadmissível e abusivo do direito, seu exercício inútil ou imoderado, bem como o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), a alegação inadmissível de nulidade formal (*supressio*), e a aquisição jurídica desleal”.²⁰² Os contratantes que agem fazendo valer uma

²⁰⁰ Cláudia Lima Marques. *Contratos de time-sharing. op.cit.*, p.83.

²⁰¹ Cláudia Lima Marques. *op.cit.*, p.87.

²⁰² Maria Cristina Cereser Pezzela. *op.cit.*, p.215.

superioridade fática, jurídica, ou econômica agem em desconformidade com a boa-fé.²⁰³

11.1 ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A princípio, tem o credor o direito de postular a resolução contratual quando haja o inadimplemento do devedor. Todavia, o princípio da boa-fé objetiva impede que o credor faça *jus* de tal assertiva, e mesmo da exceção do contrato não-cumprido,²⁰⁴ (*exceptio inadimpleti contractus*),²⁰⁵ quando for de tal maneira insignificante o inadimplemento que a resolução causaria sérios prejuízos à parte devedora. Não se considera razoável aquele que tendo cumprido a maior parte de suas obrigações tenha o contrato rescindido em razão do descumprimento de uma pequena parcela delas. Nestes casos, a parte responderá pelas perdas e pelos danos ocasionados em virtude de seu inadimplemento, restando, contudo, o direito à continuidade no contrato.

Assim, Clóvis do Couto e Silva, quanto ao adimplemento substancial ou “(...) *substancial performance*, ou seja, um adimplemento tão próximo ao resultado final que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão-somente o pedido de indenização”.²⁰⁶ E continua: “no caso, facultar-se-ia o pedido de adimplemento e o de perdas e danos, mas não se permitiria o pedido de resolução, se essa pretensão viesse a ferir o princípio da boa-fé”.²⁰⁷

Neste sentido, confira recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 272.739/MG, DJ de 02.04.2001, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, assim ementado:

Alienação Fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial.

²⁰³ Veja Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção...*, p.248. e Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.106.

²⁰⁴ Judith Martins-Costa enxerga que a própria exceção do contrato não cumprido é derivação do princípio da boa-fé objetiva, uma vez que “a exceção de inadimplemento visa a conservar o equilíbrio substancial e funcional entre as obrigações correspectivas. Trata-se da boa-fé objetiva porque, na sua concreção, não se examina a intenção das partes, mas a situação do sinalagma, isto é, da relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação, à vista da concreta finalidade do contrato, considerado como um processo (...)”. *A boa-fé no direito privado*, p.420.

²⁰⁵ BRASIL. *CCB, art. 1.092*. “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”.

²⁰⁶ *A obrigação como processo*. p.56.

²⁰⁷ *idem*, p.57.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido de reintegração de posse. Recurso não conhecido.

Do voto extrai-se o seguinte entendimento, “a extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada”.²⁰⁸

O adimplemento substancial deve ser reconhecido como exigência da boa-fé objetiva, não sendo admitido que a financeira busque a apreensão do veículo, uma vez que além do cumprimento substancial do contrato houve a consignação em juízo do valor da parcela em atraso sendo que, entendimento diverso, implicaria sérios prejuízos ao devedor que teria o bem alienado. No caso, percebe-se a atuação da boa-fé objetiva com forma de limitação do direito subjetivo do credor, qual seja, o de requerer a resolução do contrato diante da mora *ex re* do devedor.

11.2 *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

O que se indeniza... é a confiança iludida.²⁰⁹

Consiste na aplicação da teoria dos atos próprios, resumindo-se na proibição de uma parte que, inicialmente adotou determinada posição jurídica, de modificar

²⁰⁸ Em sentido idêntico, veja, entre outros, *STJ, Resp n. 76.362/MT, DJ de 01.04.1996*, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, de cuja ementa se colhe: “Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido; e *TJDF, Apelação cível n. 52.929/99*, Desembargador Relator Romeu Gonzaga Neiva.

²⁰⁹ Judith Martins-Costa. *op.cit.*, p.495.

ou até mesmo contrapor-se ao comportamento anteriormente adotado, em desfavor do outro contratante. Depois de criar com o seu comportamento uma justa expectativa, não pode a parte, sob pena de frustrar os princípios da confiança e da lealdade, adotar comportamento contrário, causando prejuízo a contraparte. Como salienta Menezes Cordeiro, “o princípio postula, pois, dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e deferidos no tempo. O primeiro – *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo.”²¹⁰

É certo que o direito não pode inviabilizar o direito de arrependimento da parte, normal em qualquer relação jurídica. No entanto, nesses casos, protege-se um bem jurídico maior, qual seja, a relação de confiança recíproca que deve existir entre os co-contratantes, tutelando-se um dos sujeitos da obrigação contra eventuais prejuízos que por ventura venha a sofrer em razão da confiança depositada no comportamento da outra parte na realização do negócio.

Ressalta Ruy Rosado que para aplicação desta teoria deve ser inequívoco o comportamento do credor havendo em contrapartida a real consciência da conduta assumida pelo devedor,²¹¹ e, ainda, “havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia a conduta posterior”.²¹²

Exemplo bastante eloqüente na doutrina é do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 589.073.956, j. 19.12.1989, 5ª Câmara Cível, cujo relator foi o hoje Ministro Ruy Rosado, encontrando-se assim ementado:

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

Venire contra factum proprium. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias, não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, sem que para isso tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.

²¹⁰ Menezes Cordeiro. *Da boa-fé...*, p.742. *Apud* Judith Martins Costa. *A boa-fé no direito privado*. p.470.

²¹¹ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção...*, p.249.

²¹² Trecho extraído da fundamentação do voto relator no *Resp n. 95.539/SP, DJ de 14.10.1996/STJ*.

E nesse sentido fundamenta a sua decisão:

(...) por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão coligadas, não se permite que o comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra. No caso, a ré foi auxiliar o comprador, nos primeiros dias depois da celebração do negócio, e ali efetuou pedidos de novas mercadorias, alguns deles em seu próprio nome e fornecendo o seu CGC, apesar de já transferido o negócio. Quem assume essa conduta, evidencia estar autorizando os pedidos assim formalizados; não pode, logo depois, sem outra razão aparente, ordenar o seu cancelamento.²¹³

11.3 *TU QUOQUE*

Aquele que descumpre preceito legal ou convencional não pode exigir da outra parte algo que ele próprio não cumprira.²¹⁴ “A materialização da regra do *tu quoque* decorre do fato de que fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento”.²¹⁵

Existem, ainda, limitações quanto do exercício de direitos subjetivos em razão do decurso do tempo.

11.4 *SUPRESSIO*

A boa-fé protege aquele contra quem, deixando de exercer um direito durante certo lapso de tempo, não mais poder exercê-lo, em proteção às expectativas criadas no contratado em face da omissão da parte contratante.²¹⁶ Ocorre, freqüentemente, nos contratos de prestações continuadas, como, por exemplo, nos contratos de representação comercial. Se o representante passa um longo

²¹³ *TJRS, Apelação cível 589.073.956, órgão julgador – 5. Câmara Cível, Desembargador Relator – Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Apud Judith Martins-Costa. Princípio da boa-fé. Revista Ajuris, n. 44, p.207, 1998. Exemplo interessante é o julgado no Resp n. 95.539/SP, DJ de 14.10.1996, Relator Min. Ruy Rosado, em que, pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva e a proibição de *venire contra factum proprium*, reconheceu-se o direito da outorga da escritura pública de imóvel aos compromissários compradores, apesar do contrato de promessa de compra de venda ter ocorrido com defeito de forma, uma vez ausente a necessária outorga uxória. Entretanto, a mulher do compromissário vendedor passou 17 anos inerte, o que fez presumir o seu consentimento tácito, não podendo após todo este período invocar tal vício no contrato e não fazer o repasse da escritura definitiva do imóvel.*

²¹⁴ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção...*, p.249.

²¹⁵ Menezes Cordeiro. *Da boa-fé...*, tomo I. p.837. *Apud*, Judith Martins Costa. *A boa-fé no direito privado*, p.461.

²¹⁶ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Extinção...*, p.249.

período sem realizar qualquer pedido ou fazer qualquer notificação a respeito, o representado passa a ter o direito de considerar resoluto aquele contrato.

11.5 *SURRECTIO*

Em situação diametralmente oposta, a *surrectio* faz nascer um direito devido à prática reiterada de certos atos. Do mesmo modo que a *supressio*, cria na parte o sentimento de coisa certa que, neste sentido, passa a programar a sua vida.²¹⁷

11.6 DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

O artigo 51, Código de Defesa do Consumidor, enumera *numerus apertus* um rol de cláusulas abusivas que, caso dispostas contratualmente, estão sujeitas à nulidade,²¹⁸ permitindo que o magistrado, conforme as circunstâncias do caso, declare *ex officio* a nulidade de uma disposição contratual, independentemente da alegação das partes, quando considerada abusiva.²¹⁹

Visando à garantia da manutenção dos negócios jurídicos e da conservação dos pactos, o legislador estatuiu que a nulidade de uma cláusula não macula todo o contrato que só é declarado nulo quando exista a inviabilidade da continuidade da relação obrigacional, quando o vício for tal gravidade que atinja um de seus elementos essenciais, como, por exemplo, a cláusula preço. Segundo Ruy Rosado:

A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorre ônus excessivo a qualquer das partes (...) Além disso, o eixo do sistema de proteção ao consumidor está no propósito de manter a real equivalência entre as prestações, equilibrando a posição das partes de modo a garantir ao consumidor o restabelecimento da igualdade contratual.²²⁰

O artigo 51, em seu inciso IV, estabelece que é abusiva qualquer cláusula que seja incompatível com a equidade e a boa-fé,²²¹ retratando, assim, uma cláusula geral proibitória²²² nas relações de consumo. Conforme ressalta Cláudia Lima Marques:

²¹⁷ *Idem, ibidem.*

²¹⁸ Assim, não há de se cogitar de nulidades relativas nas relações de consumo, isto porque as cláusulas ofendem princípio maior de garantia da ordem pública.

²¹⁹ O Código Civil brasileiro segue, neste ponto, a orientação do BGB alemão em que a boa-fé objetiva autoriza o juiz a aplicá-la de ofício, sendo desnecessária a sua alegação. Conforme orientação de Maria Cristina Cereser Pezella. *op.cit.*, p.205.

²²⁰ *Cláusulas abusivas no Código do Consumidor*, p.29.

²²¹ BRASIL. CDC, art. 51. “São nulas, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: inciso IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

²²² Denominação dada por Cláudia Lima Marques. *op.cit.*, p.48.

A boa técnica legislativa ordenaria que norma tão importante e ampla estivesse contida em artigo próprio e não escondida, talvez por medo do veto, em uma lista de quinze incisos. Mas seja como for, a cláusula geral da boa-fé, equidade e do equilíbrio nas relações contratuais foi assim positivada no CODECON, cabendo a jurisprudência brasileira examinar o conteúdo de todos os contratos de consumo, segundo estes novos critérios.^{223,224}

Consideram-se abusivas as cláusulas em que exista desvantagem exagerada²²⁵ entre fornecedor e consumidor, implicando a ausência de equilíbrio entre prestação e contraprestação, assim conceituado por Alberto do Amaral Júnior:

O ato é abusivo quando destituído de qualquer utilidade para o seu titular e potencialmente danoso para a coletividade; ou então, quando há uma desproporção grosseira entre a utilidade retirada da atividade pelo agente e o custo social dessa atividade, em termos de sacrifício de interesses alheios.²²⁶ Mais do que verificar o cumprimento dos requisitos formais para a validade dos negócios jurídicos, caberá ao intérprete apreciar o conteúdo da relação contratual, analisando o equilíbrio entre prestações e contraprestações resultante do contrato.²²⁷

Assim, o princípio da boa-fé objetiva atua como fonte limitadora da vontade das partes, possibilitando o controle judicial das disposições contratuais. Esse controle objetiva coibir os abusos gerados em face de uma relação contratual desequilibrada, com abuso de direito, buscando o restabelecimento da justiça material contratual.

Partindo-se da premissa de que a retirada de uma cláusula contratual já implica a modificação do conteúdo do contrato,^{228,229} uma vez que existe uma

²²³ Cláudia Lima Marques. *Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais*, p.49.

²²⁴ Sem querer entrar no fundo da questão, porém ponto que merece destaque a despeito dos profundos estudos sobre o tema diz respeito ao posicionamento de Judith Martins-Costa ao lecionar que “a regra do art. 51, IV, do Código do Consumidor não configura propriamente uma ‘cláusula geral’, mas conceito indeterminado, porque ao juiz não é dado estabelecer as conseqüências da sua incidência, que já estão predeterminadas pelo legislador (a nulificação da cláusula abusiva). *O direito privado como um ‘sistema em construção’*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p.13.

²²⁵ O parágrafo primeiro do art. 51, CDC, traça diretrizes do que se considera vantagem excessiva.

²²⁶ Alberto do Amaral Júnior. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6, p.31, 1993.

²²⁷ *idem*, p.27.

²²⁸ Luís Renato Ferreira da Silva. *Revisão dos contratos...*, p.63.

²²⁹ Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior: “em tais casos, o intérprete não modifica o contrato, pois limita-se a reconhecer a deficiência da forma com que se manifestou a vontade, para fazer prevalecer a vontade real defeituosamente revelada no texto do contrato. O trabalho, porém, não vai além do necessário para ‘*suppléer aux clauses ambiguës, omises ou insuffisamment précisées*’. (DE PAGE, *op.cit.*, v. II, n. 467, p.439), p.99.

violação no que concerne à vontade de uma das partes que a lei considera abusiva, o magistrado, salvo quando for impossível a integração ou ocorrer ônus excessivo a um dos contratantes, deverá suprir a lacuna existente (art. 51, § 2º, CDC).

Discussões homéricas são travadas na doutrina quanto à possibilidade de interferência judicial no conteúdo dos contratos. No caso específico das relações de consumo, o Código expressamente prevê a possibilidade desta integração, em razão do princípio da conservação dos contratos, o que implica, necessariamente, ingerência contratual. Todavia, resta-nos saber como se dará esta integração.

De um lado existem aqueles que defendem que o magistrado, ao suprir a lacuna deixada pela exclusão da cláusula abusiva, deve aplicar subsidiariamente à vontade das partes as regras atinentes ao direito comum, como exemplo as taxas legais de juros ou da multa moratória. Entretanto, mesmo nestes casos, persistirá a dúvida quanto às situações para as quais não haja previsão legislativa.

Sustenta Luís Renato Ferreira da Silva que o princípio da boa-fé objetiva é a causa de repúdio às cláusulas abusivas. Isto porque, “agindo de boa-fé, um contratante não poderia abusar de uma determinada situação fática que o colocasse em superioridade manifesta ante o outro contratante. É este fenômeno que as cláusulas abusivas tentam reprimir quando vedam certas práticas impositivas de renúncia de garantia ou de foro privilegiado, por exemplo”^{230,231}.

O princípio da boa-fé objetiva, portanto, atuaria sobre duplo aspecto: como agente de repúdio das cláusulas abusivas e, acrescido a este, o fator integrador da

²³⁰ STJ, Resp n. 250.523/SP, DJ de 18.12.2000, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Ementa, no que pertine: “Conta corrente. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra – lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES”. No caso dos autos, a empresa Aero Mecânica Darma Ltda. havia efetuado contrato de financiamento junto ao Banco Bamerindus do Brasil Ltda. onde havia previsão de que o agente financeiro poderia restringir importância correspondente ao débito, em qualquer das contas-correntes da empresa, para fins de pagamento. A instituição financeira, por conseguinte, reteve importância que, comprovadamente, sabia se destinaria ao pagamento de salários de empregados da empresa, tendo, anteriormente, comprometido-se que assim não agiria. A cláusula que permitia tal retenção foi considerada abusiva, pois, mais do que cláusula mandato em que o banco cria o título e o executa, consistia na execução do crédito pelo próprio banco, no momento e no valor que achasse adequado. Agiu de maneira contrária à boa-fé, com abuso de direito em razão de sua posição jurídica. Nos termos do voto vencedor, “(...) a licitude inicial do titular de um direito pode chegar ao ilícito no momento em que ele vai além do que seria razoável esperar, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, que preside o sistema”.(sublinha nossa)

²³¹ Luís Renato Ferreira da Silva. *op.cit.*, p.54.

vontade das partes vinculado à finalidade social do contrato, com intuito de suprimir as lacunas existentes. Neste sentido, Luís Renato:

A interpretação vai atuar neste campo, concretizando uma aplicação de boa-fé *secundum legem*, dentro da modalidade de interpretação integradora. A ausência de disposição contratual ocorre porque a boa-fé retirou a cláusula tida como abusiva. Agora, o princípio da boa-fé, como norma de conduta objetiva, deve preencher a lacuna que sua incidência mesma abriu. Este ponto não se vincula à vontade das partes mas trata do que, objetivamente, pode-se intuir como legitimamente esperado e oriundo de um pacto como o analisado.²³²

A boa-fé objetiva, como fator de flexibilização e mobilidade do sistema, permite maior ajuste da situação fática apresentada, e dos ideais de justiça comutativa e solidariedade contratual. Nesta hipótese, o magistrado agiria como verdadeiro legislador da norma no caso concreto, limitado, entretanto, ao fim colimado pelas partes na celebração do contrato, desde que lícito, a ingerência estatal não poderá ser de tal forma que desvirtue a exegese do próprio contrato.²³³

O controle judicial ocorrerá em diferentes graus de intensidade conforme tenha sido a formação do contrato. Assim, em um contrato paritário, teoricamente, mínima será a interferência judicial diante do suposto equilíbrio das partes na determinação do seu conteúdo, diferentemente ocorre, entretanto, nos contratos de adesão em que há a imposição da vontade do estipulante por meio de cláusulas preestabelecidas.²³⁴

CONCLUSÃO

O ressurgimento, em nosso sistema, do princípio da boa-fé objetiva, reflete um esforço legislativo de consolidação dos princípios fundamentais da justiça e da igualdade, dispostos no texto constitucional.

Ocorre, assim, no âmbito do direito contratual, uma mudança de paradigma. As relações contratuais deixam de ser analisadas apenas sobre o prisma da autonomia da vontade, e da força obrigatória dos contratos. Os vínculos deixam de ser intangíveis na medida em que não observam os ditames da boa-fé.

²³² *idem*, p.66.

²³³ Humberto Theodoro Júnior. *O contrato e seus princípios*. p.100. “O intérprete, obviamente, jamais poderá deformar a convenção, a pretexto de aplicar a teoria da boa-fé”.

²³⁴ Neste sentido, confira Judith Martins-Costa. *Crise e modificação na idéia de contrato no direito brasileiro*, p.143. e Nelson Nery Júnior. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p.489.

O contrato não se encerra em um vínculo estático, linear, entre credor e devedor. Como bem assinala Cláudia Lima Marques, mais do que isso, o contrato encerra uma obrigação de conduta.²³⁵

Este dever de conduta (que inclui, na verdade, inúmeros outros deveres), está consubstanciado numa atuação conforme a boa-fé, ou seja, uma atuação em que se busca alcançar não apenas a satisfação dos interesses individuais mas também o respeito às legítimas expectativas da outra parte contratante e à confiança depositada na conclusão do negócio jurídico.

O princípio da boa-fé, como norma de conduta, faz renascer nos contratos os princípios da transparência e da confiança, da proteção às justas expectativas e da necessidade de um real equilíbrio entre prestações e contra-prestações.

A boa-fé objetiva é princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, encontrando-se em todas as fases das relações contratuais, fazendo-se presente ainda que não formado o vínculo contratual e mesmo após o adimplemento da prestação.

A adoção do princípio da boa-fé pressupõe a existência de um sistema de cláusulas gerais, uma vez que o princípio não encontra moldura em um sistema jurídico codificado-fechado. Como leciona Clóvis do Couto e Silva, “a boa-fé é um conceito dinâmico”, o que implica dizer que o princípio só se materializa e ganha substância diante da concretude do fato, necessitando de uma maior mobilidade do sistema para permitir maior atuação judicial.

A boa-fé possui, basicamente, uma tríplice função: é critério de interpretação e integração das disposições contratuais, orientando a solução judicial nos casos concretos; é fonte de deveres acessórios para ambos os contratantes, como os deveres de informação, cooperação, transparência, entre outros; e é, ainda, causa de limitação de direitos subjetivos, sendo que os sujeitos da relação obrigacional não podem dispor no contrato de cláusulas que não se coadmem com a boa-fé.

De todos estes fatos resulta a importância do princípio da boa-fé objetiva para a consecução de um sistema jurídico que tem como vetor principal a justiça contratual.

²³⁵ Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p.107.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.20-27, abr./jul. 1995.
- _____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 1.ed. Rio de Janeiro: Aide. 1991.
- _____. As obrigações e os contratos. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 09, p.31-39, set./dez. 1999.
- _____. Aspectos do código de defesa do consumidor. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 52, p.167-187, 1991.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 06, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.27-33, abr./jun. 1993.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 09, p.25-30, set./dez. 1999.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense. 1960.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 03, São Paulo: Revista dos Tribunais, set./dez. 1992.
- _____. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 09, set./dez. 1999.
- _____. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.123-129, 2000.
- _____. A responsabilidade pré-contratual no CDC: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.23-31, abr./jun.
- BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.68-78, out./dez. 1994.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva. 1998. vol. 3.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1967.
- _____. *Contrato de adesão e cláusulas gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972.
- _____. *Contratos*. São Paulo: Forense. 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo, NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, 04, n. especial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. Crise e modificação na idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, 03, São Paulo: Revista dos Tribunais, set./dez. 1992.
- _____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. O princípio da boa-fé. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 50, p.207-227, 1990.
- _____. As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, n. 112, ano 28, p.13-32, out./dez. 1991.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
- _____. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 01, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.27-53, 1992.
- _____. Contratos de *time-sharing* e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil pós-moderno. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.64-86, 1997.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá. 2001.

- NEGREIRO, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NETO, Guilherme Fernandes. *O abuso do direito no código de defesa do consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23/24, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. III.
- PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23/24, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.199-224, jul./dez. 1997.
- SIDOU, J. M. OTHON. *A revisão judicial dos contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1996.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- _____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, I Jornada Luso- Brasileira de Direito Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.43-72, 1980.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos do código civil ao código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- TOSS, Luciane Lourdes Webber. O limite constitucional da autonomia privada: o princípio da solidariedade social como limite à liberdade contratual. *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 19, p.209-224, 2001.



Fundação Escola Superior

do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

SRTVS Quadra 701, Ed. Palácio da Imprensa
Bloco I, 4º andar, Brasília-DF, CEP 70340-000
Telfax (61) 226.4643, fesmpdft@terra.com.br