

A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DA BOA-FÉ OBJETIVA

Rodolfo Pamplona Filho*
João Hora Neto**

RESUMO

Sob o enfoque do direito civil constitucional, fundado em premissas teóricas precisas, discute-se acerca da adequada ou não aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva, considerando que se trata de um macroprincípio civilístico, também incidente em outros ramos do direito privado e até do direito público. Faz-se um esboço histórico e argumenta-se que a boa-fé objetiva é um princípio e não uma regra, detentora de uma tríplice função, razão por que a obrigação deve ser compreendida como processo (mandamento de conduta), de perfil solidário, dinâmico, complexo e cooperado. Na sociedade moderna, conclui-se que as partes devem observar os ‘deveres de conduta’ e não apenas os deveres/direitos atinentes à prestação principal nascida da vontade, pois credor e devedor não se acham mais em posições antagônicas.

PALAVRAS-CHAVE: premissas do direito civil constitucional – juízo discricionário e juízo arbitrário – boa-fé objetiva – esboço histórico – cláusula geral – princípio – tríplice função – mandamento de conduta – sociedade pós-moderna – obrigação solidária, complexa, dinâmica

ABSTRACT

Under the focus of constitutional civil law, based on precise theoretical premises, it is discussed if the general clause application of objective good faith is adequate or not, considering that it is a civilistic macroprinciple, also incident in others private law branches and even public law. A historic outlining is used and the objective good faith is argued as a principle and not a rule, holding a threefold function, which is the reason that obligation must be understood as a process (commandment of conduct), with a solidary, dynamic, complex, and cooperative profile. In modern society, it is concluded that the parts must observe the ‘duties of conduct’ and not just the duties/rights related to the main installment came from the willing, because creditor and debtor are not in antagonistic positions anymore.

* Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA; Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP; Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia; Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador (UNIFACS); Máster em Estudios em Derechos Sociales para los Magistrados del Trabajo de Brasil pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia; Membro e Ex-Presidente do Instituto Baiano de Direito do Trabalho; Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, Instituto Brasileiro de Direito Civil e Instituto Brasileiro de Direito de Família; Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT).

** Doutorando em Direito pela UFBA; Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe; Juiz de Direito do Estado de Sergipe; Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT)

KEYWORDS: constitutional civil law premises - discretionary judgment and arbitrary judgment - objective good faith - historic foreshortening - general clause – principle - triple function - commandment of conduct - postmodern society - solidary, complex, dynamic obligation.

“Acredito que a coerência seja a qualidade mais difícil de se encontrar no homem”.
Michel de Montaigne

1 INTRODUÇÃO

A partir da compreensão do que seja direito civil constitucional, o presente estudo visa a analisar que a doutrina que o fundamenta tem premissas teóricas precisas – a natureza normativa da Constituição; a unidade e complexidade do ordenamento jurídico e a interpretação com fins aplicativos – e passa a discutir a necessidade da sua correta aplicação, considerando o seu emprego atual desmesurado, impreciso e que beira um modismo jurídico.

O estudo faz alusão à Escola das Pandectas (jurisprudência dos conceitos), caracterizada pelo formalismo e abstração, pontuando que a partir da primeira metade do Século XX inicia-se a adoção da jurisprudência de valores, tornando o Direito mais pragmático e instrumental. Contudo, desde então, a despeito da prevalência da jurisprudência dos valores, aponta-se a ocorrência de forte ideologismo judicial (juízo arbitrário), derivado da ‘cultura do decisionismo’, à vista da aplicação inapropriada das diversas cláusulas gerais que permeiam o ordenamento pátrio.

De conseguinte, discute-se a necessidade de uma releitura crítica da metodologia do direito civil constitucional, no sentido de alcançar o equilíbrio entre o legalismo estrito e o subjetivismo jurídico.

Argumenta-se que a boa-fé tem um caráter universal, sendo considerada a alma das relações jurídicas, além de reportar-se à sua contextualização histórica a partir do Direito Romano, fazendo-se alusão que o Direito Alemão elucidou o alcance da boa-fé objetiva como instrumento norteador de conduta das partes, em sintonia com a lealdade, confiança e cooperação em busca do fim colimado na obrigação.

Faz-se uma distinção clara entre princípio e regra e, nesse contexto, busca-se enquadrar a boa-fé objetiva como um princípio e não uma regra.

Aponta-se, ainda, o ingresso da boa-fé objetiva no direito pátrio a partir do Código Comercial de 1850 e enaltece-se a sua expressa adoção como princípio contratual no Código

Civil e no Código de Defesa do Consumidor, materializada mediante a técnica legislativa da cláusula geral, que significa uma norma de conteúdo jurídico impreciso, vago, múltiplo, permitindo ao julgador a criação da norma para o caso concreto, afastando-se assim do casuísmo descritivo.

Também pretende aduzir que a boa-fé objetiva é um mandamento de conduta, de lealdade, de honestidade, aplicável antes, durante e após o contrato, o qual deve ser observado por ambos os contratantes (credor e devedor), no sentido de observarem os ‘deveres de consideração’ para fins de acautelar as suas legítimas expectativas em prol do fim colimado no contrato.

Alicerçado na compreensão de que a boa-fé objetiva tem a sua gênese no direito civil, refere-se à sua incidência para outros ramos do direito privado e até do direito público, não só em razão da sua tríplice função – função interpretativa (art. 113 CC), função criadora de deveres jurídicos (art. 422 CC) e função corretora (art. 187 CC) – mas também diante da sua vinculação a princípios constitucionais (dignidade humana, solidariedade, igualdade, moralidade, segurança jurídica), em face do esvaziamento da dicotomia direito público/direito privado.

Ao cabo, a pesquisa visa a discorrer sobre as funções da boa-fé objetiva e, após amiúde análise, a apresentar um comparativo entre a obrigação sob a concepção clássica – linear e estática – e sob a concepção moderna, entendida essa como um processo segundo o qual se exige de ambas as partes (credor e devedor) uma série de atividades para proteger suas legítimas expectativas em prol do fim colimado no contrato, uma vez que devem agir de forma cooperada e solidária, não apenas por causa da vontade contratada, mas também em razão do princípio da boa-fé objetiva.

2 O DIREITO CIVIL E A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

In primis, impõe-se elucidar o conceito do que seja direito civil constitucional diante da profusão de entendimentos, principalmente decorrente da sua grande difusão e popularidade, ao ponto mesmo de ter se tornado um modismo jurídico – não obstante, em larga escala, fora dos parâmetros legais. Para elucidá-lo, convém ressaltar alguns conceitos recorrentes na doutrina, de veras explicativos.

Na dicção de Pietro Perlingieri, cuida-se o direito civil constitucional da “releitura do

Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República”.¹

Em igual sintonia, Paulo Luiz Netto Lôbo registra que “A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)”.²

Também acerca da expressão constitucionalização do direito civil, em face da superação da clássica dicotomia direito público/direito privado, diversos institutos civilísticos ingressaram na Constituição Federal, de sorte que, “Na verdade, o direito civil constitucional é materialmente direito civil contido na Constituição e só formalmente direito constitucional”.

3

Ou, ainda, segundo lição de Anderson Schreiber, trata-se de uma metodologia que busca superar “a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir de diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico”.⁴

Basicamente, pois, o direito civil constitucional significa a releitura permanente do Código Civil à luz da Constituição Federal e não o inverso.

No Brasil, a expressão direito civil constitucional é creditada a dois civilistas pioneiros, que difundiram, ainda na década de 1990, a doutrina civil pautada na legalidade constitucional, iluminada pelas lições do jurista Pietro Perlingieri, mediante a publicação de dois textos até hoje referenciados, a saber, ‘Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil’⁵ (Gustavo Tepedino) e ‘A caminho de um direito civil constitucional’⁶ (Maria Celina Bodin de Moraes).

No mundo acadêmico pátrio, existem duas escolas que desenvolvem há anos a doutrina civil constitucional, são elas: a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade Federal do Paraná (UFPR), estando essa metodologia difundida às largas na doutrina, bem como aplicada pelos tribunais do país, em que pese a sua aplicação ocorra, em larga escala, ao arripio de suas premissas teóricas básicas.

¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

³ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3.ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2000, p. 151.

⁴ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**: temas de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.1-22.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, Rio de Janeiro, v. 17, n.65, 1993, p. 21-32.

Ademais, registre-se, foi o processo de redemocratização política que possibilitou o advento da Carta Magna de 1988 e essa, por seu turno, incorporou diversos institutos civilísticos, gestando o fenômeno denominado de constitucionalização do direito civil, mormente porque o Código Civil de 1916, ainda vigente à época, se achava distante dos anseios da sociedade brasileira hodierna, com diversos artigos de lei completamente desatualizados.

Assim, desde então (1988), a aplicação do direito civil à luz da Constituição Federal é uma metodologia imperiosa e permanente, fundada em três princípios constitucionais estruturantes, a saber – o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); o princípio da solidariedade social (art. 3º, I, CF) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF) – cuja adoção se impõe, outrossim, em razão dos novos marcos na historicidade do direito, decorrentes das “profundas mudanças epistemológicas nas ciências humanas, os novos interesses, a insurgência de conflitos sociais e as recentes transformações por que vêm passando as formas de vida contemporânea”.⁷

Em suma, a metodologia do direito civil constitucional é, de há muito, uma realidade incontestada, ainda que submetida a uma constante vigilância, não apenas para uma análise de suas consequências práticas, mas também para possíveis críticas, conforme vaticina Luiz Edson Fachin.⁸

3 PREMISSAS DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Na contemporaneidade, a metodologia civil constitucional tem sido aplicada em larga escala e de forma pouco técnica, transformando-se até num modismo jurídico ou numa espécie de panaceia empregável a tudo e para tudo.

Como toda metodologia, o direito civil constitucional garante premissas teóricas precisas, para bem delimitar seus contornos, e, por conseguinte, evitar sua aplicação a esmo e à solta, ensejando confusão com outra (s) metodologia (s) jurídica (s). Necessário, pois, fixar os seus parâmetros.

Para tanto, Pietro Perlingieri sustenta que três são os pressupostos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo sobre as codificações, a saber: a) a natureza normativa da Constituição; b)

⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 314.

a unidade e complexidade do ordenamento jurídico; c) o desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação, de fins aplicativos.⁹

Acerca do primeiro – a natureza normativa da Constituição – significa dizer que a normativa constitucional se aplica direta e/ou indiretamente às relações privadas. Melhor explicando: tal premissa representa uma visão bem distinta daquela empregada pela doutrina civilística clássica, isto é, a de que a Carta Magna tinha um conteúdo programático, dirigida apenas ao legislador incumbido de produzir a lei ordinária para, através dessa, fazer valer a norma constitucional.

Assim, segundo tal visão tradicional, mesmo em caso de lacunas legais (art. 4º LINDB), a norma constitucional somente se aplicaria em caso último, por meio da invocação dos princípios gerais de direito que, por certo, jamais se confundem com os princípios constitucionais, até porque estes se situam no ápice do ordenamento jurídico e que, por isso mesmo, nunca podem ter um mero papel subsidiário ou periférico.¹⁰

Não há dúvida de que a aplicação do texto constitucional, como último expediente para colmatação legal, confundindo-o com um princípio geral do direito, resulta numa interpretação equivocada e, quiçá, teratológica.

Para melhor aclarar, é notória a distinção entre tais princípios, haja vista que, enquanto os princípios gerais são diretrizes para a colmatação de lacunas legais e são fontes subsidiárias do direito, segundo Maria Helena Diniz, também são “postulados de direito natural, verdades jurídicas universais, perenes e imutáveis, representando o que há de constante no direito, constituindo, por isso, o fundamento do direito positivo”.¹¹

Os princípios constitucionais, diferentemente, derivam da força normativa da Constituição, posto que “graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”¹² e que essa força normativa só é alcançada com a realização dessa pretensão de eficácia, a chamada “vontade da Constituição”¹³ a fim de que a Constituição não se torne tão apenas uma “folha de papel”¹⁴,

⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 589-593.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215.

¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

¹³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

¹⁴ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pillares, 2015, p. 61.

conforme vaticínio de Ferdinand Lassale.

Em relação ao segundo pressuposto – a unidade e complexidade do ordenamento jurídico – impõe-se consignar que o sistema jurídico é único e unitário, embora permeado por diversas fontes e múltiplas normas, normas essas até especializadas.

A despeito da avalanche de microssistemas jurídicos – leis especiais/extravagantes – que passaram a regular o direito civil especial, vale ressaltar que o direito civil constitucional se opõe a essa fragmentação, uma vez que busca a reunificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, de modo que a lei especial deve ser interpretada e aplicada não em conformidade com a sua lógica própria, mas, sim, em conformidade com os valores supremos da Constituição, a vontade da Constituição¹⁵, na dicção de Konrad Hesse.

A unidade do ordenamento jurídico não é comprometida por sua complexidade, pois a Constituição funciona como o centro unificador do sistema e as leis especiais, em igual sintonia, também são irradiadas/atingidas por sua principiologia. E para bem explicar esse pressuposto, Pietro Perlingieri assim elucida: “A unidade do ordenamento não exclui a pluralidade e a heterogeneidade das fontes: esta pluralidade encontra o seu momento unificador no ordenamento que concorre a produzir.”¹⁶

O terceiro pressuposto – interpretação com fins aplicativos – revela que, diferentemente da dogmática da Escola da Exegese, em que o juiz era a boca da lei (*bouche da la loi*), o direito civil constitucional não aprisiona o intérprete ao texto estrito da lei, pois lhe confere um poder discricionário e criativo vinculado à realização dos valores constitucionais.

Por conseguinte, cabe ao exegeta realizar a interpretação em sintonia com a unidade sistemática do ordenamento, iluminada pelos valores constitucionais e não atrelado aos interesses pessoais ou de grupos, posto que “as observações do preâmbulo da Carta são o norte da ação do intérprete e que as regras de direitos fundamentais são de vigência e de aplicação imediatas, por força de texto expresso.”¹⁷

Dessarte, em sede de hermenêutica, o positivismo legalista deve ser rechaçado, haja

¹⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24-27.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7-8.

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

vista que “o direito não está vinculado à letra da lei, mas à norma”¹⁸, com a ressalva de que o intérprete deve exercer seu legítimo juízo de discricionariedade, mas sem descambar para o arbítrio, sua ideologia ou sentimento pessoal.

Todavia, importa frisar que o juízo de discricionariedade, frise-se, legítimo, jamais pode se confundir com o juízo de arbitrariedade ou irracional, uma vez que este implica numa decisão *contra legem ou praeter legem*, resultando, ao cabo, numa decisão teratológica ou desmotivada.

Assim, no contexto da metodologia do direito civil constitucional, o juízo de discricionariedade deve ser exercido no âmbito da legalidade constitucional, para fins de conciliar a conveniente flexibilidade metodológica com a necessária previsibilidade e segurança.¹⁹

4 RELEITURA CRÍTICA DA METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

O Direito, produto cultural da humanidade, em essência visa à segurança jurídica em prol da promoção do ser humano.

Frise-se que “O Direito é ciência de raciocínio; curvando-se ante a razão, não perante o prestígio profissional de quem quer que seja”²⁰, posto que o argumento de autoridade (*ab auctoritate*), que prestigiava os autores, deve ser relativizado em busca da autoridade de argumento.

Apaixonar-se não é argumentar, eis um aforismo.

Como alhures abordado, a metodologia do direito civil constitucional tem premissas teóricas fundamentais, que devem ser observadas com rigor, sob pena da banalização ou frouxidão dessa metodologia.²¹

Na experiência pátria, corriqueiramente, vê-se a aplicação equivocada do direito civil

¹⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 55.

¹⁹ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 42.

²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 272.

²¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 592-597.

constitucional, quer seja porque o conflito posto é decidido de forma simplista, com base apenas em único artigo de lei, derivado de mera norma infralegal (portaria, provimento, resolução, nota técnica, etc.) ou de um microssistema jurídico (lei especial), olvidando-se, por conseguinte, da premissa de que a unidade do ordenamento jurídico não exclui a pluralidade e heterogeneidade das fontes.

Dessarte, com igual frequência vê-se a aplicação desmesurada – ao arrepio do método – de cláusulas gerais para solucionar conflitos com base na ideologia pessoal e até arbitrária do julgador, na esteira da chamada jurisprudência sentimental referida por Carlos Maximiliano²², o que provoca a confusão sobre o significado do juízo discricionário e do juízo arbitrário.

Nessa seara, por exemplo, basta lembrar o uso recorrente da cláusula geral da dignidade da pessoa humana como fundamento legal para uma miríade de casos, como se fosse uma panaceia jurídica, além do uso oportunista e pouco técnico das cláusulas gerais da função social do contrato, da boa-fé objetiva, do abuso de direito, da atividade de risco, dentre outras.

Na práxis judicial, igualmente, observa-se o uso inadequado da cláusula geral da boa-fé objetiva, mormente porque a locução boa-fé é de difícil conceituação, por se tratar de um sintagma, uma expressão semanticamente vaga ou aberta e/ou em razão da jurisprudência sentimental tão em moda, mas de notória colisão com a metodologia do direito civil constitucional.

Uma releitura crítica se faz necessária, a partir da prevalência de uma interpretação deontológica (jurisprudência dos valores) sobre uma interpretação teleológica da (jurisprudência dos conceitos), produto da Escola Pandectística e que sustentava uma aplicação neutra e formal do Direito.

Nesse toar, digno de nota é que a Escola das Pandectas, responsável pela elaboração de alguns conceitos jurídicos e princípios necessários a toda a ciência jurídica, se caracterizava pela abstração e desprezava o exame de outros dados culturais que pudessem influir no direito, uma vez que o direito deveria ser apenas a sistematização de conceitos. A Escola das Pandectas primava, em suma, pelo chamado agnosticismo cultural, regido por um método que se desdobrava em três fases: abstração, construção e sistematização.²³

²² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 83-86.

²³ GOMES, Orlando. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981, p.244-247.

Contudo, a partir da primeira metade do Século XX, inicia-se uma reação à jurisprudência dos conceitos, própria da Escola das Pandectas, caracterizada pelo formalismo, a fim de aproximar mais a lei da realidade social, tornando o direito mais operacional, pragmático e instrumental, surgindo assim a jurisprudência de valores, a qual defende o direito como um sistema de valores e que, por serem essenciais, também devem ser considerados na formulação da norma jurídica, pois o direito deve ser compreendido como um sistema de princípios, com a adoção de cláusulas gerais.²⁴

Modernamente, a despeito da prevalência da jurisprudência dos valores, impõe-se a observância de balizas metodológicas, a fim de evitar o ideologismo judicial, haja vista que, no mundo dos fatos, constata-se uma assintonia acerca da adequada mentalidade civil constitucional.

Ademais, deve-se atentar para que o intérprete/julgador não fique adstrito apenas ao texto da lei, mas, sim, ao ordenamento com um todo, mediante ponderada e razoável argumentação jurídica para a solução do caso concreto, sem resvalar, contudo, para o arbítrio judicial, para o subjetivismo extremado, para o chamado “pan-principiologismo” ou para a ‘cultura do decisionismo’, conforme lúcida explanação de Daniel Sarmento:

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça --, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador consegue fazer tudo o que quiser.²⁵

Nesse sentido, resta meridiano e escorreito que se deve evitar o excesso de ideologia, máxime a ideologia pessoal do juiz ou intérprete, de sorte que cabe ao juiz suprir as lacunas do ordenamento jurídico, com base em cláusulas gerais, para aperfeiçoar a lei, mas não pode “ignorar o direito positivo, para criar regras judiciais diversas ou contrárias às dispostas pelo legislador. Não cabe, em suma, à Justiça, transformar-se em fonte primária da norma jurídica,

²⁴ GOMES, Orlando. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981, p.248-249.

²⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 199.

colocando-se acima do Poder Legislativo”.²⁶

Induvidosa a legitimidade do juízo discricionário; todavia, o seu exercício deve respeitar o princípio da legalidade, não estando esse adstrito apenas à letra fria da lei, mas, sim, à norma inserida no ordenamento unitário e plural.

A justiça do caso concreto é a justiça na legalidade constitucional, isto é, fundada na equidade, sendo essa uma das acepções da razoabilidade, que significa um postulado ou uma metanorma²⁷ na lição de Humberto Ávila.

Impõe-se, assim, uma releitura crítica do direito civil constitucional, cabendo ao civilista moderno fazer a adequada simbiose (equilíbrio) entre o legalismo estrito e o subjetivismo jurídico²⁸, não permitindo que a metodologia do direito civil constitucional desbande para a ausência de método, sob a falácia da informalidade e liberdade extrema do julgador, ao arrepio até do direito posto, gerando notória insegurança jurídica.

5 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA BOA-FÉ OBJETIVA

Infere-se que a influência da boa fé no Direito tem um caráter universal, sendo considerada a alma das relações jurídicas.

O tema da boa-fé é complexo, com poucos estudos sobre sua historicidade na literatura nacional. No direito comparado, a obra-referência é a do Professor António Menezes Cordeiro, intitulada ‘Da Boa Fé no Direito Civil’, que já de início elucida a falta de estudo global sobre o assunto, analisado historicamente nos Direitos romano clássico, canônico e germânico em separado e sem qualquer conexão, com apenas registros de estudos parcelares.

²⁹

A origem histórica da boa-fé é primacial, inclusive para descortinar um certo ‘esquecimento’ histórico da boa-fé na sua acepção objetiva.

Nascida no Direito civil, a boa-fé se apresenta desde as fontes do Direito à sucessão testamentária, afora sua incidência nas obrigações (contratos), posse (benfeitorias/frutos),

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua função social**: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 144.

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 163-226.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. *In*: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 22.

²⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 41.

direitos reais, direito de família (casamento putativo), abuso de direito, dentre outros, o que evidencia o seu vasto alcance e sua importância prática.

Historicamente, desde a sua origem no Direito Romano, a noção de boa-fé garante diversos significados, razão porque não há um conceito comum e preciso a seu respeito, sendo compreendida como um patamar juscultural, a revelar um modo de decidir próprio de certa ordem sociojurídica, como assim elucida António Menezes Cordeiro: “A natureza juscultural da boa fé implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos”.³⁰

A boa-fé remonta à fundação de Roma, vinculada ao termo *fides* (confiança), que tinha pertinência com a ‘Clientela’, instituto estruturante da sociedade romana clássica, pois se constituía na promessa de proteção do patrício (cidadão romano) em relação ao plebeu, enquanto esse devia obediência àquele. Grosso modo, a ‘Clientela’ era uma espécie de vassalagem, na qual indivíduos ou famílias (*cliens*) (súditos) eram reduzidos ou se sujeitavam espontaneamente à dependência de um *gens* (*gentiles*), que lhe prometia proteção e assistência.

A *fides* primitiva significava a garantia/respeito à palavra dada, que resultou em três significados diversos, a saber – a *fides-sacra*, a *fides-facto* e a *fides-ética* – sendo a primeira (*fides-sacra*) constante da Lei das XII Tábuas; a segunda (*fides-facto*) associada à noção de garantia, promessa, Clientela e, por último, a *fides-ética* derivada da garantia com o sentido de uma conotação moral, de um dever, sendo essas as três vertentes da *fides* arcaica.³¹

Ao longo do tempo, também a *fides* teve outras significações, como, por exemplo, *fides-poder*, que caracterizava a posição do *pater*, que detinha o poder de dirigir a *gens*, não assistindo ao *cliens* nenhum direito de pretensão contra o patrão; a *fides-promessa*, relacionada a um ato de promessa de garantia e sujeição, ligada ao formalismo exterior da promessa, mas que depois assumiu outras significações além do instituto da ‘Clientela’, pertinentes a institutos promissórios.

Ocorre que, a evolução conturbada da *fides*, aplicada em situações diversas e até contraditórias, gerou perda de força significativa, por falta de expressão jurídica técnica, e que, em face disso, a *fides* teve apenas uma conotação mística capaz de provocar meras

³⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 18.

³¹ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 54-56.

reações afetivas nas pessoas, que se generalizou por uma utilização comum, exagerada e desgastada, depois apropriada na política de dominação romana.³²

Posteriormente, deu-se a transformação da *fides* em *bona fides*, cujo adjetivo *bona* implica em constranger a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra fria do contrato, mas segundo o espírito deste, enaltecendo, portanto, a lealdade à palavra dada por parte de quem é titular da *fides*. Inserida no ambiente das relações creditícias do tráfico comercial, a partir da confiança na conduta do outro, a *bona fides* passou a deter um conteúdo semântico próprio e distinto de suas acepções meramente éticas.

A partir da concepção da *bona fides*, passa-se para a chamada *bonae fidei iudicia*, isto é, um “instrumento técnico que conferia ao juiz a prerrogativa de decidir de acordo com a hipótese concreta, sendo também fonte de exigibilidade judicial de deveres”³³, tornando a *bona fides* um mecanismo produtor de deveres judicialmente exigidos.

O instituto da *bonae fidei iudicia* tinha uma alcance universal, aplicando-se a *cives e peregrini*, permitindo ao pretor romano uma maior liberdade no julgamento, desapegado do exagerado formalismo contratual, mas em consonância com o efetivamente prometido pelas partes, a fim de se obter a solução material do litígio e não apenas a formal.

A *bonae fidei iudicia*, ou ação de boa-fé, era uma ação que conferia poder ao juiz (*iudex*) para apreciar os fatos mais livremente, julgando *ex fide bona* (de acordo com a boa-fé), tendo por objeto não apenas relações fundadas na confiança, mas também outras em que predominava a transferência de valor econômico. Como exemplos, citam-se as ações que envolviam mandato, tutela, sociedade, fidúcia, compra e venda e locação.

Mediante a *bonae fidei iudicia*, o juiz podia aprofundar as questões de fundo da controvérsia, sem apego ao formalismo estrito, objetivando alcançar a solução material da querela, havendo, portanto, um preliminar ponto de contato entre a *bonae fidei iudicia* e a boa-fé objetiva.

Nesse diapasão, pertinente a lição de Clóvis V. do Couto e Silva:

A atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentium*, e posteriormente estendida às relações entre os *cives*, através do *ius honorarium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o árbitro do *iudex* se

³² CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 69.

³³ AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos eletrônicos: a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29.

ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico.³⁴

Ocorre que, diante o uso indiscriminado da *bona fides*, a sua noção sofreu generalizações e corrosões, o que implicou na perda do seu caráter objetivo, gerando o processo de diluição horizontal e vertical do conceito de boa-fé.

No tocante ao fenômeno da ‘diluição horizontal’, é explicada quando a expressão que qualifica um instituto jurídico concreto passa a designar um diferente instituto. Por exemplo, quando do surgimento da usucapião no direito romano, que tornou a *bona fides* um dos requisitos para sua obtenção, sob a acepção subjetiva (boa-fé subjetiva), isto é, a situação de consciência subjetiva de uma pessoa na crença de determinada situação jurídica, diferente, pois, do significado inicial da *fides*, como comportamento ético objetivo. Outro exemplo da diluição horizontal da boa-fé, também ocorre nos institutos do casamento e da acessão, no mesmo sentido do *bonae fidei possessio*, de ignorância de vícios.

De referência ao fenômeno da ‘diluição vertical’, é explicada quando a expressão que qualifica um instituto jurídico concreto comunica-se a um princípio de direito e passa a traduzi-lo. Por exemplo, quando a noção de *bona fides* passa a se confundir com a equidade (princípio jurídico), permitindo ao juiz flexibilizar a norma jurídica para a solução do caso concreto, tendo a equidade sido ampliada pelo Direito Canônico, quando da recepção do direito romano na Europa. Também ocorre a ‘diluição vertical’ quando o juiz confunde a boa-fé com o seu próprio sentimento de justiça e não segundo uma ordem concreta.

A diluição da boa-fé, derivada dessa complexa série de fatores, prova o enfraquecimento da sua acepção técnica e objetiva, e, por conseguinte, da sua relevante força expansiva.³⁵

O Direito Canônico tratou a boa-fé como ausência de pecado, fruto da doutrina cristã, sendo que, largamente influenciado pelo Direito Romano, igualmente não discorreu sobre o conceito de boa-fé.

Acerca da boa-fé canônica, sua característica mais relevante foi a unificação conceitual da boa-fé, seguindo o fenômeno da sua diluição horizontal, que somente era

³⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 32.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 80.

entendida na sua acepção subjetiva, ou seja, buscada no interior/consciência da pessoa e não no exterior – na sua conduta – uma vez que a acepção objetiva da boa-fé foi olvidada.

Assim, a noção da *bona fidei iudicia*, que valorizava o aspecto ético das partes, isto é, as respectivas condutas (boa-fé objetiva), foi esquecida pelo Direito Canônico, apesar da contribuição dada no tocante ao casamento putativo, para fins da manutenção do conúbio, quando um dos cônjuges estivesse de boa-fé (boa-fé subjetiva).

O Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão), que deu sustentação à Escola da Exegese, acolheu a boa-fé em ambas as acepções (subjetiva e objetiva), mas deu primazia a primeira (art. 550) e largamente se afastou da segunda, isto é, da noção de lealdade de comportamento do primitivo direito romano, tendo consagrado a boa-fé objetiva em apenas um único artigo (art. 1.134 III), conforme observa Karina Nunes Fritz.³⁶

Definitivamente, o Código de Napoleão, que influenciou diversos outros códigos, como, por exemplo, o nosso Código Civil de 1916, não acolheu a boa-fé objetiva, ou seja, nada se referiu à boa-fé como norma de conduta.

Produto da Escola Pandectística, a boa-fé germânica foi positivada no Código Civil Alemão (BGB, 1900) em ambas as acepções (subjetiva e objetiva), sendo esta última acolhida mediante o uso de cláusulas gerais (§§ 242 e 826), cuja importância foi realçada pela reforma do Direito das Obrigações (2001), atrelada ao princípio da confiança, após longo e rico trabalho jurisprudencial.

As ideias de lealdade/crença/confiança e reciprocidade de deveres foram fomentadas pelos juízes alemães à época, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, que confirmaram a boa-fé objetiva como uma regra de conduta leal e honesta a ser adotada pelas partes no comércio jurídico. Ademais, à vista da norma expressa do § 242 (BGB), aclamado como a consagração máxima da boa-fé objetiva, esta passou a orientar todo o ordenamento jurídico alemão como “parâmetro corretivo das normas legais, justificando o afastamento de uma regra quando essa conduza a um resultado inconciliável com a ideia de lealdade.”³⁷

Induvidosamente, foi o Direito Alemão que assentou a boa-fé objetiva como instrumento norteador de conduta das partes, a qual deve ser regrada pela lealdade, confiança,

³⁶ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 88.

³⁷ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96.

cooperação, mormente na consideração para com os interesses do *alter* em busca do fim colimado na obrigação.

No Direito Português, registre-se, o Código Civil de Seabra (1867), que vigorou por 100 (cem) anos, acolheu a boa-fé apenas sob a acepção subjetiva, mas o atual Código Civil de 1966, denominado Código Vaz Serra, revisado em 1977, adota um modelo híbrido, pois admite ambas as espécies, figurando a boa-fé subjetiva como regra (arts. 243º, 291º, 612º), mas também prevê a boa-fé objetiva (arts. 227º, 239º, 334º e 762º), como a culpa na formação dos contratos, o abuso do direito e a modificação do contrato por alteração das circunstâncias.³⁸

Já no Direito Italiano, embora não exista uma norma geral para a tutela da boa-fé, há inúmeras disposições que a prestigiam (Código da Navegação, Lei Cambiária, Lei sobre Cheques, Lei Falimentar, entre outras), valendo-se destacar a expressa menção à boa fé objetiva constante no Código Civil Italiano (arts. 1175, 1337, 1358, 1366, 1375), cuja incidência ocorre não só na execução do contrato, mas também na sua formação, como meio de integração, além de servir como cânone interpretativo.³⁹

No Direito Brasileiro, foi o Código Comercial de 1850 (art. 131, § 1º) que primeiro previu a boa-fé objetiva como um princípio interpretativo dos contratos comerciais, mas que, na prática, a doutrina e a jurisprudência não aproveitaram o seu potencial como fonte de direitos e obrigações, à vista do forte liberalismo da época, que repercutia no dogma do voluntarismo contratual.

O Código Civil de 1916, fundado na dogmática oitocentista, alicerçado no paradigma do individualismo e produto de uma sociedade colonial, previu apenas a boa-fé sob a acepção subjetiva, que diz respeito ao estado subjetivo/íntimo do sujeito acerca da ignorância da existência do direito do outro ou, então, um estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, conforme expresso regramento em sede da Parte Geral (arts. 109, 112), em Direito de Família (arts. 221, 255), em Direito das Coisas (arts. 490, 500, 510, 511, 514, 516, 549, 550, 551, 612, 619, 622), em Direito das Obrigações (arts. 933, 935, 968, 1.002, 1.072, 1.073), em Direito dos Contratos (1.272, 1.318, 1.321, 1.382, 1.477 e 1.507), dentre outros.

³⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 121.

³⁹ SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 58-60.

A despeito de ter sido prevista inicialmente no Código Comercial de 1850, mas sem qualquer consequência prática, a boa-fé objetiva foi positivada no Código de Defesa do Consumidor (CDC, arts. 4º, III e 51, IV), erigida à categoria de princípio consumerista, que autoriza a declaração de nulidade de cláusulas contratuais contrárias aos preceitos éticos, bem como repudia as práticas abusivas (CDC, art. 39).

Não obstante com enorme atraso em relação ao Direito Alemão, a boa-fé objetiva, também denominada de mandamento da honestidade, foi adotada expressamente no Código Civil de 2002 (arts. 113, 187 e 422), vinculada ao princípio geral da eticidade do Código de Reale, além de possuir liame com o postulado da dignidade da pessoa humana, valor supremo da Constituição Federal, assim como no Direito Alemão, a boa-fé objetiva tem raiz constitucional no personalismo ético (Constituição Alemã, art. 1º), em respeito à pessoa e à sua dignidade.⁴⁰

6 BOA FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO

A doutrina constitucional vivencia hoje “a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*”⁴¹, fazendo-se necessária a correta distinção entre princípios e regras, que são espécies de normas jurídicas.

Princípio e regra não se confundem, pois não exercem a mesma função, não se situam no mesmo nível e não têm a mesma eficácia, razão por que a diferenciação se impõe.

Diz-se que o princípio é uma norma com grau de generalidade relativamente alto, que se refere a valores estruturantes, ou seja, reporta-se a bases ou pilares do ordenamento jurídico, não se colide com outro princípio, ficando sujeito à ponderação (concorrência) sobre aquele que deve prevalecer, isto é, aquele que tiver maior peso no caso concreto.

O princípio garante um conteúdo axiológico e é conceituado como mandamento de otimização⁴², entendida a expressão mandamento em sentido amplo para incluir as permissões e proibições.

A regra, por sua vez, é uma norma que não possui conteúdo axiológico e que contém determinações no âmbito daquilo do que é fática e juridicamente possível, isto é, a regra

⁴⁰ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 105.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 43.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90.

sempre é satisfeita ou não satisfeita, pois institui um dever definitivo, independente das possibilidades fáticas e normativas, além do que, em caso de conflito entre regras, uma delas deve ser afastada ou considerada inválida. Para a aplicação da regra, usa-se o modelo subsuntivo, ou seja, o modelo tradicional de aplicação do direito, segundo o qual se realiza a subsunção dos fatos à norma, de sorte que a aplicação da regra se opera na modalidade tudo ou nada.

A boa-fé objetiva é um princípio e não uma regra, o qual deita raízes na *bona fides* do direito romano que “trazia em seu bojo uma expectativa de conduta objetiva, previsível e adequada aos parâmetros da sociedade romana, expectativa esta que se reportava aos ideais da *fides*, noção ética e moral.”⁴³

No direito canônico, a boa-fé é tratada como ausência de pecado.

A boa-fé objetiva foi prevista no Código Civil Alemão (*BGB*, § 242), tendo a jurisprudência alemã, a partir da Primeira Guerra Mundial, atribuído às partes deveres gerais de informação, de sigilo, de colaboração, impondo parâmetros (*standards*) de conduta contratual.

No Brasil, a boa-fé objetiva foi acolhida pelo Código Comercial de 1850 (art. 131, § 1º) como princípio interpretativo dos contratos comerciais, mas que não logrou êxito, à vista do liberalismo exacerbado vigente à época, tão apenas vinculado ao dogma da vontade.

Por seu turno, o Código Civil de 1916, fundado na dogmática oitocentista, apenas previu a boa-fé sob a acepção subjetiva, que diz respeito ao estado subjetivo/íntimo do sujeito acerca da ignorância da existência do direito do outro ou, então, a sua justificada convicção de ter um comportamento conforme o direito, tendo sido notadamente prevista no Direito das Coisas (arts. 490, 510, 514 e 516). Em outras palavras, a boa-fé subjetiva é compreendida como estado psicológico, um estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios.

A outro giro, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico, ou seja, uma regra de conduta, também denominada um ‘mandamento de conduta’ que “engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.”⁴⁴. Trata-se de um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse modelo objetivo, no sentido

⁴³ RUBINSTEIN, Flávio. **Boa fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 21.

⁴⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 33.

da honestidade, lealdade e probidade, devendo ser examinado, no caso concreto, o *status* pessoal e cultural dos envolvidos.

Hodiernamente, o Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma legal a prever a boa-fé objetiva (art. 4º, III e art. 51, IV) e o Código Civil de 2002 a regulou expressamente nos arts. 113, 187 e 422, sendo considerado um princípio social do contrato e até, segundo alguns, um “macroprincípio que absorveria os demais princípios do direito civil, especialmente no âmbito das obrigações civis.”⁴⁵

7 A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

À luz da doutrina majoritária, a exemplo de Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico veiculado mediante a técnica legislativa conhecida como cláusula geral, sendo essa uma norma que garante enunciado permeado de uma linguagem aberta, fluida, vaga, ou seja, uma linguagem que expressa um conteúdo jurídico impreciso, vários, múltiplo, permitindo ao juiz, no caso concreto, a integração de determinadas ocorrências não previstas pelos meios legislativos clássicos, facultando-lhe valer-se de conceitos metajurídicos.⁴⁶

Melhor dizendo, o princípio da boa-fé objetiva é materializado via cláusula geral, a qual pode ser compreendida como uma técnica de elaboração legislativa que se afasta do casuismo descritivo e antecipado da hipótese fática, mediante a adoção de termos semânticos abertos e plúrimos, permitindo a criação da norma para o caso específico.

A cláusula geral, técnica legislativa que viabiliza a boa-fé objetiva, é um poderoso instrumento à disposição do julgador e que, por permitir a abertura do sistema jurídico civil, autoriza a concretização da ordem pública constitucional, com a aplicação da norma para o caso concreto.⁴⁷

A boa-fé objetiva, também denominada de mandamento de conduta, é aplicável antes, durante e após o contrato, incidindo assim nas condutas *in contrahendo e post factum finitum*, na perspectiva de que, modernamente, a obrigação não deve ser entendida apenas como uma relação jurídica estática/linear entre credor e devedor, como assim era tida na dogmática

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 19.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 145.

⁴⁷ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 279.

clássica e, sim, como um processo, um sistema total e dinâmico, plural e solidário.

O *habitat* natural da boa-fé objetiva é o direito civil, especialmente o direito contratual/obligacional, no sentido de que ambos os contratantes (credor e devedor) devem agir com respeito aos deveres anexos de lealdade, probidade, cooperação, a fim de acautelarem as legítimas expectativas de ambos para o fim colimado no contrato.

Malgrado isso, a sua aplicação vem se expandindo às largas, ou seja, vem desbordando não só para outras searas jurídicas privadas (direito do consumidor e direito empresarial, por exemplo), mas também para outros ramos do direito público, não só em razão da sua tríplice função⁴⁸, a saber – função interpretativa e de colmatação (art. 113 CC), função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção (art. 422 CC) e função delimitadora do exercício de direitos subjetivos (art. 187 CC) -- mas também em face do esmaecimento da dicotomia entre direito público e direito privado (*summa divisio*).

Nesse diapasão, pois, a boa-fé objetiva, também conhecida como mandamento de lealdade, vem sendo aplicada em diversos ramos do direito público, tais como o direito penal, o direito administrativo, o direito processual, o direito internacional, o direito tributário/financeiro, o direito previdenciário, o direito ambiental e, quiçá, em sede de responsabilidade civil da administração pública por omissão específica, havendo, contudo, escassez de estudos doutrinários a respeito dessa expansão.

No direito administrativo, por exemplo, o princípio da moralidade pública (art. 37 *caput*, CF) tem total vinculação com o princípio da boa-fé objetiva⁴⁹, revelando assim que o Estado – um ente abstrato criado e dirigido por Homens – também deve agir segundo regras de honestidade e lealdade com os seus administrados, uma vez que todo sujeito de direito deve se conduzir conforme a boa-fé objetiva, independentemente de ser pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou de direito público.

Em suma, se o Século XX foi tido como a ‘Era dos Direitos’, o Século XXI pode ser compreendido como a ‘Era da Efetivação dos Direitos’, haja vista que, na sociedade pós-industrial em que se vive, a vítima – quer seja inserida numa relação jurídica privada ou pública não pode ficar irressarcida e ao desamparo, ou seja, esquecida no lugar-comum de que estava no lugar errado e na hora errada. Em verdade, todos, indistintamente, devem obedecer

⁴⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRDARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41.

⁴⁹ GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 227-318.

ao mandamento de lealdade (boa-fé objetiva), também de implícita matriz constitucional, quer como valor da solidariedade (art. 3º, I, CF), quer como princípio da moralidade (art. 37, *caput*, CF).

A boa-fé objetiva tem, portanto, notória força normativa, isto é, a chamada força do direito,⁵⁰ na lição de Pierre Bourdieu, razão por que sua vocação expansionista é uma realidade incontestada, desde que devidamente lastreada na adequada aplicação da metodologia do direito civil constitucional.

8 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva acha-se umbilicalmente atrelado ao princípio da eticidade, um dos princípios básicos do Código Civil, que se funda no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores, priorizando a equidade, a boa-fé, a justa causa, o estado de confiança aplicável às relações negociais e não negociais.

Mas para que serve a boa-fé objetiva? Qual a sua razão justificadora?

Aclarar os aspectos funcionais e finalísticos de qualquer instituto jurídico é primacial, posto que, no dizer de Rudolf Von Ihering, “a essência do direito é a realização prática.”⁵¹ Ademais, convém apontar e delimitar as suas funções, a fim de que a noção de boa-fé objetiva não se transforme em um conjunto de palavras encantadas.⁵²

Na doutrina, há um consenso acerca das três funções da boa-fé objetiva, a saber: uma função hermenêutica; uma função de criação de deveres anexos ou de proteção e, por fim, uma função corretora.

Quanto à primeira – função hermenêutica, interpretativa e de colmatação – diz respeito à ciência da Hermenêutica Jurídica, que significa “a teoria científica da arte de interpretar”,⁵³ a fim de determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Tal função guarda liame com o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, sendo este dispositivo ligado ao princípio da socialidade, também estruturante do Código Civil.

⁵⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989, p. 209-254.

⁵¹ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 45.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 481.

⁵³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1.

Também guarda nexos com o art. 112 do Código Civil (nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem) e, ‘especialmente’, com o art. 113 do referido Diploma (os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração), de sorte que cabe ao intérprete aplicar ambas as Teorias (da Vontade e da Declaração) em conjunto, afastando-se dos respectivos extremos, a fim de buscar não apenas a vontade interna e, sim, a vontade consubstanciada na declaração, ou seja, buscar o conteúdo da declaração deduzido no âmbito das circunstâncias do caso específico, no sentido de acautelar a lealdade e legítima confiança do outrem, o receptor da declaração.

Assim, ante as dúvidas, obscuridades ou contradições, a boa-fé objetiva, enquanto princípio, importa num critério irrecusável hermenêutico dos contratos, cabendo ao intérprete não apenas guiar-se pela vontade das partes, mas também observar se as condutas são escorregadas em prol da lealdade, honestidade, probidade, enfim, das legítimas expectativas de ambas.⁵⁴

A boa fé objetiva é um cânone hermenêutico, um instrumental a serviço do intérprete, que deve buscar, no caso – *in concreto* –, se a parte efetivamente obrou conforme a vontade consubstanciada na declaração, em respeito à Teoria da Confiança, haja vista que o negócio jurídico (contrato) deve ser interpretado segundo o cânone da totalidade e da coerência, observando-se não só o texto contratual, mas, também, a conduta dos contraentes, em vista de sua finalidade econômico-social almejada.

A Teoria da Confiança acha-se expressamente prevista no Código Civil de 2002, nos termos do art. 138 – são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do caso – albergando o entendimento de raiz objetiva, isto é, sem a necessidade de perquirição sobre a vontade íntima do agente, devendo ser objeto de análise apenas “a declaração em si e o comportamento adotado pelo declaratório, se condizente ou não com os ditames da boa-fé”,⁵⁵ valendo-se destacar, em reforço, a adoção do Princípio da Confiança, conforme Enunciado 12 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça

⁵⁴ BIERWAGEM, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

⁵⁵ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 104.

Federal, *verbis*: “Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”.

Nessa função hermenêutica, por sinal, a mais conhecida entre as demais, cabe ao juiz suprir lacunas contratuais, interpretar cláusulas duvidosas ou examinar a conduta do contratante, segundo a confiança e a lealdade recíprocas, tendo em conta os padrões observados pelas pessoas corretas/honestas/probas no meio social em que o negócio jurídico se aperfeiçoou.

Quanto à segunda – função criadora de deveres anexos ou de proteção – prevista no art. 422 do Código Civil, diz respeito ao surgimento de ‘deveres de consideração’, próprios da função complementadora da boa-fé objetiva, mas que não estão previstos pelas partes no momento da celebração do negócio jurídico.

A partir do advento da teoria da quebra da base do negócio jurídico, gestada pioneiramente por Paul Oertmann, a relação jurídica obrigacional, até então entendida como uma ‘relação estática’, em que o credor tinha o direito de exigir a pretensão e o devedor o dever de pagar, sofreu grave mudança de paradigma, passando a admitir a alteração do contrato se, durante a sua execução, advieram fatos relevantes que justifiquem a alteração do que fora contratado.

Diferentemente do sistema contratual clássico do século XIX, fundado no valor supremo da vontade, ao ponto de afirmar-se *qui dit contractuel dit juste*, à vista do largo prestígio do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), e, por via reflexa, pelo desprestígio da cláusula *rebus sic stantibus*, somente no século XX, a partir dos estudos de Karl Larenz, busca-se descortinar se a intenção geral dos contratantes pode ainda efetivar-se em face das modificações econômicas sobrevindas no curso do contrato.

O conceito de ‘base objetiva do negócio jurídico’, que foi acolhido pelo direito pátrio, leva em conta não apenas a posição de um dos contratantes, mas de ambos, bem como revela uma ‘tensão/polarização’ entre os aspectos voluntaristas do contrato (aspecto subjetivo) e o seu meio econômico (aspecto institucional), o que permite ao juiz, com fundamento na boa fé objetiva, uma compreensão objetiva (institucional) do negócio jurídico, conferindo-lhe maior liberdade no sentido de adaptar o contrato à realidade subjacente.⁵⁶

⁵⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 90-91.

Nesse sentido, a obrigação passou a ser compreendida como um processo dinâmico e solidário, conferindo direitos e deveres recíprocos a ambos, credor e devedor, não apenas para satisfazer os interesses do credor, como assim era o paradigma clássico, mas fundamentalmente visando a alcançar o adimplemento contratual, com a satisfação conjunta de ambos.

A boa fé objetiva confere conteúdo normativo a esses deveres de conduta, também conhecidos como deveres de consideração, deveres esses que evidenciam as ideias de lealdade, cooperação, solidariedade, em consideração pelo parceiro contratante.

Os deveres de consideração não integram um rol taxativo ou exaustivo, uma vez que devem ser identificados no caso concreto, haja vista que o art. 422 do Código Civil não os nominou, até porque se trata de uma cláusula geral (os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé).

Observe-se, contudo, acerca da distinção entre os deveres de prestação e os deveres de conduta. Quanto aos primeiros (deveres de prestação), compõem a alma da relação obrigacional e definem o tipo de negócio entabulado pelas partes, como, por exemplo, no contrato de compra e venda, o vendedor tem o dever de entregar o bem e o comprador tem o dever de pagar o preço. Já os segundos (deveres de conduta), são tidos como deveres de prestação secundários e não se vinculam a um determinado tipo contratual, mas podem ocorrer em qualquer tipo contratual, além do que são evidenciados no transcurso da execução do contrato, diferente, pois, dos deveres de prestação, que são delimitados desde o nascedouro da obrigação.⁵⁷

Uma característica relevante dos deveres de consideração é a de que eles independem da vontade dos contratantes, pois até surgem contra a vontade deles, haja vista que não se fundam na autonomia privada das partes, mas derivam do princípio da boa-fé objetiva, uma norma cogente ou de ordem pública.

Considerando a concepção moderna da obrigação – complexa, plural, solidária – há uma gama considerável de deveres de conduta (consideração), merecendo destaque os principais:

O dever de lealdade – as partes devem agir no sentido do adimplemento satisfatório da avença, não de acordo com o sentido literal do texto contratual, mas segundo o espírito da relação obrigacional, levando em conta as legítimas expectativas dos envolvidos. Impõe-se,

⁵⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79, v.1.

pois, que as partes atuem conforme uma conduta honesta, proba, ética, posto que, segundo advertência de António Menezes Cordeiro, “os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”.⁵⁸

O dever de proteção, também conhecido como dever de cuidado ou de segurança – as partes devem agir, no curso da execução do contrato, no sentido de evitar que sejam causados danos ao patrimônio ou à pessoa do parceiro contratante, ou melhor, visar a “afastar ou minimizar os riscos e os eventuais prejuízos que podem atingir a própria pessoa (direitos da personalidade) e seu patrimônio”.⁵⁹ Vale registrar, contudo, que o direito pátrio não aplica com ênfase esse dever, pois o remete à regra geral da responsabilidade civil.

O dever de informação – as partes devem prestar esclarecimentos mútuos sobre todos os aspectos da relação contratual, desde a fase pré-negocial até a fase pós-negocial. Ressalte-se que o dever de informação alcança outros ‘sub-deveres’, como, por exemplo, os deveres de esclarecimento, conselho e advertência, que exigem a informação clara e precisa sobre o produto ou serviço adquirido, no que se refere ao seu funcionamento, adequação, riscos, garantia, licenças de uso, manuseio, dentre outros.

O dever de assistência, também conhecido como dever de cooperação – as partes devem prestar assistência em relação ao objeto do contrato, durante e após a sua execução, como, por exemplo, no caso das montadoras de veículos, que continuam obrigadas a fornecer as peças de reposição, mesmo após o encerramento de sua produção, ou, ainda, no dever de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, não dificultando o pagamento por parte do devedor, tudo em prol das legítimas expectativas dos contratantes, mormente do cliente consumidor.

O dever de sigilo, também conhecido como dever de confidencialidade – as partes devem, desde a fase preliminar, guardar segredo ou sigilo acerca das informações potencialmente lesivas para a contraparte, ou seja, devem manter sigilo sobre os atos ou fatos sobre os quais se teve conhecimento em razão do contrato. Malgrado isso, contudo, registre-se que esse dever é reiteradamente violado, mormente após o término do contrato, em detrimento

⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 606.

⁵⁹ MORAIS, Ezequiel. **A boa-fé objetiva pré-contratual**: deveres anexos de conduta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 105.

da confiança, lealdade e honestidade que são ínsitas a todos os deveres de consideração ou conduta.

Quanto à terceira – função corretora/delimitadora do exercício de direitos subjetivos – acha-se expressa no art. 187 do Código Civil (também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes), sendo considerada uma “função *corretora das condutas* no momento do exercício de direito, faculdades, pretensões, ações, exceções e ônus.”⁶⁰

Convém explicar, *a priori*, que a expressão abuso de direito é contraditória, pois o direito sempre é lícito, o que pode ser ilícito é o exercício do direito, a forma da sua exigibilidade, de sorte que mais correta seria a expressão abuso no exercício do direito ou exercício abusivo do direito.⁶¹

Contudo, não há dúvida de que a teoria do abuso de direito tem estreita ligação com a boa-fé objetiva, conforme preleciona Teresa Negreiros:

Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.⁶²

Referida função tem por escopo evitar o exercício anômalo, desmedido, disfuncional, desviado ou abusivo de direitos subjetivos, recorrente no ordenamento jurídico em geral (público e privado) e com especial incidência nas chamadas cláusulas abusivas ou leoninas, cujo rol enunciativo acha-se previsto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, gerando nulidade plena, passíveis de reconhecimento *ex officio* pelo juiz, afora a vedação das práticas abusivas do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, igualmente coibidas, por abusividade.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 625.

⁶¹ CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 256.

⁶² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 141.

À luz da sólida doutrina, a dicção do art. 187 do Código Civil informa que se trata de um comando normativo limitador do exercício de direitos subjetivos, no sentido de acautelar a finalidade do direito, sendo despiendo perquirir-se a intenção da parte em querer prejudicar o outrem, bastando apenas o comportamento desleal, ao arrepio dos deveres de consideração, o que já caracteriza a abusividade da conduta, em detrimento da boa-fé objetiva (mandamento de honestidade).

Em sede dessa finalidade, não se discute o elemento culpa do agente abusador, pois o dever de reparar nasce de forma objetiva, à vista do seu comportamento antiético ou desleal no exercício disfuncional do direito, consoante entendimento já sufragado no Enunciado 37 do CEJ: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Ademais, sendo essa função a mais prestante/recorrente da boa-fé objetiva, por se achar atrelada a outra cláusula geral – por abuso do direito – e, considerando que há diversas modalidades específicas de atos abusivos, que se apresentam mediante formas e feições diversas, disso decorre o surgimento de figuras ou deveres parcelares, de grande alcance prático, aplicáveis em sede de Direito Privado e Público.

Ad exemplum, eis alguns deveres parcelares, melhor descritos ao longo do estudo, a saber – *supressio*, *surrectio*, *venire contra factum proprium*, *duty to mitigate the loss*, *tu quoque*, *exceptio doli*, *clausula de stoppel*, o adimplemento substancial (*substancial performance*) e a violação positiva do contrato – o que evidencia a recorrência prática dessas condutas ou direitos abusivos na jurisprudência pátria, bem como revela a amiúde sedimentação doutrinária firmada em diversos Enunciados das Jornadas de Direito Civil (Ens. 37, 413, 414, 539 e 617, CEJ), afora o Enunciado 412 CEJ: “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.”

9 OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO

À luz da doutrina clássica, que remonta ao Direito Romano, a obrigação era concebida como uma relação jurídica linear e estática, segundo a qual haveria uma única sujeição entre credor e devedor, mediante a qual cabia ao credor determinado direito subjetivo e, ao devedor, o específico e correspondente dever jurídico. De acordo com essa concepção oitocentista,

fundada no dogma da autonomia da vontade, própria do Estado Liberal, o único objeto da relação obrigacional seria a obrigação principal, traduzida em uma prestação de dar, fazer ou não fazer, mediante um “vínculo eminentemente bipolar, que liga uma parte, a credora, titular do direito subjetivo (crédito), a outra, parte devedora, titular do dever jurídico (dívida).”⁶³

Sob essa ótica voluntarista, prevalecia o individualismo extremo, uma vez que, na contratação, credor e devedor mantinham-se em posições apartadas, estanques e segregadas, não obstante fosse conferido poder real apenas a uma das vontades, a do credor, subordinando o devedor como único responsável pelo cumprimento da prestação em face daquele.

Tal concepção tradicional da obrigação foi assim compreendida pela doutrina clássica (brasileira e portuguesa), valendo-se destacar os seguintes conceitos:

Clóvis Beviláqua: é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por acto nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa acção ou omissão.⁶⁴

J.M.de Carvalho Santos: A obrigação é a relação jurídica patrimonial em virtude da qual o devedor é vinculado a uma prestação de índole positiva, ou negativa para com o credor (POLACCO, *Obbligazioni*, nº 1).....Consiste, por conseguinte, a substância das obrigações em ser alguém constrangido a dar, fazer ou prestar alguma coisa....A obrigação atua no interesse do credor, pelo menos em regra. Por isso mesmo este não tem senão direito, mas não obrigação de cooperar, de sua parte, para o adimplemento da prestação....⁶⁵

Orlando Gomes: A *obrigação* pertence à categoria das relações jurídicas de natureza *pessoal*...Obrigação é um *vínculo jurídico* em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra...Elemento decisivo do conceito é a *prestação*. Para constituir uma *relação obrigacional*, uma das partes tem de se comprometer a *dare, facere ou praestere*....Necessário, finalmente, que a *prestação* satisfaça o interesse do titular do direito de crédito, porque o vínculo se estabelece estritamente para esse fim..⁶⁶

Silvio Rodrigues: É o vínculo de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo)...O sujeito ativo tem a expectativa de obter do devedor o desempenho da obrigação, isto é, o

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 218.

⁶⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 14.

⁶⁵ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro interpretado**: parte geral. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 11, p. 6.

⁶⁶ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16.

fornecimento da prestação, enquanto ao *sujeito passivo* cumpre o dever de colaborar com o credor, fornecendo-lhe a prestação devida...Note-se que na espécie surge uma limitação à liberdade do devedor, que deve dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outrem. Mas tal limitação ou adveio de sua vontade, ou de seu comportamento desastrado (hipótese de ato ilícito), ou derivou de imposição legal...e, na hipótese de inadimplemento, pode o credor colher, judicialmente no patrimônio do devedor, recursos para a satisfação de seu direito.⁶⁷

Washington de Barros Monteiro: ...obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio...O objeto da obrigação consiste numa *prestação pessoal*. Só a própria pessoa vinculada, ou o seu subrogado, adstrita está ao cumprimento da prestação. A obrigação submete exclusivamente o devedor, ou seu sucessor...Esse objeto da prestação, positivo ou negativo, constitui precisamente a coisa ou o fato *devido pelo obrigado ao credor*; é o elemento objetivo, a ser prestado pelo primeiro ao segundo, ou que este tem direito de exigir daquele.⁶⁸

Inocência Galvão Telles: Em sentido restrito e próprio, *obrigação* é uma categoria específica, bem individualizada, que se contrapõe a outras categorias: a *sujeição* e o *ônus*. Tem de característico achar-se determinada pessoa adstrita a fazer ou não fazer algo no interesse de outra, também determinada (ou determinável). Este algo designa-se tecnicamente por *prestação*...A prestação a que se encontra adstrito o devedor destina-se a satisfazer um *interesse do credor*, de conteúdo econômico ou não. Esse interesse, representando o *fim* da obrigação, desempenha papel de fundamental importância na vida desta.⁶⁹

Re vera, a leitura meridiana dos conceitos denota, às claras, que tão apenas cabia ao devedor o dever de cooperar com o credor, isto é, realizar a prestação assumida, assistindo a esse o direito exclusivo de exigi-la, mas sem o dever de cooperação para o adimplemento da prestação.

A obrigação existia, pois, tão apenas em função e para atender os interesses do credor, posto que o dever de colaboração para o cumprimento da obrigação era – exclusivamente – a cargo do devedor.

A bem se ver, essa noção estática e linear da obrigação decorre da concepção atomística do mundo, segundo a qual se considera que o mundo é formado pelo conjunto dos

⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 3-6.

⁶⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. 32 ed. **Curso de direito civil**: direito das obrigações 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8-11.

⁶⁹ TELLES, Inocência Galvão. 7 ed. **Direito das obrigações**. Portugal: Coimbra, 2010, p. 10-13.

seus menores elementos, os átomos, os quais, existentes por si, não estão necessariamente interligados. Ainda que tal concepção não seja equivocada, conforme abalizada doutrina (Judith Martins-Costa)⁷⁰, haja vista que em toda relação obrigacional há a constituição de direitos subjetivos de crédito e de deveres jurídicos de dívida – tal concepção é ‘insuficiente’, pois não consegue abarcar a obrigação sob a concepção de totalidade, hodiernamente inserida numa sociedade plural, hipercomplexa e consumista.

À vista da modernidade, mormente a partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, surge a noção de obrigação como processo, ou seja, a concepção de que a relação obrigacional está atrelada a um determinado fim, que não pode ser alcançado pela simples análise da linearidade das prestações principais.

Na sociedade atual – aberta, multifacetária, desigual e globalizada – a obrigação deve ser aplicada à luz da legalidade constitucional, objetivando dar efetividade e concretude aos princípios da igualdade (igualdade real/material), solidariedade e dignidade da pessoa humana, princípios estruturantes do direito civil constitucional.

A obrigação como processo é o título da tese apresentada pelo genial Clóvis V. do Couto e Silva, jurista gaúcho, ao candidatar-se à cátedra de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1964, quando ainda tinha 33 anos. Nada obstante publicada há mais de 40 anos (1976), a obra é uma referência na literatura jurídica pátria, à vista da clareza, modernidade e rigor técnico, na qual o autor, com apoio na doutrina alemã, apresenta a boa-fé objetiva como princípio relevante do direito das obrigações, isto é, “como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos.”⁷¹

A concepção da obrigação como processo ou como totalidade tem raiz no direito germânico, a partir de diversos autores alemães, especialmente os estudos de Karl Larenz (teoria da base do negócio jurídico), devendo-se ressaltar que o princípio da boa-fé, embora ligado geneticamente ao direito romano, só ganhou expressão e significância modernas após ser incorporado ao Código Civil alemão (§ 242, BGB), afora os valiosos subsídios da jurisprudência germânica.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 218-219.

⁷¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 33.

O princípio da boa-fé objetiva, também conhecido como mandamento de lealdade, de conduta, de honestidade, por muitos anos ficou ao limbo na doutrina brasileira, diante do arraigado positivismo jurídico pátrio, que repercutiu no Código Civil de 1916, pois apenas previu a boa-fé subjetiva, ainda que o Código Comercial de 1850 (art. 131, I) prevísse a boa-fé objetiva, mas sem eficácia prática. Apesar disso, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (1990), que a previu expressamente (art. 4º, III e art. 51, IV), depois reiterado pelo Código Civil (arts. 113, 187 e 422), os estudos doutrinários e a sua aplicação jurisprudencial ganharam alento, ao ponto de o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a quem compete modular a direito nacional, até o dia 10 de agosto de 2012 já tenha proferido 216 acórdãos indexados ao verbete ‘boa-fé objetiva’, da seguinte forma: “deles, cerca de 26% tratavam de relações obrigacionais que envolvem Direito Civil; 24% de relações de Direito Público (sobretudo Administrativo e Tributário); 22% de situações de Direito Processual ou relativas a procedimento arbitral; 20%, de Direito do Consumidor; e 8% apenas, de Direito Empresarial.”⁷²

A obrigação como processo deve ser compreendida como um sistema de processos, concebida sob o ângulo da totalidade, isto é, uma série de atividades exigidas de ambas as partes para a consecução de uma finalidade, que é o seu adimplemento, de modo que o cumprimento da obrigação ocorra de maneira mais satisfatória para o credor e menos onerosa para o devedor, uma vez que os direitos, deveres, faculdades e ônus estão finalisticamente interligados.

A concepção contemporânea da relação obrigacional resulta na imposição de outros deveres às partes, além daqueles tradicionalmente derivados da vontade, via prestações principais. A ideia da obrigação como processo é de que se trata de uma relação jurídica complexa, dinâmica, plural, cooperativa e solidária, pela qual se exige de ambas as partes (inclusive do credor) uma série de condutas no sentido de buscar o adimplemento, posto que, sob o ângulo da ‘totalidade’, os deveres não nascem apenas da vontade, mas também da incidência da boa-fé objetiva.

Assim, a obrigação como processo deve ser vista como uma totalidade, imantada pelo véu da cooperação, haja vista que “credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas,

⁷² MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). In: MARTINS COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de. **Estudos de direito privado e processual civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 190-191.

dialéticas e polêmicas”⁷³, mas devem agir objetivando o seu adimplemento, pois “é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo”.⁷⁴

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo abordou a boa-fé objetiva à luz da legalidade civil constitucional, cuja metodologia se funda em três premissas básicas – natureza normativa da Constituição; unidade e complexidade do ordenamento jurídico e a interpretação com fins aplicativos – tendo concluído que a cláusula geral da boa-fé objetiva deve ser aplicada segundo dita metodologia, sob pena de ser banalizada, para fins de equilibrar o estrito legalismo e o subjetivismo judicial.

Conclui-se que a boa-fé tem um caráter universal, isto é, possui uma natureza juscultural decorrente da criação humana ao longo da história, além de ser definida como a alma das relações jurídicas.

Nascida no direito civil, sua origem remonta à fundação de Roma, vinculada ao termo *fides* (confiança), que tinha pertinência com a ‘Clientela’, instituto que estruturou a sociedade romana clássica. Observou-se que teve várias significações (*fides-sacra*, *fides- facta*, *fides-ética*, *bona-fides*, *bonae fidei judicia*), sendo essa última apontada como um liame histórico com a boa-fé objetiva, pois permitia ao exegeta afastar-se do formalismo e buscar a solução material da contenda. Também fez-se alusão ao Direito Canônico, ao Código Civil Francês, ao Código Civil Alemão, aos Códigos Civis Português e Italiano, ao Código Comercial Brasileiro de 1850 e, por fim, ao Código Civil de 1916, ao Código Civil de 2002 e ao Código de Defesa do Consumidor.

Da análise histórica, inferiu-se que o Direito Alemão, a partir da norma expressa do § 242 (*BGB*) – uma cláusula geral aclamada como máxima da boa-fé objetiva – foi aquele que melhor realçou, via jurisprudência, a boa-fé objetiva como um parâmetro corretivo de normas legais, ou seja, um instrumento norteador de condutas das partes a ser regrada pela confiança, lealdade, cooperação, em prol do fim colimado no contrato, além do que apontou o liame entre a boa-fé objetiva e o personalismo ético (dignidade humana) da Constituição Alemã (art. 1º).

⁷³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 19.

⁷⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018, p. 21.

Enquanto uma cláusula geral expressamente prevista, primeiramente, no Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º III e 51 IV) e, após, no Código Civil (arts. 113, 187 e 422), conclui-se que a boa-fé objetiva é um princípio e não uma regra, sendo considerado, dentre os demais princípios contratuais, o mais sedimentado na doutrina e na jurisprudência, não obstante a sua desmesurada e imprecisa aplicação judicial, largamente fundada em decisionismos.

Outrossim, concluiu-se que a boa-fé objetiva, também denominada de mandamento de honestidade, de lealdade, de conduta, deve ser aplicada antes, durante e após o contrato, devendo ambos os contraentes (credor e devedor) observarem os ‘deveres de consideração’, para fins de preservar as legítimas expectativas em prol do fim do contrato.

De forma amiúde, atestou-se, ainda, a tríplice função da boa-fé objetiva, concluindo-se que sua incidência vai além do direito privado e atinge o direito público, posto que tem vinculação a princípios constitucionais, à vista da superação da *summa divisio*.

Por fim, confirmou-se que a boa-fé objetiva, diferentemente da obrigação clássica, deve ser compreendida como um processo, no sentido de que ambas as partes (credor e devedor), reciprocamente, devem agir de forma cooperada e solidária, para fins de assegurarem suas legítimas expectativas, não apenas em obediência à vontade contratada (prestação principal), mas também em razão dos deveres anexos, laterais ou secundários ínsitos à boa-fé objetiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3.ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2000.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos eletrônicos: a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade**. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BIERWAGEM, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro interpretado: parte geral**. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 11.

CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2018.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2012.

GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOMES, Orlando. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. **Obrigações**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pillares, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Boa fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança.** São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). *In*: MARTINS COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de. **Estudos de direito privado e processual civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTEIRO, Washington de Barros. 32 ed. **Curso de direito civil: direito das obrigações 1ª parte.** São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional.** Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, Rio de Janeiro, v. 17, n.65, 1993.

MORAIS, Ezequiel. **A boa-fé objetiva pré-contratual: deveres anexos de conduta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRDARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa fé e sua aplicação no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **O Direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral das obrigações**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

RUBINSTEIN, Flávio. **Boa fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. *In*: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TELLES, Inocência Galvão. 7 ed. **Direito das obrigações**. Portugal: Coimbra, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil: temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.