
A BOA-FÉ NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

GOOD FAITH IN BUSINESS RELATIONS

Ana Paula Parra Leite*

Resumo: Em decorrência de modificações ideológicas que implicaram na evolução da concepção do Estado de Liberal para um Estado Social, paulatinamente, houve a intervenção do Estado nas relações privadas, que passaram a ter contornos de socialidade. Atento a isto, o legislador pátrio elaborou o Código Civil de 2002, um texto inspirado em ditames constitucionais de igualdade, dignidade da pessoa humana e solidariedade. Fundado nesta nova ideologia, os contratos sofreram inúmeras modificações, sempre na observância dos princípios informadores do novo *codex*, quais sejam: eticidade, socialidade e operabilidade. Nesse sentido, importante é o estudo da boa-fé objetiva com suas funções hermenêutico-integrativa, criadora de deveres laterais, anexos ou instrumentais e limitadora de direitos subjetivos.

Palavras-chave: Contratos. Princípios. Boa-fé.

Abstract: As a consequence of ideological changes, that implicated the evolution of the conception of State, from Liberal to a Social one, gradually there was an intervention of the State in private relationships, that gained a proper sociality. With attention to that, the legislator elaborated the Civil Code of 2002, a text inspired by constitutional dictates of equality, dignity of the human being and solidarity. Based on this new ideology, the contracts suffered too many changes, always concerning to the principles that inform the new codex, which are: ethics, sociality and operability. In the same way, it is important the study of the objective good faith and its hermeneutical and integrative functions, that creates lateral obligations, annex or instrumental, and limiter of the subjective rights.

Key-words: Contracts. Principles. Good faith.

* Advogada graduada pela Universidade Estadual de Londrina, Professora da Universidade Estadual de Ponta Grossa e da Escola da Magistratura do Paraná, Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP e Doutoranda em Direito Civil pela USP. E-mail: parra-leite@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, concebeu-se o Direito como formado por dois ramos estanques, distintos: o Direito Público e o Direito Privado.

Entretanto, essa dicotomia restou ultrapassada, sendo que inúmeros institutos tradicionalmente concebidos como de Direito Privado, passaram a sofrer um processo de publicação.

Nas palavras de Marcos de Campos Ludwig (2002, p. 99) “não podemos mais conceber o direito privado como um feudo, dentro do qual reina a vontade absoluta de seu senhor”. E prossegue: “Tampouco logra persistir a imagem do direito privado como ramo jurídico formado apenas por normas dispositivas - em oposição ao direito público, reino das normas cogentes, ou de ordem pública”.

É o que aconteceu, por exemplo, como direito de propriedade, que na atualidade deve exercer uma função social.

Da mesma forma, as relações negociais receberam tamanha influência de disposições constitucionais garantidoras de direitos fundamentais que é possível falar-se em uma “constitucionalização no direito privado”.

E é justamente sobre a influência da Constituição nos negócios jurídicos, mas especificamente com o advento do Código Civil de 2002, que se passa a discorrer.

2 MODIFICAÇÕES IDEOLÓGICAS FUNDAMENTADORAS DA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE CONTRATAR

Uma modificação trazida pelo Código Civil/2003 à liberdade de contratar está em impor o seu exercício “em razão e nos limites da função social do contrato”.

Não obstante tenha sido inserida expressamente no nosso ordenamento jurídico apenas com o advento do Código Civil/2002, não se quer afirmar que a exigência de que o contrato tivesse uma função social já não estivesse inserida no nosso ordenamento jurídico antes mesmo da entrada em vigor deste *codex*.

Até que chegássemos à *função social* do contrato no contexto atual, necessário se faz traçar um breve paralelo entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002.

O Código Civil de 1916 foi elaborado na esteira do pensamento da grande codificação que foi o Código Civil francês, conhecido como o Código de Napoleão.

Com a elaboração do Código de Napoleão, o que se pretendia era assegurar,

através de um texto escrito, todos aqueles direito pelos quais os franceses tanto lutaram por ocasião da Revolução Francesa, mormente, os direitos à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Imperava no momento da entrada em vigor do Código Civil de Napoleão, assim como no momento da entrada em vigor do nosso Código Civil de 1916, um Estado liberal, um Estado não-intervencionista, o que implicava em uma liberdade de contratar e em uma igualdade entre as partes, mas uma igualdade formal. Imperava, é bem verdade, um individualismo exacerbado, não havendo qualquer preocupação com a justiça, ou seja, “se afinal o contrato guardava ou não uma distribuição equitativa de ônus e riscos” (SAMPAIO, 2004, p. 14).

Nas palavras de Teresa Negreiros, a vontade era o cerne do contrato e o liberalismo econômico inspirava-se na valorização da vontade individual como elemento de garantia do equilíbrio econômico e da prosperidade (NEGREIROS, 2002, p. 26-27).

Havia uma crença de que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual (SAMPAIO, 2004, p. 11).

A liberdade contratual tinha como fonte uma liberdade individual quase que absoluta, em um tempo marcado pelo “forte individualismo, em que se concedia a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade sua atividade econômica. Os limites à autonomia da vontade haviam de ser aqueles estritamente necessários a manter a convivência social” (SAMPAIO, 2004, p. 11).

Nesse contexto, forte na concepção individualista, em que as partes poderiam determinar os efeitos que desejassem através de seus negócios jurídicos, o Código Civil francês proclamava no seu artigo 1.134 ser o contrato lei entre as partes. O Código Civil de 1916 surgiu com este mesmo ideal.

Com o passar do tempo, observou-se que este modelo não intervencionista, com esta liberdade irrestrita de contratar, acabava por acarretar o extremo oposto: a ausência de liberdade.

Isto porque, por não serem as pessoas iguais (quer economicamente, quer socialmente, ou culturalmente), acabava-se por aumentar ainda mais as desigualdades, e conseqüentemente, acarretar a prevalência do mais forte sobre o mais fraco, de forma a tolher a liberdade deste.

Objetivando mitigar estas diferenças, e com modificação da concepção do Estado, que de *liberal* passou a ser *social*, verificou-se uma cada vez maior intervenção do estado na esfera privada, como tentativa de resgate da liberdade e da igualdade (desta vez, uma igualdade material). Nas palavras de Fachin (2000, p.199-200):

A intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, em searas contratuais nunca antes tocadas pelo legislador se mostrou relevante. A liberdade contratual passa a ser encarada de forma mitigada, pois se reconhece que os pressupostos indispensáveis para a formulação do conceito contratual (liberdade e igualdade – formal – entre contratantes), não mais eram suficientes na contratação de massa.

Na verdade, a liberdade sem freios estava esmagando outros valores humanos tão fundamentais como ela própria. O protesto do Padre Lacordaire ressoava nas consciências: “Entre le fort et le faible c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit”, isto é, “Entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime, e a lei que liberta!” (SAMPAIO, 2004, p. 19).

Muitos autores referem-se à chamada *Constitucionalização do Direito Civil*. Em decorrência deste fenômeno, constata-se que inúmeros direitos que, até então eram representativos do grande ramo do direito privado (tais como a família, a propriedade e o contrato), foram inseridos na carta magna, que até então, limitava-se a conter, basicamente, regras de caráter organizacional e político.

Alguns autores não concordam com a denominação *Direito Civil Constitucional* sob o argumento de que não seria possível um Direito Civil inconstitucional, mas verdade seja dita, não é isto que se pretende com a denominação *Direito Civil Constitucional*.

Este fenômeno, que revela a chamada *publicização* do direito privado, implica em um cânone interpretativo e diretivo das relações negociais e

consiste em um discurso de defesa dos princípios constitucionais e, especificamente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas – aí incluídas as relações tipicamente de natureza civil, travadas entre os particulares (NEGREIROS, 2002, p. 67).

Isto porque, a análise dos negócios jurídicos deve ser feita, sempre à luz dos ditames previstos pela Constituição Federal, que entre tantos artigos, prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), bem como tem o objetivo de construir uma sociedade livre justa e solidária (art. 3º, inciso I).

No inciso IV do artigo 1º, o legislador constituinte afirmou ainda serem fundamentos da República Federativa do Brasil “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, sendo que no artigo 3º, inciso III, foi inserido como seu objetivo fundamental “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, tal como observa Lotufo (1999, p. 24):

O direito constitucional passa a ter papel relevante sobre todo o ordenamento jurídico e vão além de simples organização da forma estatal e de modelo de

governo. O direito constitucional começa a exercer a função essencial no contato com os outros ramos do direito, inclusive sobre o direito privado.

Seguindo os parâmetros ditados pela Constituição Federal, inúmeros dispositivos legais entraram em vigor objetivando-se atingir um equilíbrio nas relações contratuais, limitando a livre determinação do conteúdo dos negócios jurídicos, como forma de se resgatar a dignidade, a igualdade e a liberdade. É exemplo disto, o Código de Defesa do Consumidor, que inseriu inúmeras limitações à liberdade contratual, com o objetivo de possibilitar ao consumidor uma maior proteção, posto que é evidente a sua inferioridade diante da outra parte contratante.

No mesmo sentido, foi elaborada a Lei de Proteção à Concorrência Desleal (CADE), objetivando evitar o abuso do poder econômico.

Com o Código Civil/2002 não poderia ser diferente.

O Código Civil de 1916 mostrou-se desatualizado diante da revolução industrial, da concentração de capital, da modificação no sistema de produção e distribuição e da massificação das relações, mostrando-se imperiosa a elaboração de um novo *codex*, compatível, portanto, às novas realidades sociais e ideológicas.

Seguindo esta ideologia contida na Constituição Federal, foram inseridos no texto do novo código alguns dispositivos destinados a mitigar o desequilíbrio nas relações contratuais, embora alguns dos institutos inseridos já fossem assentes na doutrina e na jurisprudência, como ocorre, por exemplo, com a revisão de contrato em decorrência da superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que tornassem a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes (resolução por onerosidade excessiva), além do instituto da *lesão*.

Outra inovação no texto do novo *codex* está em subordinar a liberdade contratual aos limites da função social do contrato.

O contrato, nas palavras de Luis Edson Fachin, “deixa de ser um instrumento do egoísmo individual, atingindo o nível de serviço às necessidades humanas. Fala-se em contrato como instrumento da paz social e ao bem comum, conectando-se à uma certa justiça contratual” (2000, p. 200).

Por justiça contratual, Fachin (2000, p. 200) cita posicionamento de Guido Alpa, para quem os contratantes não devem agir injustamente na relação, sem necessariamente se aproximarem de um senso de justiça, “mas definitivamente evitar qualquer ato injusto grave”.

Fachin (2000, p.201), entretanto, não descarta da tendência neoliberal dominante no cenário europeu comunitário, assim como o norte-americano,

afirmando que “em breve a autonomia da vontade voltará com força praticamente inatingível”. Modernamente, verifica-se que há uma grande “objetivização” do contrato e do direito dos contratos, conforme ensina Enzo Roppo, acarretando uma diminuição da importância do elemento subjetivo da vontade e na importância acrescida do elemento objetivo da declaração, para se atender ao máximo à “estabilidade e a continuidade das relações contratuais, e portanto, das relações econômicas”. (1977, p. 301-9).

Esta objetivização está diretamente relacionada ao aspecto social imposto pelo Estado moderno, abandonando-se o individualismo até então prevalente.

Atualmente, os princípios clássicos inerentes aos contratos, além de sofrerem modificações em seu significado, sofreram grande ampliação, para se inserir no rol dos princípios inerentes aos contratos a *boa-fé objetiva*, o *equilíbrio econômico*¹ e o da *função social do contrato*.

Sobre a boa-fé e a função social do contrato, passa-se a discorrer.

3 A BOA-FÉ NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Em se tratando de negócios jurídicos, não podemos olvidar do estudo da boa-fé², principalmente, considerando a concepção dinâmica da relação obrigacional, tal como foi preconizada por Clóvis do Couto e Silva, sendo a obrigação concebida como um processo³, não mais baseando a relação obrigacional exclusivamente no dogma da vontade, mas na boa-fé objetiva (apud MARTINS-COSTA, 1999, p. 394).

O Código Civil brasileiro de 1916 não fazia menção à boa-fé relacionada aos negócios jurídicos na sua Parte Geral, o que, foi feito pelo legislador do novo Código Civil, no artigo 113, quando prevê que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.

Dispositivo semelhante⁴ contém o Código Civil italiano, em seu artigo 1366.

Também o artigo 187 do novo Código Civil faz menção à boa-fé: “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”.

¹ Embora haja autores, como Judith Martins-Costa, que entendem que o princípio do equilíbrio econômico está associado à boa-fé.

² Identifica-se a origem da boa-fé na fides romana, termo de significado não muito claro, que abrangia três dimensões (fides-sacra, fides-fato e fides-ética) (SAMPAIO, 2004, p. 25).

³ Indicando uma série de atos relacionados entre si, condicionados um ao outro e inter-dependentes.

⁴ O artigo trata da interpretação dos contratos.

O artigo 422 do Código Civil/2002 prevê que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No pensamento de Couto e Silva, fala-se na relação obrigacional como processo, como uma sucessão de atos entre si relacionados e dirigidos a uma finalidade que os polariza ou atrai, sendo que a finalidade seria a utilidade econômico-social ou a necessidade servida pelo contrato (apud MARTINS-COSTA, 1999, p. 396).

A concepção da relação obrigacional como processo contrapõe-se à concepção da relação obrigacional como um *vínculo estático*, resultante da soma do crédito e do débito. A concepção estática da relação obrigacional visualiza basicamente como vínculo o seu aspecto *externo* que é definido pelos seus elementos: sujeitos, objeto e o vínculo de sujeição que liga o devedor ao credor (MARTINS-COSTA, 1999, p. 394).

Esta concepção dinâmica, para Clóvis do Couto e Silva não considera apenas os elementos externos da relação obrigacional, mas também os elementos internos que representam um complexo de direitos, deveres (principais e secundários), sujeições, pretensões, obrigações, exceções, ônus jurídicos, etc, ou como mencionado por Carlos Alberto da Motta Pinto, citado por Judith Martins-Costa (1999, p. 395):

Os múltiplos elementos integradores da relação obrigacional complexa, e o caráter indeterminado de alguns, ligam-se à aplicação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo que integrem esta relação não apenas os fatores e circunstâncias que decorrem do modelo tipificado na lei ou os que nascem da declaração de vontade, mas, por igual, fatores extravoluntários, atinentes à concreção de princípios e standards de cunho social e constitucional.

Judith Martins-Costa (1999, p. 395), para elucidar esta formulação, cita os chamados deveres de informação, afirmando não ser possível exaurir-se o seu conteúdo, sua intensidade, nem a situação em que os mesmos se revelam. E estes deveres decorreriam de exigências do tráfico jurídico-social viabilizados pela boa-fé objetiva.

Esta concepção implica em um declínio do dogma da vontade, elevando a boa-fé a uma fonte de obrigação.

Assim, a boa-fé objetiva é considerada como uma reação ao individualismo exacerbado que dominou o pensamento do mundo do direito no início do século XIX e início do século XX, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

Com o surgimento do Estado Social, em detrimento do Estado Liberal, fazia-se necessário que o conceito de boa-fé sofresse modificações, passando de *subjetiva* para *objetiva*, trazendo em seu conceito toda uma carga de solidariedade, de cooperação, de justiça e de eticidade.

A boa-fé subjetiva denota um estado de consciência, ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito, o que nas palavras de Judith Martins-Costa implica na ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular.

Por outro lado, de acordo com esta mesma autora, a boa-fé objetiva é fundada “na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 412).

A boa-fé objetiva exige, além do elemento interno (subjetivo) do contratante de julgar estar agindo de acordo com procedimentos condizentes com a boa-fé (padrões razoáveis de conduta), espera-se dele um *plus* exterior enquanto que para a boa-fé subjetiva⁵, somente o elemento interno é suficiente (FACHIN, 2000, p. 197).

Para Teresa Negreiros (2002, p. 122-3):

Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido de recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.

Laerte Marrone de Castro Sampaio (2004, p.27) sustenta que a boa-fé objetiva é uma ponte entre os mundos ético e jurídico e certamente, com a inserção da boa-fé na Parte Geral do Código Civil pretendeu o legislador trazer à tona o princípio de eticidade que informa o novo código.

A boa-fé impõe aos contratantes (portanto, tanto ao devedor, quanto ao

⁵ Ressalta-se que o Código Civil de 2002, em inúmeros artigos faz menção, ainda, à boa-fé sob uma perspectiva subjetivista. É o que ocorre, por exemplo, com o artigo 1201, que prevê: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”.

credor) “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 desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (MARQUES, 2002, p.107).

Para Judith Martins-Costa, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva não pode ser feito *a priori*, mas sempre levando em consideração o caso concreto.

Através da inserção da cláusula geral da boa-fé, houve um rompimento com a concepção de que todos os problemas que surgissem pudessem encontrar fácil subsunção nas disposições legais contidas no ordenamento jurídico. Atribuiu-se ao juiz maiores poderes interpretativos, facilitando que uma mesma previsão legal possa se adaptar às novas realidades sociais.

Não se diga que a inserção da cláusula geral da boa-fé, que tem seu significado semântico aberto, atribuiria ao juiz um arbítrio. Muito pelo contrário, o juiz, ao decidir o caso concreto, deverá pautar-se por critérios objetivos, procedendo “a comparações com grupos de hipóteses já decididas anteriormente pela jurisprudência ou pela doutrina”, considerando o comportamento *standard*, ou seja, o comportamento padrão, qual seja, o comportamento observado pelo homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável dentro da situação *sub judice* (SAMPAIO, 2004, p. 33).

4 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

De acordo com a melhor doutrina⁶, a boa-fé objetiva possui três funções, quais sejam:

- 1) cânone hermenêutico-integrativo;
- 2) norma de criação de deveres jurídicos;
- 3) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

Primeiramente, a boa-fé seria considerada um cânone hermenêutico-integrativo, diante da necessidade de se suprir as lacunas ocorridas na relação obrigacional. A boa-fé auxilia na determinação de conceitos indeterminados, tais como a alteração das circunstâncias que produza a onerosidade excessiva, a definição de “interesse do credor”, “adimplemento”, “finalidade social do contrato”, etc (SILVA FILHO, 2003, p. 303).

⁶ Entre outros: Judith Martins Costa, Laerte Marrone de Castro Sampaio, José Carlos Moreira da Silva Filho.

Também em relação à função interpretativa, a boa-fé agiria de forma auxiliar na determinação do significado negocial, tomando-se por base o sentido objetivo, haja vista, que conforme mencionado anteriormente, indagações de ordem psicológica quanto ao querer das partes não se mostram razoáveis no mundo moderno.

Deve-se tutelar a confiança que o comportamento que uma das partes gerou, a não ser que o destinatário da declaração tenha ciência da real intenção do declarante (SAMPAIO, 2004, p. 50).

Assim, para a determinação do significado negocial, devem ser analisadas todas as circunstâncias relevantes que o declaratório podia conhecer.

Laerte Marrone ensina que em caso de dúvida quanto ao sentido objetivo do contrato suscitar dúvidas, há que se preferir o significado que a boa-fé indique como mais razoável, e que na perquirição do sentido que mais se amolde à boa-fé, deve o intérprete lançar mão de algumas regras auridas na jurisprudência, tais como: optar por uma interpretação que resulte na preservação do contrato (princípio da conservação); favorecer-se a parte que assumiu a obrigação; interpretação contra o predisponentes, notadamente nos contratos de adesão (2004, p. 51).

Sob o aspecto da integração, a boa-fé suprirá as lacunas deixadas pelas partes que podem, até mesmo por imprevidência, não ter disciplinado todos os aspectos relevantes relacionados ao negócio firmado. Surge então a boa-fé como forma de coltamar as lacunas.

Mônica Yoshizato Bierwagen exemplifica a função integrativa da boa-fé com a hipótese de supermercado que encomenda ovos de Páscoa, mas que deixa de fixar data para a entrega. De acordo com a boa-fé objetiva, o fornecedor, não pode, sob a alegação de que a não-designação da data permitia-lha determinar a data da entrega, fazê-lo após tal festividade, tendo em vista que é de se supor, que o comprador necessitaria dos ovos para vender em seu comércio naquela oportunidade (BIERWAGEN, 2003, p. 55).

Por vezes, para que o contrato possa produzir efeitos, tornam-se exigíveis às partes, comportamentos que não estejam contidos em cláusulas contratuais, nem em expressa e cogente disposição legal, mas que são comportamentos essenciais à “própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 429).

A boa-fé objetiva teria a função de criação de deveres jurídicos posto que implica na observância de deveres que extrapolam os deveres *principais* ou deveres *primários* de prestação (exemplo, entregar a coisa e pagar o preço na compra e venda ou a cessão de uso e pagamento de aluguel na locação), quais

sejam: os deveres *secundários* e os deveres *laterais, anexos* ou *instrumentais* que variam conforme o caso concreto, ficando a cargo tanto do devedor quanto do credor (MARTINS-COSTA, 1999, p. 437-8).

Tais deveres não estão orientados ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, mas antes, referem-se “à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 440). Tais deveres podem resultar da convenção entre as partes, de um dispositivo legal ou do princípio da boa-fé.

É nesse aspecto que se materializa a *solidarização* do contrato (SAMPAIO, 2004, p. 53).

Os deveres *secundários* dividem-se em:

- 1) deveres meramente acessórios da obrigação principal, que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal;
- 2) deveres secundários com prestação autônoma.

Os deveres *acessórios* da obrigação principal que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal podem ser exemplificados nos seguintes: dever de embalar a coisa vendida, dever de promover o seu transporte com segurança (MARTINS-COSTA, 1999, p. 438), dever de zelar pela conservação da coisa no contrato de transporte.

Os deveres *secundários* com prestação autônoma revelam-se como verdadeiros sucedâneos da obrigação principal, como ocorre com o dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação ou o dever de garantir a coisa, mediante a prestação de garantia autônoma (MARTINS-COSTA, 1999, p. 438).

José Carlos Moreira da Silva Filho (2003, p. 296) entende que os deveres *secundários* subdividem-se em: *prestações sucedâneas do dever primário de prestação*, que apontam para o surgimento de deveres a partir do descumprimento, como o dever de indenizar e o de restituição, e em *prestações coexistentes com a prestação principal*, onde o dever de prestação não é substituído, mas em virtude de um mau cumprimento, gerado pela mora ou defeito na prestação principal, nasce um outro dever paralelo, como o de indenização ou de abatimento do preço no caso de deterioração da coisa.

Já os deveres *instrumentais, laterais* ou *anexos* são ditos “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”, e são exemplificativamente os deveres de *cuidado, previdência e segurança*, os deveres de *aviso e esclarecimento* (como o do advogado de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu objetivo; o do

médico, de esclarecer o paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado; ou ainda, na fase pré-contratual, do sujeito que entre em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial), os deveres de *informação*, os deveres de *proteção* e *cuidado* com a pessoa e patrimônio da contraparte, os deveres de *omissão* e de *segredo* (MARTINS-COSTA, 1999, p. 438-9).

O dever de proteção pode ser exemplificado através da análise de julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceu a responsabilidade do empregador pelo furto de veículo de seu empregado ocorrido em estacionamento fornecido pela empresa, sob o fundamento de que existe, na espécie, um dever secundário do empregador de velar pela incolumidade do patrimônio dos empregados. O mesmo fundamento encontra o dever de indenizar clientes em decorrência de furto de veículo no interior de estacionamento que lhes é posto à disposição, ainda que gratuitamente ou no dever do bando de responder pelo assalto a seus clientes no interior dos caixas eletrônicos, bem como garantir o apoio necessário aos usuários desse serviço, evitando-se que clientes fiquem vulneráveis a estelionatários na área dos referidos caixas (SAMPAIO, 2004, p. 58).

Como dever de *esclarecimento*, menciona-se o caso do médico que tem o dever de prestar todas as informações necessárias ao paciente para que este emita sua manifestação de vontade (riscos, efeitos colaterais etc), bem como o dever do fabricante de repassar ao comprador de *softwares* as instruções sobre o seu funcionamento.

Relativamente ao dever de esclarecimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná firmou julgado entendendo ser exigível que se informe à outra parte contratante sobre as circunstâncias que poderão influir na pactuação, como ocorreu em contrato firmado entre empresa de confecção de uniformes escolares e escola em que aquela se encarregaria da criação de modelos visando a venda aos seus alunos, além de, exclusivamente, fornecer o material. Não obstante isso, no início de um ano letivo, a escola sugeriu aos pais dos alunos a mudança do padrão dos uniformes, indicando outra empresa como mais uma opção de fornecedor, sem, todavia, comunicar à primeira empresa os fatos. A confecção, então, não modificou o seu padrão de produção. O Tribunal entendeu que a confecção faria jus a uma indenização, identificando para o estabelecimento de ensino um dever secundário - derivado da boa-fé - de informar à autora a alteração no padrão dos uniformes, bem como que outra empresa estava também apta a fabricá-los, permitindo que a autora se adaptasse ao novo panorama contratual (SAMPAIO, 2004, p. 60).

De acordo com a doutrina⁷, a violação a um dever lateral poderá ensejar a resolução do contrato.

É de se ressaltar que o dever de agir de boa-fé deve ser observado não apenas por ocasião da formação de um contrato, mas também na fase das tratativas ou negociações preliminares, durante a sua execução e até mesmo após a sua extinção (no sentido de cumprimento dos deveres primários inerentes ao contrato), sendo que sua incidência não pode ser afastada entre os contratantes, sendo, portanto, irrenunciável.

A boa-fé exige que as partes somente iniciem as tratativas quando estejam efetivamente interessadas na celebração do negócio e possuam condições legais e econômicas de firmar futuro contrato (SAMPAIO, 2004, p. 65).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já impôs a estabelecimento comercial, o dever de indenizar cliente que teve seu veículo furtado em estacionamento da empresa, ainda que um contrato entre ambos não tenha chegado a existir, como um verdadeiro reflexo da aplicação da boa-fé durante as tratativas.⁸

Como mencionado há pouco, até mesmo em fase posterior à extinção do contrato é possível falar-se em deveres laterais impostos às partes, no sentido de não prejudicar o fim contratual, “abstendo-se o contraente de praticar condutas que frustrem as legítimas expectativas derivadas do contrato para a outra parte” (SAMPAIO, 2004, p. 69).

Como deveres laterais pós-contratuais, exemplifica-se: a) o dever do sócio que deixa a sociedade de evitar de prejudicar, com a sua atividade, o funcionamento da pessoa jurídica que integrou, revelando circunstância que só podia saber em razão da sua qualidade de sócio; b) a obrigação do empregado de, cessado o vínculo empregatício, silenciar sobre um segredo de fabricação, não o repassando a uma empresa concorrente; c) o dever do advogado de guardar os documentos de seu cliente; d) a obrigação do fornecedor de manter a oferta de peças de reposição; e) a necessidade de o fornecedor informar sobre as novas descobertas acerca da periculosidade do produto; f) estar o empregador adstrito a fornecer informações corretas sobre o empregado idôneo; g) o dever do fornecedor de explicar o funcionamento de uma máquina de tipo novo; h) o dever de não concorrência (SAMPAIO, 2004, p. 69).

Para Luis Edson Fachin (2000, p. 198), o dever de cooperação exige de ambos os contratantes uma postura de solidariedade.

⁷ Nesse sentido: Laerte Marrone de Castro Sampaio, José Carlos Moreira da Silva Filho.

⁸ Apelação Cível n. 598.209.179, rel. Des. Helena Cunha Vieira.

Por fim, a boa-fé exerceria a função de limite ao exercício de direitos subjetivos.

Laerte Marrone de Castro Sampaio cita algumas hipóteses de limitação ao exercício desses direitos, entre as quais: a) *Venire contra factum proprium*, que expressa a ideia de que a parte não pode agir em contradição a um comportamento assumido anteriormente. Exemplificando: o credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em lugar e tempo diferente do convencionado, não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato⁹; b) *Supressio*, que implica na situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso temporal, não possa mais sê-lo por, de outra forma se contrariar a boa-fé. É o que ocorre com o comprador que, não retirando a mercadoria, pretenda compelir o vendedor a guardar os bens por prazo indeterminado; c) *Tu quoque*, que exprime a ideia de ser vedado à pessoa que viole uma norma jurídica a invocação posterior desta norma em seu favor; d) adimplemento substancial do contrato, que implica em proteção do contraente que cumpriu quase a totalidade da prestação a que estava adstrito; e) exercício desequilibrado de direito, que ocorre na situação em que se divisa uma manifesta desproporção entre a vantagem obtida como exercício de um direito pelo seu titular e o sacrifício imposto pelo devedor. É o que ocorre na hipótese de despedida de um trabalhador prestes a adquirir estabilidade; f) na cobrança de débitos em que se exponha o devedor ao ridículo.

Para elucidar a hipótese de limitação ao exercício de direitos subjetivos em decorrência do cumprimento substancial do contrato, Martins-Costa cita julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que julgou improcedente ação de rescisão de escritura pública contra casal que comprou imóvel, mediante contrato contendo cláusula de pacto comissório, em que estes não efetuaram o pagamento da última parcela. Por outro lado, foi julgada ação consignatória desta última parcela. Em seu voto, entendeu o relator que:

A ação de rescisão de contrato improcede porque a compradora cumpriu substancialmente a sua obrigação, não podendo ser o atraso na última prestação causa justificadora para a resolução do negócio, assim como pretendido na

⁹ ACIDENTE NO TRABALHO - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - TENOSSINOVITE - DOENÇA PREEXISTENTE. A seguradora que aceita o contrato e recebe durante anos as contribuições da beneficiária do seguro em grupo não pode recusar o pagamento da indenização quando comprovada a invalidez, sob a alegação de que a tenossinovite já se manifestara anteriormente. Recurso conhecido e provido (ARJ - 4º T. - Resp 258805/MG - rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - j. 21.09.2000).

inicial. O desfazimento caracterizaria gravíssima injustiça, desatendendo a uma exigência do moderno direito das obrigações, onde pontifica o princípio do adimplemento substancial, *segundo o qual o cumprimento próximo do resultado final exclui o direito de resolução, facultando apenas 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’ (Prof. Clóvis do Couto e Silva, *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, p. 56-57). ”Portanto, ainda que a compradora efetivamente tivesse voluntariamente deixado de pagar a última prestação, assim como alegado na petição inicial, e estivesse em mora, ainda assim a ação improcederia, cabendo apenas à vendedora haver a reparação dos danos porventura sofridos. É preciso ficar bem claro que a parêmia *dura lex, sed lex*, cedeu lugar à necessidade de decidir-se com razoabilidade as situações em concreto, pois o compromisso maior do Estado de Direito é com a justiça. A mim parece profundamente injusto, e até imoral, alguém receber inúmeras prestações de um contrato de execução prolongada e depois, pelo simples atraso da última parcela, vir a juízo brandir a cláusula de pacto comissório, pretendendo desfazer o negócio e recuperar a propriedade do imóvel, que, por força de política econômica, então vigente, valorizou-se muito acima de outros bens (MARTINS-COSTA, 1999, p. 458-9).

Há autores que sustentam que, a par das funções hermenêutico-integrativa, criadora de deveres e limitadora do exercício de direitos subjetivos, a boa-fé teria ainda uma função corretiva, sendo responsável por garantir uma relação de equilíbrio entre a prestação e a contraprestação nos contratos comutativos, sendo que para outros autores, entre os quais Fernando Noronha, tal função corretiva estaria relacionada a outro princípio contratual, qual seja, o princípio da justiça contratual.

A boa-fé, como instrumento de justiça contratual revela-se, entre outras hipóteses, nos institutos da lesão, do estado de perigo, na invalidação das cláusulas abusivas, na aplicação da teoria da imprevisão e da base do negócio jurídico, etc.

5 CONCLUSÃO

Atualmente, diante das modificações sofridas pelo Direito, principalmente, diante da noção do Estado como um Estado Social, constata-se que inúmeras limitações foram impostas à liberdade negocial.

Notável a influência da Constituição Federal nas relações privadas, mormente no direito de propriedade e nas relações negociais, sendo que nesta, restaram mitigados os princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade e da relatividade dos contratos.

Objetivando um equilíbrio nas relações negociais, a boa-fé deve dirigir todos os comportamentos do homem, em todos os ramos do direito.

Neste sentido, a boa-fé recebeu contornos de objetividade, superando a noção subjetivista típica do Estado liberal.

De acordo com Tereza Negreiros, é possível reconduzir-se o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária (artigo 3º, inciso I), na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.

A constitucionalização da boa-fé está, portanto, contemplada nos ditames de solidariedade, de justiça social impostos na Carta Magna.

As mesmas modificações ideológicas retratadas fizeram com que se atribuísse ao contrato uma função social, em detrimento da irrestrita liberdade de contratar vigente por ocasião da entrada em vigor do Código Civil/1916.

O legislador moderno não poderia ficar desatento à necessidade de modificação das disposições legais pertinentes à matéria. Em vista disto, apesar de inúmeras conquistas já terem sido incorporadas pelos juízes e tribunais em suas decisões, diante da elaboração de inúmeras teorias sobre o assunto, o legislador pátrio inseriu no Código Civil/2002 dispositivos de representam claramente a tendência socializadora do Direito, como corolário de princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e necessidade de proteção à liberdade dos indivíduos, principalmente da parte mais fraca, sempre oprimida pelas imposições dos mais fortes.

REFERÊNCIAS

FACHIN, Luis Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2000.

LOTUFO, Renan. *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado : a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. *Hermenêutica filosófica e Direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1977.

SAMPAIO. Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*, 2. ed. São Paulo: Manole, 2004.

YOSHIZATO BIERWAGEN, Mônica. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Artigo recebido em 05/03/10 e
aprovado para publicação em 04/08/10

