

**BOA-FÉ E ABUSO DE DIREITO NO  
NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

---



Ronnie Preuss Duarte\*

## 1 Considerações introdutórias

Presentemente, falar da importância da boa-fé na nova codificação é cair no lugar-comum. Verifica-se uma verdadeira profusão de manifestações doutrinárias que asseveram o destaque dado à boa-fé em época recente, o que se pode facilmente perceber pelos novos institutos jurídicos, cuja disciplina é trazida na nova codificação.

Há uma preocupação acentuada no âmbito do direito das obrigações – mais especificamente na disciplina dos contratos –, com uma orientação finalística, teleológica, do contrato, do qual resultam novas limitações à liberdade de contratar. O contrato deixa de ser visto como um mero instrumento para o auto-regramento de interesses privados, enfatizando-se a função daquele para a sociedade. O princípio da força vinculante do contrato (ou da obrigatoriedade das convenções) é comprimido em determinadas situações. Estabelece-se o dever dos contratantes, desde o pré-nascedouro da relação contratual até após o cumprimento das prestações pactuadas, de agir de boa-fé.

Na medida em que dá corpo a uma regra de conduta a ser seguida pelos contratantes, independentemente de qualquer previsão contratual, a boa-fé permite que o Direito seja permeado por uma forte noção ética. Veda-se a malícia, a intenção de prejudicar. Desde as negociações preliminares, passando pela execução propriamente dita e mesmo após o cumprimento das prestações pelos contratantes, remanescem um vínculo e deveres recíprocos. Há uma acentuada preocupação na proteção da situação de confiança que resulta de um contato negocial, que o ordenamento jurídico procura salvaguardar.

\* Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa, pós-graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa, professor palestrante no Curso de Pós-Graduação *latu sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Campus Recife), advogado.

Extravasando a situação meramente contratual, portanto relativa (de relação), já chegando ao âmbito dos contatos meramente sociais, das situações absolutas, há uma preocupação em garantir que os direitos subjetivos sejam exercidos apenas e tão-somente dentro de certos limites. Assim, respeitam-se os respectivos fins econômicos e sociais, a boa-fé e os bons costumes. Doutra modo, sempre que o exercício de determinados direitos se der fora desses lindes, o ato inicialmente lícito ganha a mácula da ilicitude, estando vedada a sua prática e nascendo, daí, o dever de indenizar.

A nova disciplina permite uma superação de um individualismo antes reinante nas codificações oitocentistas, o que rende ensejo a um redimensionar das relações intersubjetivas. A boa-fé é um dos pilares das codificações do século XX, notadamente do Código Civil em vigor.<sup>1</sup>

O estudo do tema é relevante, haja vista que faltam estudos mais aprofundados sobre a matéria, sendo ainda escassa a literatura a respeito, especialmente no que concerne ao regime recém-instituído pelo Código Civil. A investigação do tema, decerto, não pode prescindir da experiência alienígena, sobretudo a alemã e portuguesa, paradigmas para o estudo do nosso regime e países precursores de um tratamento mais científico da boa-fé.

Objetiva-se assim, dada a limitação de espaço, proceder com uma análise panorâmica das possibilidades trazidas pela boa-fé, antecipando problemas já vivenciados em outros países, os quais provavelmente atizarão debates no Brasil.

Para além de uma simples referência na exposição de motivos, é bem fácil perceber uma nota da boa-fé em alguns institutos que passaram a ser disciplinados no novo Código Civil.

Preocupado com o controle da “justiça concreta do conteúdo dos contratos”, ou seja, com a comutatividade ou equilíbrio entre prestação e contraprestação, o novo Código Civil estabeleceu diversos mecanismos de preservação da harmonia contratual. Estabeleceu também que, havendo alteração da posição dos contratantes, impõe-se a restauração do equilíbrio.<sup>2</sup> Subjacente a tais regulações encontra-se a boa-fé.

A resolução por onerosidade excessiva (art. 478 do CC), a modificação por alteração das circunstâncias, o estado de perigo (art. 156 do CC), a lesão (art. 157 do CC), são exemplos da incidência da boa-fé no âmbito contratual.

A desproporção entre as prestações pode ser genética (originária) ou superveniente. No primeiro caso, o negócio jurídico padece, *ab ovo*, de vício de origem. Ou seja, desde o seu nascimento leva a mácula da inexistência de comutatividade entre as prestações. Houve, por parte do contratante prejudicado, uma manifestação de vontade débil, viciada por questões circunstanciais, que levaram à contratação em determinadas circunstâncias (debilidade ou necessidade). Isso ocorre, funda-

<sup>1</sup> De notar que, desde a Exposição de Motivos do projeto, aludia Miguel Reale (1986, p. 84) à importância de o legislador recorrer a soluções mediante a utilização de “conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé”.

<sup>2</sup> Sobre o problema do controle do conteúdo dos contratos por critérios de justiça, com respectivos fundamentos e breve análise, ver Ascensão (2002, p. 252-263).

mentalmente, nos casos da lesão e do estado de perigo. Como **se vê**, em tais casos as razões do vício são eminentemente subjetivas, por dizer respeito a um dos contratantes ou seus representantes legais.

Já na resolução ou modificação do conteúdo do contrato por alteração das circunstâncias, a desproporção sobrevém à celebração do contrato. Diz-se, assim, serem casos de desproporção superveniente, cuja ocorrência se deve a fatores externos, concernentes ao próprio objeto da prestação, que sofreu valorização ou depreciação.

Apesar de já existirem algumas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acolhendo, *grosso modo*, tais institutos,<sup>3</sup> só no Código de 2002 eles passaram a contar com uma disciplina no direito positivo.

Pode ser apontada, igualmente, uma série de emanações da boa-fé em institutos que já contavam com uma disciplina específica no Código revogado.

No Código revogado, a tutela da boa-fé pode ser divisada nas normas referentes à posse (arts. 490, 491, 510 e 514 do CC de 1916), ao casamento putativo (art. 221 do CC de 1916), à indenização por benfeitorias (arts. 516, 517 e 1.199 do CC de 1916), à repetição do indébito (art. 964), à simulação (arts. 102 a 105 do CC de 1916), entre outras.

A par daqueles institutos já referenciados, também estes foram objeto de disciplina específica no novo Código Civil, o que denota a relevância da boa-fé na nova codificação. Tal conjunto de disposições, constantes do Código Civil de 1916, servia de amparo à afirmação de parcela da doutrina, a qual sustentou que o dever de agir de boa-fé prescinde de consagração nas fontes. Existindo ou não a cláusula de boa-fé no Código, há o dever de observância geral aos ditames da boa-fé.<sup>4</sup> Ainda sob o jugo do antigo diploma legal, já se falava em um princípio geral da boa-fé, sobretudo no âmbito contratual.<sup>5</sup>

A boa-fé na antiga codificação, como já dito, não contava com uma previsão genérica, consagrada de um dever geral de conduta. Havia, sim, no Código Comercial revogado uma disposição que remetia para a boa-fé a interpretação das cláusulas contratuais (art. 131, I, do CCom).<sup>6</sup> De um conjunto de normas que tinha em sua base a boa-fé (algumas das quais já referenciadas) podia-se extrair um princípio não expressamente positivado, que resultava tão-somente de inúmeros preceitos que prestigiavam a boa-fé, seja protegendo os sujeitos que estivessem dela imbuídos, seja agravando a situação daqueles que obravam de má-fé.

A boa-fé, na antiga codificação, era encarada apenas e tão-somente em seu alcance subjetivo, como o estado de ignorância do sujeito, que, por desconhecer

<sup>3</sup> Nesse sentido, ainda na vigência do Código antigo, ver Rodrigues (1997, p. 20).

<sup>4</sup> Segundo Menezes Cordeiro (1997, p. 279), a boa-fé "corresponde a exigências materiais profundas do sistema jurídico, porque sistema e porque jurídico, não dependendo da sua consagração nas fontes".

<sup>5</sup> Asseverou o saudoso Orlando Gomes (1999, p. 42), após aludir ao princípio na interpretação do contrato, que "ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com *lealdade e confiança recíprocas*. Numa palavra, devem proceder com *boa-fé*. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a *colaboração*, um ajudando o outro na execução do contrato".

<sup>6</sup> Registram a ocorrência, bem como a ausência de regra geral, Negreiros (1998, p. 71 e 74-75) e Figueiredo (2003, p. 175).

determinado fato, gozava de um tratamento privilegiado (como é o exemplo do possuidor de boa-fé). Tal situação era o reflexo da influência recebida pelo Code Napoléon e pela doutrina francesa, que se fez sentir também em outros países, designadamente no Código Civil português de 1867, que antecedeu o diploma de 1966, hoje em vigor (Menezes Cordeiro, 1999, p. 179).

O novo Código, nesse ponto, é inovador. Podem-se tripartir as emanções da boa-fé, além daquelas herdadas do antigo diploma codificado, em: a) dever geral absoluto de conduta, segundo resulta do art. 187 do Código Civil. O exercício dos direitos subjetivos é limitado pela boa-fé. O ato que excede manifestamente os limites por ela impostos é ilícito e, como tal, faz nascer na esfera jurídica do agente a obrigação de reparar o dano causado; b) dever relativo ou contratual de conduta, nos termos do que se pode extrair do art. 422 do Código Civil. Estabelece o indigitado preceito legal, implicitamente, uma série de deveres acessórios de conduta, os quais serão adiante minudenciados, e que independem de previsão contratual expressa. Informação, proteção da confiança, segurança, lealdade, são algumas das suas emanções; c) padrão para a interpretação dos negócios jurídicos, consoante disposição do art. 113 do Código Civil.<sup>7</sup>

A relevância da instituição de um dever geral de agir de conformidade com a boa-fé é uma importante inovação. Antes, por influxo do liberalismo, das idéias burguesas que animaram a Revolução Francesa, desconhecia-se qualquer limite à liberdade de contratar ou de exercitar os direitos subjetivos. O individualismo reinante dava ampla margem de liberdade àquele que conseguia uma posição de vantagem, tivesse ela origem no contrato ou na lei. A antiga legislação garantia ao titular de um direito a faculdade de exercê-lo de maneira irrestrita. O limite era a vontade do titular.<sup>8</sup>

Com a positivação do princípio da boa-fé, não se lhe dá validade, já existente, mas se reforça a obrigatoriedade de que

cada um fique vinculado em fé da palavra dada, que a confiança que constitui a base imprescindível de todas as relações humanas não deve ser frustrada nem abusada e que cada um se deve comportar como é de esperar de uma pessoa honrada (Larenz, 1987, p. 125, apud Vasconcelos, 2000, p. 64).

Destaca-se, outrossim, na nova codificação, a particular atenção dada à boa-fé objetiva, já que a existência dos deveres acessórios de conduta não era contemplada no Código Civil de 1916.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Larissa Leal (2003, p. 38) faz a tripartição entre a) norma criadora de deveres entre as partes contratantes; b) norma limitadora do exercício de direitos subjetivos e c) cânone hermenêutico-interpretativo contratual.

<sup>8</sup> Não se desconhecem as escassas limitações legais existentes desde o Code Napoléon (como a que comina a nulidade das convenções cujo objeto seja ilícito ou impossível, a exemplo daquela prevista no art. 145, II), tampouco aquelas impostas pela jurisprudência, como o abuso de direito, ou ainda a possibilidade de modificação ou resolução do contrato por fatos supervenientes à celebração (cláusula *rebus sic stantibus*), entre outras. Entretanto, tais limitações não constavam do diploma codificado e eram escassas. No Direito brasileiro, ver Rodrigues (1997, p. 20 et seq.). As posições são em linhas gerais as mesmas propugnadas na França em meados do século passado e eram excepcionais, conforme se depreende da análise feita por Planiol e Ripert (1952, p. 23-26).

<sup>9</sup> Registre-se, entretanto, que desde 1990, no Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, tais deveres passaram a constar no microsistema que trata da matéria do consumidor, existindo diversas obras que dão ênfase à boa-fé objetiva, com especial destaque para a autora, que teve influência da doutrina germânica (Marques, 2002).

## 2 Origens históricas e evolução da boa-fé

### 2.1 Do Direito romano à doutrina germânica da boa-fé

A doutrina é harmônica em apontar as origens da boa-fé no Direito romano. Normalmente, as alusões se limitam ao período romano clássico, à *bona fides*. Entretanto, podem-se encontrar as verdadeiras raízes do instituto no período arcaico, na *fides*. O vocábulo *fides* é polissêmico e pode designar três realidades distintas:

- a) a *fides*-poder: a *fides*, nas relações de clientela (formada entre o *cliens* e o *patronus*), “implicava a existência de pessoas adstritas a certos deveres de lealdade e obediência perante outras, em troca de proteção” (Menezes Cordeiro, 1997, p. 59). O *cliens* ficava a meio caminho entre o escravo e o homem livre, em uma situação especial, sob a proteção e sujeito ao poder discricionário do *pater familias*, que era o seu *patronus*;
- b) a *fides*-promessa: o aspecto relevante da *fides*-promessa residia na obrigação de respeito à palavra dada, de garantia que se expressava com um gesto formal e que obrigava o envolvido;<sup>10</sup>
- c) a *fides*-externa: inicialmente invocava a fé nos tratados internacionais, designadamente aquele que se seguiu à Primeira Guerra Púnica, entre Roma e Cartago. Posteriormente, a *fides*-externa nada mais significaria do que a imposição da supremacia do poderio romano, após a rendição por meio da *deditio in fidem*. O povo belicamente menos forte simplesmente aceitava a *deditio*, furtando-se à peleja com Roma. O império romano simplesmente renunciava ao uso da força, deixando de usar ainda dos direitos adquiridos em face do povo que se rendia.<sup>11</sup>

Em momento posterior, certamente mais relevante para os fins colimados pelo presente estudo, têm-se os *bona fidei iudicia*. Windscheid nos dá uma idéia precisa daquilo que distinguia as *actio bona fides* das demais, sendo a nota característica destas a ampla margem que era dada ao julgador (*iudex*) para a decisão no caso concreto. Ao contrário, nas ações *stricti iudicii*, o livramento da fórmula já continha critérios de decisão e se baseava na lei, devendo o *iudex* apenas verificar a ocorrência de determinados fatos e aplicar a fórmula. Nos juízos de boa-fé era o juiz livre para “condenar o demandado a fazer tudo o que um homem escrupuloso haveria feito no caso, por si só” (Windscheid, 1974, p. 40). Tais ações careciam de base legal e se assentavam apenas e tão-somente na *bona fides*.

Antes de mais, releva lembrar que no Direito romano não existia a concessão de direitos, mas tão-somente de ações. Ao contrário do que hoje ocorre, “os romanos

<sup>10</sup> Menezes Cordeiro (1999, p. 175) define-a como uma “característica de quem assumisse determinada adstrição que, centrada primeiro num ritual exterior, progride depois para a idéia de respeito à palavra dada”.

<sup>11</sup> Ver Menezes Cordeiro (1997, p. 64-67).

empregavam freqüentemente a palavra *actio* para designar não apenas uma faculdade processual, mas também uma faculdade material” (Windscheid, 1974, p. 12).<sup>12</sup>

Pode-se facilmente perceber que a boa-fé representava, desde a antiga Roma, uma norma aberta, carecida do necessário preenchimento pelo julgador, a quem era garantida ampla margem de liberdade para a determinação do conteúdo normativo, da conduta esperada. Foi a *bona fides*, portanto, diante de tal liberdade, responsável pelo desenvolvimento de toda uma sorte de figuras assaz importantes no Direito moderno, tais como a fidúcia, o mandato, a tutela, a sociedade, a compra e venda, a locação, entre outras (Menezes Cordeiro, 1999, p. 176).

Não se pode deixar de registrar, por fim, o conhecimento, pelos romanos, de uma noção de boa-fé subjetiva que guarda traços de estreita identidade com aquela que se tem na atualidade (ver adiante). É o caso da *bona fides* exigida na *usucapio*. Segundo Bonfante (1987, p. 238), a boa-fé exigida na Antiguidade seria, na hipótese em tratativa, “o comportamento da pessoa honesta no exercício da posse; em outros termos, a consciência de não lesar ao legítimo possuidor”. Curioso notar que tal idéia praticamente reproduz aquela trazida no art. 1.201 da nova codificação, que por sua vez corresponde quase que integralmente ao art. 490 do Código Civil de 1916.

Antes mesmo da alusão feita no Código Comercial à boa-fé, em 1850, as Ordenações Afonsinas (em seu Livro IV, Tít. V) já traziam dispositivo voltado à proteção da boa-fé no âmbito do contrato ao prever que

[...] por razõ dos contractos, e promittimentos, que huus a outros faziam também de dividas que hajam de pagar, Orno d’outras cousas, que se obrigavam a cumprir á boa-fé, e se nom compriam, cahiam na pena da minha ley, que devem aver os que britam a boa fé [...].

Em 1823, a Assembléia Constituinte e Legislativa, por intermédio da Lei de 20 de outubro, determinou que as leis vigentes em Portugal até 25 de abril de 1821 continuassem a ser aplicadas no Brasil. Estavam em vigor as Ordenações Filipinas e algumas leis e alvarás dos séculos XVII e XVIII.<sup>13</sup>

Foram as Ordenações Filipinas, assim, o primeiro conjunto normativo que vigorou em território nacional a trazer norma protetora da boa-fé.

Foi na Alemanha, a partir do Código Civil de 1900, com a entrada em vigor do BGB, que se verificou o verdadeiro desenvolvimento da doutrina da boa-fé. A noção atual da boa-fé, sobretudo a objetiva, bem como a inspiração para a disciplina recém-lançada pelo novo Código Civil devem-se em grande parte à experiência alemã. Relevou em tal desenvolvimento, sobretudo, aquela que adveio das práticas comerciais antecedentes e subseqüentes ao Código.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Um interessante e breve resumo do sistema processual romano, essencial para a compreensão das *actio bona fides*, é aquele feito por Negreiros (1998, p. 730-739).

<sup>13</sup> Importante registrar que as Ordenações Filipinas continuaram a ser a fonte mais importante neste ramo, no Brasil até 1917, quando entrou em vigor o Código Civil (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916). (Cf. Merêa, 1917, p. V.)

<sup>14</sup> Sobre a influência alemã, ver Negreiros (1998, p. 48 et seq.). A importância da práxis comercial, por seu turno, é destacada por Martins-Costa (1999, p. 207-208) e por Menezes Cordeiro (1999, p. 178).

Pode-se divisar, na codificação alemã, uma clivagem entre a boa-fé objetiva e a subjetiva. A própria terminologia para a designação de cada uma das modalidades é diferenciada, denominando-se a primeira por *Treu und Glauben* e a segunda por *guter Glauben*.

É ressaltado o maior relevo, cientificamente, da boa-fé objetiva, uma vez que a boa-fé dita subjetiva é facilmente depreendida, bastando uma simples leitura dos múltiplos dispositivos que a ela se referem, os quais definem com clareza o âmbito e os efeitos da sua incidência.<sup>15</sup>

É justamente nesse campo (da boa-fé objetiva) que grassa a importância da contribuição da doutrina alemã, notadamente nos desenvolvimentos que deu aos §§ 157 e 242 do BGB. É no domínio do contrato que os alemães promoveram a concretização da boa-fé. Estabeleceram-se inúmeros deveres – a partir de desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial – a serem observados pelos contratantes no transcurso da relação contratual (dever de esclarecimento, de lealdade, de proteção etc.).

O contrato deixa, assim, de obrigar apenas o que concerne às disposições nele expressas. Vai além. Deve garantir a satisfação das expectativas legitimamente criadas na contraparte, a qual confiou que determinados interesses seus seriam atendidos na seqüência da celebração do contrato. Como bem registra Menezes Cordeiro (1997, p. 330), aludindo ao *animus* do legislador alemão, sobressaía

a boa fé como factor de fortalecimento e de materialização do contrato, ou seja: a boa fé como necessidade de cumprimento efectivo dos deveres contratuais assumidos, por oposição a cumprimentos formais, que não tenham em conta o seu conteúdo verdadeiro.<sup>16</sup>

A construção alemã influenciou sobremaneira o universo jurídico privado português. No vetusto Código lusitano de 1867, impregnado dos ideais herdados do modelo napoleônico, inexistia qualquer referência à boa-fé objetiva, que foi deixada de lado.

Só na codificação de 1966, hoje em vigor, é que se pode sentir a influência germânica, com a consagração da cláusula geral da boa-fé. No Direito português, representa a boa-fé de uma cláusula geral de grande extensão, que não encontra consagração genérica, contando com previsões esparsas, tais como aquela do art. 227/1 do Código Civil (que impõe a observância da boa-fé tanto na formação como na execução dos contratos), a do art. 334 do Código Civil (que estabelece a ilegítimi-

<sup>15</sup> É o caso da boa-fé na posse, na qual basta o estado de inciência acerca dos vícios que a inquinam, ou ainda a boa-fé na compra e venda, resultando expressamente do § 932/2 do BGB, o qual diz que "o adquirente não está de boa-fé quando lhe seja conhecido ou, em consequência de grande negligência, desconhecido, que a coisa não pertence ao alienante".

<sup>16</sup> Registra o autor, em outra obra, que "O Código alemão, na seqüência, também, das suas raízes, deu uma dupla dimensão à boa-fé. Em sentido subjetivo (*guter Glauben*) ela exprime a não-consciência de prejudicar outrem; em sentido objetivo (*Treu und Glauben*) ela corporiza-se numa regra de conduta, a observar pelas pessoas no cumprimento das suas obrigações. Posteriormente, assistiu-se a uma aplicação prática intensa de ambos os termos e a um enorme desenvolvimento do segundo. Na linha possibilitada por uma Ciência jurídica sensível às realidades e capaz – através dos mecanismos da sistemática integrada – de alterar, em função delas, o próprio sistema, a boa-fé esteve na base de praticamente todas as inovações jurídicas verificadas, no Direito civil, nos últimos cem anos" (Menezes Cordeiro, 1999, p. 179).

dade do exercício de direito em que se excedem manifestamente os limites da boa-fé), ou ainda o art. 762/2 (que prevê o dever das partes de proceder de boa-fé no cumprimento das obrigações e no exercício do direito correspondente). A boa-fé é, em Portugal, “um princípio fundamental do Direito das Obrigações, que comanda sempre a atuação das partes” (Ascensão, 2002, p. 177).

Indo mais adiante de tais disposições, verifica-se no Direito lusitano – para além da consagração da vertente subjetiva da boa-fé, de cariz romano, e da objetiva, de contornos nitidamente romano-germânicos – a referência a vários institutos desenvolvidos na Alemanha neste mais de um século de vigência do BGB a partir da idéia de boa-fé. Em Portugal, positivou-se toda uma série de construções desenvolvidas na doutrina e jurisprudência em território alemão, os quais não contam com previsão legal (Menezes Cordeiro, 1999, p. 179).

São exemplos de tal desenvolvimento a *culpa in contrahendo* (art. 227/1 do CC), a integração dos negócios (art. 239 do CC), o instituto do abuso do direito (art. 334 do CC), a modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias (art. 437/1 do CC), a complexidade das obrigações (art. 762/2 do CC).

Como se vê, o Direito português, tomando por paradigma o modelo alemão, avançou na tutela da boa-fé. Recebeu juspositivamente institutos que na Alemanha não estavam previstos na legislação.<sup>17</sup>

## 2.2 A boa-fé no antigo Código Civil

À semelhança do que ocorreu em Portugal com a codificação de 1867, também o Código de 1916 carece de qualquer dispositivo consagrador da boa-fé objetiva. Percebem-se, em várias passagens, alusões à boa-fé subjetiva, sem que, entretanto, se pudesse extrair, do ordenamento jurídico, qualquer adstrição dos contratantes a deveres de conduta.<sup>18</sup>

Também a ausência de um Direito Comercial desenvolvido impediu a influência natural de tal ramo no assentamento do princípio da confiança e de mecanismos garantidores da segurança no tráfego jurídico, imperiosamente necessários para a subsistência de uma atividade comercial desenvolvida.

No Brasil sempre houve maior prestígio do Direito Civil, o que pode ser sentido mesmo na nova codificação. Após a unificação do Direito Privado, contrariamente ao ocorrido na Itália, procedeu-se a uma “civilização” do Direito Comercial, em vez da tão falada “comercialização” do Direito Civil, que teria ocorrido após a promulgação do diploma italiano de 1942.<sup>19</sup> Certamente, isso impediu a consagração de uma boa-fé objetiva.

<sup>17</sup> Refere-se ao Direito português, com a transcrição de excertos de algumas decisões de tribunais lusitanos, Negreiros (1998, p. 56 et seq.).

<sup>18</sup> “A pretensão de plenitude, a preocupação com a segurança, certeza e clareza (no sentido da precisão semântica) que marcam a obra de Beviláqua não permitiram espaço para a inserção de cláusulas gerais e, por isso, a boa-fé ficou restrita às hipóteses de *ignorância excusável*, em matéria de direito de família e no tratamento da proteção possessória” (Martins-Costa, 1999, p. 267).

<sup>19</sup> Aludindo ao fenômeno da tendencial “comercialização” do Direito Privado na modernidade, Galgano (s.d., p. 95-96).

Não obstante tal fato, há poucas décadas, a doutrina e jurisprudência pátrias foram responsáveis pela proclamação de um princípio da boa-fé objetiva, o qual acabava por impor aos contratantes, à revelia de previsão legal, determinados deveres de conduta.<sup>20</sup>

Assim, tem-se que boa-fé objetiva entrou, no Brasil, meio que “pela janela”. Impuseram-na a doutrina e a jurisprudência pátrias, por força de influências recebidas das codificações modernas da Europa.

### 2.3 A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor

Só com a entrada em vigor do novo Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, passou o direito positivo do Brasil a contar com norma que nele inseriu a boa-fé objetiva.<sup>21</sup>

O princípio da boa-fé objetiva é contemplado em diversas passagens do Código de Defesa do Consumidor, com especial relevo para a regra de interpretação estabelecida no art. 4º, III, no art. 6º, incs. I a V, e no art. 51, IV, do referenciado diploma (Marques, 2002, p. 185-186).

Sem sombra de dúvida, é evidente a preocupação do legislador em esmiuçar, no Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé objetiva. A vinculação do fornecedor à publicidade divulgada contemplada nos arts. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor (proteção da confiança), o controle do conteúdo com o estabelecimento de um extenso rol de cláusulas abusivas, previsto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (lealdade), a especificação do dever de informação, previsto no art. 31, são exemplos de dispositivos que tornam concreto o princípio da boa-fé.

Decerto que no novo Código Civil, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, há o estabelecimento da cláusula geral de boa-fé sem grandes especificações. A ausência do detalhamento existente na legislação relativa à matéria de consumo em nada diminui a força dos deveres acessórios nas relações civis, que são qualitativamente idênticas àqueles. Os deveres acessórios contemplados no Código de Defesa do Consumidor foram, até, especificados na seqüência do desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial da cláusula geral da boa-fé do Direito alemão (*Treu und Glauben*).

Considerando a escassa literatura sobre a boa-fé objetiva, nos termos daquele regime imposto pela nova codificação, a doutrina especializada na matéria de consumo é relevante fonte auxiliar para a identificação dos limites da boa-fé e deveres acessórios de conduta no Código Civil presentemente em vigor.

<sup>20</sup> Curioso notar que o primeiro a aludir a tal princípio foi o italiano Emilio Betti, na sua visita ao Brasil em 1958, quando participou de curso na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (cf. Couto e Silva, 1980, p. 43).

<sup>21</sup> “O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, trouxe como grande contribuição à exegese das relações contratuais no Brasil a positividade do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III, e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais” (Marques, 2002, p. 185-186).

Não se pode desconhecer, outrossim, que em matéria de consumo a proteção é mais cerrada, com o agravamento dos deveres de conduta. Tal exacerbação se deve ao fato de que, em se tratando de relação contratual de consumo, há uma situação de desequilíbrio entre os contratantes, dada a condição de hipossuficiência do consumidor.

Entretanto, mesmo em relações contratuais que se desenvolvam sob a égide da legislação comum (novo Código Civil), o agravamento dos deveres deverá se dar da mesma maneira, ou seja, com a avultação dos deveres do contratante que estiver em situação de manifesta vantagem com relação à contraparte.<sup>22</sup> Imaginemos, *verbi gratia*, a relação entabulada entre grandes multinacionais e pequenos distribuidores, em que forçosa será a proteção destes últimos, com a intensificação dos deveres de esclarecimento, proteção e lealdade. A tutela da situação de confiança se dá em grau mais elevado.

### 3 Conteúdo da boa-fé

#### 3.1 A boa-fé enquanto conceito jurídico indeterminado

A boa-fé no novo Código é um conceito jurídico indeterminado, entendendo-se como tal “aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou, noutra formulação, que não permitem comunicações claras quanto ao seu conteúdo, seja por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento” (Amaral, 2002, p. 106).<sup>23</sup>

O preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados, especialmente as cláusulas gerais, como é o caso da boa-fé (esta é a espécie, aquele o gênero), dá-se por obra do intérprete em um dado momento histórico. As cláusulas gerais são como um cheque em branco, passado pelo legislador à doutrina e à jurisprudência, que cuidarão de preenchê-lo.<sup>24</sup>

Assim como ocorreu no exterior, em que os limites da boa-fé foram erigidos pela jurisprudência e doutrina, também aqui não haverá de ser diferente. Para além daquelas construções que foram e continuarão a ser inspiradas na experiência alienígena, outras virão a ser construídas no devenir do labor inspirado na nova codificação. Jurisconsultos e juízes, também no Brasil, serão responsáveis pelo desenvolvimento do conteúdo da boa-fé.

Eis a grande vantagem dos conceitos jurídicos indeterminados, do qual lançou mão o legislador em incontáveis passagens do novo Código. Em vigor desde o

<sup>22</sup> Vai na mesma linha do texto Menezes Cordeiro (1997, p. 584), quando afirma que “os deveres de informação são mais intensos face a entidades qualificadas e fortes, perante parceiros débeis; os deveres de proteção e lealdade impõem-se, com maior acuidade a negociadores experientes do que a intervenientes ocasionais em negócios desse tipo”.

<sup>23</sup> Em sua definição, o autor refere-se aos conceitos de Engisch e Menezes Cordeiro, combinando-os.

<sup>24</sup> Gallo (2002, p. 240) afirma que “as cláusulas gerais representam um tipo de letra (cambial) em branco ou de delegação que o legislador faz à jurisprudência e ao intérprete; ou melhor ainda um tipo de anel de conjunção ou de ligação entre aquela que é esfera típica do legislador e aquela que é por seu turno o campo de ação do intérprete e do juiz”.

século retrasado na Alemanha, o BGB sofreu muito menos do problema do “envelhecimento” da legislação, em virtude de empregar inúmeras normas abertas (conceitos jurídicos indeterminados), cujo conteúdo foi sendo alargado ou comprimido na seqüência da respectiva aplicação no passar dos anos. Permeáveis a modificações aplicativo-interpretativas advindas de alterações dos valores vigentes na sociedade, os conceitos indeterminados se amoldam perfeitamente às inovações ocorridas com o passar dos anos.

Como bem lembra o professor lusitano Pais de Vasconcelos, com relação ao tema examinado, “o juízo de boa-fé é sempre profundamente moral e a sua realização enfrenta as mesmas dificuldades de concretização de todos os juízos éticos. O seu critério material é um dado extrajurídico. Constitui uma das janelas do sistema” (Vasconcelos, 2000, p. 65).<sup>25</sup>

A reiteração do preenchimento da cláusula geral de boa-fé de determinada forma, pela jurisprudência, e a reafirmação de certos deveres pelos tribunais, com a imposição de condutas específicas, acabam por fixar certas regras. Tais regras, com o passar do tempo, findam, sendo incorporadas no direito positivo (são normalizadas), dispensando o recurso à cláusula geral (Ascensão, 2002, p. 181). Tal fenômeno Ascensão define como “osmose da aplicação para a interpretação”.<sup>26</sup>

Apesar de a lei não trazer o conteúdo da cláusula geral de boa-fé, é importante ter em conta que a noção de boa-fé não varia conforme o caso concreto. Não se confunde com a equidade (justiça do caso concreto), na qual, para cada hipótese sob julgamento, ter-se-á uma diferente solução.

Pelo contrário, a boa-fé se funda em critérios que, tanto quanto possível diante da largueza da noção, sejam objetivos. A objetivação da boa-fé é um imperativo da segurança jurídica, que não fica ao arbítrio da noção do “justo” vislumbrada pelo juiz na aplicação do caso concreto. Como percutientemente lembra Ascensão (2002, p. 181): “o recurso à boa-fé não traz nenhuma concessão à arbitrariedade, porque impõe um critério objetivo”.

É certo que o legislador, ao instituir a cláusula aberta (ou conceito jurídico indeterminado), absteve-se de fixar o conteúdo material de determinada norma, relegando o seu preenchimento à doutrina e à jurisprudência. Isso não significa, todavia, que ao intérprete seja dado modificar os seus critérios de decisão conforme cada caso que se lhe apresente.

Os deveres advindos da boa-fé, estabelecidos mediante o trabalho do juriconsulto e do juiz, devem ser gerais e não particulares. A lei não define a boa-fé. Não obstante, é de repelir qualquer solução que, formalmente calcada na boa-fé, vise ao atendimento de determinada hipótese *in concreto*.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Di Majo (1999, p. 296) é um dos que afirmam a dificuldade de precisar a definição e o conteúdo da boa-fé, como aliás afirma ser próprio de todas as cláusulas gerais.

<sup>26</sup> Sobre o tema, ver Ascensão (2001, p. 649-651).

<sup>27</sup> Menezes Cordeiro (1997, p. 568) afirma que a noção de boa-fé não é passível de ser subsumida em uma definição. A referência legal à boa-fé “só tem sentido porque, materialmente, tem associada uma técnica específica de resolver casos concretos, justificada numa ciência e num entendimento particular da fenomenologia jurídica”.

Não se pode desconhecer que um dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico é a segurança. O Direito aspira à segurança. Cuida-se de um valor caro à sociedade e que, em nosso país, vem sendo olvidado.<sup>28</sup>

Sobre a segurança jurídica, Paulo Otero (1998, p. 204) afirma que uma das suas emanações seria a “garantia decorrente da previsibilidade de que tais decisões concretas se traduzirão na aplicação ao caso individual de critérios já antes fixados em termos gerais por normas jurídicas antecipadamente conhecidas”.

Assim sendo, revela-se imperiosamente necessária uma prefixação do conteúdo da boa-fé, ainda que em termos de doutrina, a fim de que os agentes do tráfico jurídico, sobretudo os contratantes, saibam antecipadamente a natureza e extensão dos deveres aos quais estão adstritos por influxo da cláusula geral da boa-fé.

### 3.2 Boa-fé subjetiva *versus* boa-fé objetiva

Uma das distinções básicas, em tema de boa-fé, é aquela que separa a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva.

A boa-fé subjetiva se resume à situação de determinado sujeito perante certo fato. É a circunstância do desconhecimento de determinada ocorrência, de determinado vício que torna ilegítima a aquisição de determinado direito ou posição jurídica.

A boa-fé subjetiva é o estado de justificada insciência de circunstância ou fato que, à medida que interfere na esfera jurídica alheia, torna ilegítima a aquisição do direito ou posição jurídica.<sup>29</sup> É a boa-fé subjetiva, na atualidade, uma figura próxima da noção romana de *bona fides* na *usucapio*, antes referenciada. Como se vê, desde a Antiguidade até os dias atuais, permanece-se com uma idéia unívoca acerca da boa-fé subjetiva.<sup>30</sup>

A boa-fé objetiva, por seu turno, traduz o estabelecimento de padrões de comportamento, segundo critérios fixados pela doutrina e jurisprudência. É a cláusula

<sup>28</sup> São reiterados os casos em que, em homenagem à justiça, vêm se defendendo posições que aniquilam por completo a segurança jurídica, mesmo quando a preferência do legislador foi por este último valor. É o caso da “relativização da coisa julgada”, recentemente defendida, entre outros, por Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 32), que admite a revisão da coisa julgada segundo critérios de justiça. A coisa julgada “injusta” poderia ser revisada. Ora, é ressaltada a inexistência de um conteúdo material unívoco para o valor “Justiça”. Cuida-se de um conceito eminentemente formal e vago, cuja invocação deve ser feita com total parcimônia. Ademais que os julgos de equidade, em nosso ordenamento, só excepcionalmente são admitidos. A justiça do caso concreto, ao arrepio do comando legal, é inadmissível. A invocação da justiça, por vezes, parece ser uma panacéia para todos os males, justificadora de abusos e absurdos, da própria negação da lei. Para o autor, “cabe aos juízes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais, etc.”.

<sup>29</sup> “Numa perspectiva subjetiva, decide-se da boa ou má-fé em que se encontra a pessoa perante uma situação jurídica própria. Assim se refere o possuidor de boa fé, ou o adquirente de boa fé, ou o portador de boa fé, como aquele que, ao possuir ou adquirir certa coisa, ignorava que lesava interesses de outrem. Na perspectiva subjetiva da boa fé tem grande importância o conhecimento ou o desconhecimento subjetivos por parte do agente de uma vicissitude ou de um vício da situação jurídica em questão” (Vasconcelos, 2000, p. 64).

<sup>30</sup> Em recente escrito, Paolo Gallo (2002, p. 239) assinala que “a boa-fé subjetiva indica a observação de um estado subjetivo, vale dizer o estado subjetivo de quem ignora lesar o direito alheio. Por exemplo, o possuidor de boa-fé”. O autor reproduz a noção de boa-fé na posse, constante do art. 1.147 do Codice Civile.

geral de boa-fé que se insere implicitamente em todos os contratos, obrigando os contratantes à observância de deveres específicos de comportamento.<sup>31</sup>

Segundo Gallo, a boa-fé objetiva faz referência às regras de correção, as quais devem ser observadas desde as tratativas iniciais até a execução do contrato (Ascensão, 2002, p. 181).

### 3.3 Boa-fé subjetiva: ética ou psicológica?

Um dos problemas atinentes à boa-fé subjetiva consiste em saber se o legislador adota uma concepção psicológica da boa-fé ou se, ao contrário, exige um *plus*, encampando a linha da boa-fé ética. Antes de mais nada, é necessário precisar as distinções. A boa-fé subjetiva diz-se psicológica quando simplesmente há a ignorância de determinado fato, da ilegitimidade por vício da posição ou direito adquirido, sem exigir qualquer diligência por parte do sujeito. Pode ter sido ele relapso, negligente, estúpido até. Tendo desconhecimento do fato, reputá-lo-á de boa-fé. Ignorava o vício e ponto final.<sup>32</sup>

Já a concepção ética da boa-fé reclama do sujeito certo grau de diligência. O desconhecimento do vício que tornava ilegítimo o exercício da posição jurídica ou a aquisição do direito não pode ser culposo. Considera-se de má-fé aquele que, por culpa sua, desconhece o vício em razão de não se ter acercado do cuidado normal para a verificação de circunstâncias que pudessem macular a aquisição do direito ou o exercício da posição jurídica.<sup>33</sup>

A concepção psicológica da boa-fé subjetiva traz o inconveniente de premiar a incúria, a torpeza, o desconhecimento. Estimula certo descaso no tráfego jurídico, já que passa a ser vantajosa a ignorância de certos fatos e a investigação deles. Um tolo, um idiota, será protegido, na medida em que tudo ignora.<sup>34</sup> Em contrapartida, um sujeito de normal diligência será apenado, pois, fatalmente, terá conhecimento dos fatos, agindo assim de má-fé.

Foi célebre a polêmica entre Wächter e Bruns, com o primeiro defendendo uma concepção psicológica da boa-fé e o segundo a ética.<sup>35</sup> Apesar de, originalmente, no antigo Direito romano ter prevalecido uma concepção psicológica da boa-fé, modernamente é a ética que hoje prevalece.

São duas as justificativas para a adoção da concepção ética, a saber: a) conveniência no tráfego, já que impõe aos cidadãos a adoção de cuidados, obrigando-os a

<sup>31</sup> "A boa-fé objetiva traduz-se, como dissemos, em regras ou padrões objetivos de comportamento. Permite vencer o formalismo inicial através da valoração. À sua luz se irá descobrir o critério de comportamento que a lei, dada a sua generalidade, não pôde materializar" (Ascensão, 2002, p. 181). No mesmo sentido Marques (2002, p. 181).

<sup>32</sup> Aludindo à concepção psicológica da boa-fé, Menezes Cordeiro (1999, p. 181) afirma que "estaria de boa fé quem puramente desconhecisse certo facto ou estado de coisas, por muito óbvio que fosse".

<sup>33</sup> Sobre a noção ética da boa-fé, sustenta-se que "só estaria de boa fé quem se encontrasse num desconhecimento não culposo; noutros termos: é considerada de má-fé a pessoa que, com culpa, desconheça aquilo que deveria conhecer" (Menezes Cordeiro, 1999, p. 181).

<sup>34</sup> "Uma concepção puramente psicológica da boa fé equivale a premiar os ignorantes, os distraídos, os egóistas, que desconheçam mesmo o mais evidente; paralelamente, ir-se-ia penalizar os diligentes, os dedicados e os argutos, que se aperceberiam do que escapa ao cidadão comum" (Menezes Cordeiro, 1999, p. 182).

<sup>35</sup> Conferir um resumo da problemática em Menezes Cordeiro (1997, p. 308-311).

observar certo grau de diligência; b) facilidade de prova, já que não é possível afirmar uma situação íntima de conhecimento de um fato. Mais fácil é a perquirição das circunstâncias pontuais que tornariam o sujeito *capaz* de saber do fato, com um aceitável esforço.

A concepção ética da boa-fé é advogada por incontáveis autores europeus, com destaque para Ascensão (2002, p. 180), Menezes Cordeiro (1999, p. 182), Pais de Vasconcelos<sup>36</sup> e Trabucchi.<sup>37</sup> No Brasil, ao que parece, nas obras dedicadas ao tema, há um arcaico apego à concepção psicológica, como se infere das posições de Teresa Negreiros (2001, p. 122-123) e Martins-Costa (1999, p. 267).

Parece-nos que a concepção ética da boa-fé é que deve ser adotada. Fica, entretanto, a seguinte dúvida: qual o grau de diligência a ser exigido? Seria o critério do bom pai de família uma solução consentânea com a nossa realidade?

Sobretudo se consideradas as particularidades, os desníveis socioculturais da sociedade brasileira, ver-se-á a inadequação do estabelecimento de um *standard* geral de diligência, independentemente de determinadas circunstâncias subjetivas que se façam presentes. Ou seja, em qualquer hipótese, seja quem for o indivíduo, idêntico seria o grau de diligência a ser observado. Diz-se que, nessa hipótese, a verificação se dá *in abstracto*.

A melhor solução é, indubitavelmente, a verificação *in concreto* do grau de cuidados e diligências do sujeito, a fim de ter a perquirição acerca da boa-fé deste. Assim, quanto mais alto for o nível econômico-social do sujeito, maior será a exigência. Exigir-se-ão mais cuidados de um advogado que de um rurícola, por exemplo. O primeiro, quando compra um imóvel de elevado valor, por exemplo, deverá certificar-se da situação do alienante com mais apuro do que o segundo quando adquire uma pequena gleba para plantio.

### 3.4 O princípio da confiança

Remonta ao Direito romano a proteção da confiança depositada pelos sujeitos no tráfico jurídico. Cuida-se a proteção da confiança de um princípio fundamental de concretização da boa-fé. Subjazendo à boa-fé, vê-se no mais das vezes uma situação em que o Direito protege o investimento de confiança feito pelos indivíduos.

Sendo legítima a expectativa criada, vislumbra-se a proteção da situação, seja por influxo da cláusula geral da boa-fé (caso, por exemplo, da vedação do *venire contra factum proprium*, adiante examinado, ou da culpa *in contrahendo*),

<sup>36</sup> O autor inicialmente parece filiar à concepção psicológica. Entretanto, faz ressalva onde exige uma diligência que não se enquadra naquela noção. Segundo o autor, "o conhecimento do vício ou da vicissitude é, em princípio, um conhecimento real e efectivo. No entanto, pode também ser considerado relevante um conhecimento simplesmente normativo, decorrente de situações em que o agente, embora não tivesse de facto conhecimento, deveria tê-lo tido se tivesse usado de uma diligência normal, ou de casos de conhecimento presumido de publicidade registral" (Vasconcelos, 2000, p. 64).

<sup>37</sup> Afirma o autor que "*errantibus (vigilantibus) non dormientibus, iura succurrunt!* O fundamento ético da tutela da boa-fé se revela, portanto, na escusabilidade, que é relevante para a relevância do invocado erro (ignorância da situação fática)" (Trabucchi, 2001, p. 480-481).

seja por dispositivos legais específicos (como é o caso do mandato aparente do art. 689 do CC ou da aquisição a *non domino* do art. 1.268).

Como bem registra Pais de Vasconcelos (2000, p. 63):

a confiança depositada pelas pessoas merece tutela jurídica. Quando uma pessoa actua ou celebra certo acto, negócio ou contracto, tendo confiado na atitude, na sinceridade, ou nas promessas de outrem, ou confiando na existência ou na estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas, ou das circunstâncias envolvidas, o Direito não pode ficar absolutamente indiferente à eventual frustração dessa confiança.

Para que o Direito, com base na boa-fé, dê proteção à confiança, exige-se, cumulativamente, via de regra:

- a) *existência de uma situação justificada de confiança a ser protegida*, ou seja, os fatos concretos verificados devem ter o condão de objetivar e efetivamente inculcar no agente determinada expectativa. Afasta-se o atendimento ao requisito quando houver torpeza ou excessiva credulidade deste. Na prática, o requisito se reputa preenchido com a resposta positiva à seguinte indagação: qualquer pessoa normal, submetida às mesmas circunstâncias, criaria a expectativa afirmada pelo sujeito?;
- b) *essencialidade da situação de confiança*, tendo em vista que a confiança criada deve ter sido determinante na atividade jurídica do sujeito, sem a qual o indivíduo não teria agido. Na prática, necessária será a resposta positiva à seguinte indagação: a situação de confiança foi decisiva para a opção do sujeito pela prática de determinado ato jurídico?;
- c) *imputação ou responsabilidade pela situação de confiança*, ou seja, o sujeito que infundiu a confiança deverá responder por ela. Não se admite, por exemplo, que A inspire a confiança e B venha a ser responsabilizado pela situação. O atendimento ao requisito se dá mediante a resposta positiva à seguinte indagação: o responsável pela situação de confiança é o sujeito que a inculcou?;
- d) *interesse na proteção da confiança*, ou seja, deve haver um benefício prático efetivo ao sujeito para que se reclame a proteção da confiança. Deve a situação trazer uma vantagem ou evitar um prejuízo ao agente. Finalmente, reputa-se atendido o requisito com a resposta positiva à seguinte indagação: a desproteção da situação criada causa prejuízos ao sujeito depositário da confiança?<sup>38</sup>

Os citados requisitos, conquanto representem uma regra geral, comportam exceções. Em determinadas situações, o vigor com o qual se apresentam determinados requisitos pode dispensar a presença de outros.

<sup>38</sup> Menezes Cordeiro (1999, p. 186) e Vasconcelos (2000, p. 63) referem-se a quatro requisitos, quais sejam: a) situação de confiança; b) justificação para essa confiança; c) investimento de confiança; d) imputação da situação de confiança.

É importante ter em conta que a preservação da confiança é um elemento imprescindível à estabilidade social e, como tal, há de ser protegida.

Como afirma Menezes Cordeiro (1999, p. 188),

na sua falta, qualquer sociedade humana se esboroa. Em termos interpessoais, a confiança instalada coloca os protagonistas à mercê uns dos outros: o sujeito confiante abranda as suas defesas, ficando vulnerável. Seguidamente, todos os investimentos, sejam eles económicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações: ninguém dá hoje para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações. Por fim, a confiança e a sua tutela correspondem a aspirações éticas elementares. A pessoa defraudada na sua confiança é, desde logo, uma pessoa violentada na sua sensibilidade moral. Paralelamente, o agente que atinja a confiança alheia age contra um código ético imediato.

### 3.5 Boa-fé objetiva: síntese dos deveres acessórios e respectivo conteúdo

Consoante o já retroafirmado, a boa-fé objetiva postula a observância de determinados deveres, ditos acessórios, no âmbito das tratativas e até após a conclusão de um contrato. O desrespeito a eles acaba por equivaler ao descumprimento da prestação pactuada.

Apesar de a doutrina estrangeira já ter se referido a incontáveis deveres anexos,<sup>39</sup> parece-nos conveniente adotar o critério tripartite formulado por Menezes Cordeiro, que os divide em deveres: a) de proteção; b) de esclarecimento e c) de lealdade. Os deveres de proteção, é bom lembrar, podem ser violados com atuações positivas ou negativas.

Por força dos deveres acessórios de proteção, as partes, desde as tratativas imediatamente antecedentes ao contrato até o término da execução dele, encontram-se vinculadas a determinados deveres.<sup>40</sup> Pode-se imaginar a situação em que um pintor é contratado e vai ao escritório do seu cliente, que conduz aquele por um chão encerado. O pintor escorrega e quebra um braço. No caso, não houve ato ilícito, tampouco descumprimento contratual, mas sim a violação a um dever acessório de proteção, que impõe que as partes, no curso da relação contratual, adotem as medidas necessárias a fim de evitar que a contraparte perceba danos em sua pessoa ou patrimônio (Menezes Cordeiro, 1997, p. 604).

Já os deveres acessórios de esclarecimento tornam obrigatória às partes a prestação de todas as informações relevantes atinentes ao contrato, notadamente com relação às ocorrências correlatas ao objeto do contrato e respectiva execução, bem como dos efeitos possivelmente advindos desta (Menezes Cordeiro, 1997,

<sup>39</sup> Ressalta Vasconcelos (1995, p. 403-404) que "os deveres acessórios são designados e classificados na doutrina de modos muito variados. As variações terminológicas e classificatórias existentes não correspondem no entanto a divergências materiais importantes".

<sup>40</sup> Especificamente sobre os deveres de proteção, ver Ciccarello (1988). Para Vasconcelos (1995, p. 405), "os deveres acessórios de proteção (*Schutzpflichten*) vinculam as partes a evitar a ocorrência de danos, pessoais ou patrimoniais, para qualquer uma delas, no quadro da execução do contrato. Não decorrem do contrato propriamente dito, mas do princípio da boa fé".

p. 605).<sup>41</sup> Importante registrar que tais deveres são mútuos entre as partes. Mesmo em relações de consumo, a boa-fé impõe, por exemplo, que o paciente informe corretamente o médico de seu histórico clínico, sob pena de violação do dever acessório.<sup>42</sup>

Imaginemos a hipótese de uma grande empresa que sonega ao seu distribuidor a informação, dele conhecida, de uma iminente baixa no preço da mercadoria adquirida. Nesse caso, o fornecedor teria a responsabilidade de indenizar o fornecedor pelo prejuízo ocasionado, visto que deixou de prestar uma informação relevante. Por fim, pode-se exemplificar invocando o dever do cliente de munir o seu advogado com informações verídicas que sejam necessárias ao patrocínio da causa.

Finalmente, os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a evitar a adoção de condutas que possam tornar inútil à contraparte a prestação, ou ainda torná-la menos valiosa. Cada um dos contratantes deve adotar as medidas cabíveis para alcançar a satisfação ótima dos objetivos contratuais. As partes devem velar pela garantia de que a contraparte receba tudo aquilo que legitimamente esperava na seqüência da celebração do contrato (Menezes Cordeiro, 1997, p. 606).<sup>43</sup>

Tomemos o exemplo de a empresa A ter adquirido da empresa B uma carga de algodão, obrigando-se esta a entregar a carga em determinado endereço. Chegando ao local da entrega, o funcionário da empresa B simplesmente descarrega a mercadoria em um local descampado e não em um armazém próprio. Por ação do vento, o algodão se espalha e a prestação de serviço se torna inútil à empresa A. B seria responsável pela violação ao dever acessório de lealdade.

Outras emanações do dever de lealdade são os deveres de não concorrência, segundo os quais, após a venda de um estabelecimento, o alienante se obriga a não concorrer com o adquirente. Ou ainda o dever de sigilo quanto às informações obtidas por força do contrato, como é o caso do advogado ou médico que toma conhecimento de particularidades da situação do cliente ou paciente. Enfim, a parte deve preservar os interesses econômicos que justificaram a celebração do contrato, protegendo aquelas expectativas que se formaram no âmbito da contraparte.

Por força da boa-fé, as partes estão adstritas a um cumprimento do contrato consoante aquilo que foi materialmente querido e pensado pelos contratantes, e não a um adimplemento formal das cláusulas lançadas no instrumento contratual. Como afirma Betti (1953, p. 94):

a boa-fé, enquanto integradora da obrigação textualmente assumida no contrato, impõe ao devedor que faça não apenas aquilo que tenha se comprometido, mas tudo aquilo que é necessário para fazer garantir à contraparte o pleno resultado útil da prestação devida.

<sup>41</sup> Segundo Vasconcelos (1995, p. 405), "os deveres acessórios de esclarecimento (*Aufklärungspflichten*) vinculam as partes a informarem-se mutuamente de tudo quanto seja do seu conhecimento que possa ser importante para a outra parte".

<sup>42</sup> Neste sentido, Vasconcelos (1995, p. 405).

<sup>43</sup> Segundo Vasconcelos (1995, p. 405-406), "os deveres acessórios de lealdade (*Loyalitätspflichten*) vinculam as partes a abster-se, no quadro do contrato, de comportamentos que possam falsear o seu objetivo, desequilibrar o jogo das prestações dele emergentes ou perturbar a harmonia do seu sistema interno".

## 4 O abuso de direito

### 4.1 Origem: criação da jurisprudência francesa no início do século XIX

A origem do abuso de direito se deu na França, no início do século XIX, logo em seguida à promulgação do Code Napoleón. Construção originalmente jurisprudencial, a figura do abuso de direito foi proclamada pelos tribunais franceses em 1808 com a condenação de um industrial cuja fábrica de chapéus expelia vapores desagradáveis para a vizinhança. Abusava assim do seu direito de propriedade e de exercício profissional. A expressão “abuso de direito” é atribuída ao autor belga Laurent (Menezes Cordeiro, 1997, p. 670-671).

Alguns autores mostram que o Direito romano continha disposições que limitavam o exercício dos direitos quando estes tivessem por fim lesar direitos alheios.<sup>44</sup> Se é certa a proximidade de determinadas instituições do Direito romano com a figura do abuso do direito (como é o caso da proibição de atos *ad emulationem*), nem por isso é correto afirmar que ali havia a contemplação, como regra geral, da proibição do abuso do direito (Menezes Cordeiro, 1997, p. 676-677).<sup>45</sup>

Assim, é inconteste que a origem da figura ocorreu na França como uma importante contribuição da jurisprudência daquele país para o mundo, uma vez que hoje conta ele com consagração positiva em diferentes nações, como a Itália, Alemanha, Suíça, Grécia, Espanha, Argentina, Portugal e Rússia (Cunha de Sá, 1997, p. 51 et seq.).<sup>46</sup>

### 4.2 Noção de direito subjetivo

São múltiplas e antigas as doutrinas sobre o conteúdo do Direito subjetivo.<sup>47</sup> Desse modo, para os fins aos quais nos propomos neste estudo, revela-se necessária a explicitação da teoria à qual nos filiamos, com a apresentação do conceito de “direito subjetivo” adotado.

Tomamos o direito subjetivo como “uma posição individual e concreta que assegura um círculo de autodeterminação, no sentido de uma atuação livre para a prossecução de interesses próprios” (Ascensão, 2000, p. 79). É o direito subjetivo uma posição pessoal de vantagem que é conferida pelo ordenamento jurídico. Essa vantagem se relaciona a um bem, cuja utilização (ou afetação) tem por objetivo a satisfação das necessidades do titular do direito subjetivo em causa.

Entretanto, na hipótese de abuso contemplada no art. 187 do Código Civil, a noção de “direito” (abuso de direito) há de ser mais alargada. Envolve não apenas

<sup>44</sup> É o caso de Planiol e Ripert (1952, p. 799), que apresentam casos de relações de vizinhança como um dos exemplos em que o abuso era reprimido, citando inclusive as disposições do *Digesto*.

<sup>45</sup> Também nega a origem romana do instituto Cunha de Sá (1997, p. 48-49).

<sup>46</sup> A vedação do abuso surgiu no Código Civil alemão, tendo sido prevista no Código suíço, que por sua vez influenciou a previsão do Código Civil grego. Foi por intermédio do Código grego que a influência se fez sentir em Portugal e, depois, no Brasil.

<sup>47</sup> Uma síntese das várias teorias pode ser conferida em Afialón (1994, p. 558 et seq.) ou em Menezes Cordeiro (1997, p. 662-670).

os direitos subjetivos propriamente ditos, mas também os poderes, as faculdades e as liberdades. Qualquer posição jurídica subjetiva pode ser enquadrada na noção de abuso, sendo ilícito o exercício dela sob certas circunstâncias.<sup>48</sup>

### 4.3 Conceito do abuso de direito e âmbito da proibição

O abuso do direito, desde a sua origem na França, tem se prendido com uma limitação intrínseca ao exercício de um direito subjetivo. Diz intrínseca porque resulta do próprio direito e não de uma norma específica que restrinja o exercício de determinada posição jurídica. Primitivamente, a expressão “abuso de direito” designava o exercício eminentemente formal de um direito, em que havia a violação do respectivo “espírito”. Foi o caso, por exemplo, de um indivíduo que construiu no seu prédio uma chaminé falsa, apenas para tapar uma janela do vizinho.<sup>49</sup>

Como se sabe, os direitos subjetivos são eminentemente funcionais. Os direitos subjetivos são atribuídos pelo ordenamento com uma finalidade específica. Têm todos eles uma função econômico-social, que se lhes apresenta como sua razão de existência, como causa justificadora da respectiva atribuição ao sujeito. Os direitos visam à satisfação de determinados interesses e seu exercício só é legítimo enquanto tiver em mira o atendimento destes.<sup>50</sup>

Um exemplo clássico é a propriedade, sobretudo nas relações de vizinhança. O exercício do *jus abutendi*, quando tenha por intuito o prejuízo de terceiros, deve ser reprimido. Há abuso. Também há abuso no exercício do direito de propriedade quando não é atendida a função social, o que dá causa à desapropriação.

Entretanto, não apenas o direito de propriedade, mas também todos os direitos subjetivos comportam limitações. Mesmo direitos subjetivos públicos, como é o caso do direito de ação, comportam limitação. Imaginemos um caso em que determinado sujeito tenha proposto sucessivas ações, objetivando a cobrança de um mesmo título, cuja nulidade tenha sido declarada, causando restrição cadastral ao suposto devedor. Não há óbice que, em se verificando tal situação, proíba a distribuição de nova demanda com idêntico objeto processual.

Hipótese de abuso se verifica ainda no direito societário, designadamente nas deliberações sociais. O fim econômico-social das deliberações, do direito de votar e participar da gestão do ente coletivo, é voltado para a consecução dos objetivos sociais.

Assim, ter-se-á por abusiva qualquer deliberação que tenha o objetivo de prejudicar determinado sócio ou de obrigá-lo a deixar a sociedade. Sempre que a deli-

<sup>48</sup> Afirma Coutinho de Abreu (1999, p. 67-68), referindo-se ao art. 334 do Código Civil português, que “no abuso de direito temos, não verdadeiramente um direito, mas sim um direito aparente. Além disso, aqui a palavra tem de ser entendida em sentido muito amplo, envolvendo toda e qualquer prerrogativa jurídica subjetiva, os ‘poderes’, as ‘faculdades’, as ‘liberdades’. Deixando de lado essas classificações – longe de lograrem consenso doutrinário –, há que reconhecer que a razão do sancionamento do comportamento abusivo tanto vale para os direitos como para as outras prerrogativas privadas”.

<sup>49</sup> Decisão de 1855 do Tribunal de Apelação francês de Colmar.

<sup>50</sup> Como afirma Ascensão (2002, p. 270): “parece-nos irresponsável que a ordem jurídica não vincula *porque sim*, ou só porque houve consentimento, mas sempre para atribuir uma vantagem àquele perante quem uma pessoa se vincula”.

beração tiver em mira atender unicamente ao interesse de determinado sócio, ainda que majoritário, em prejuízo da sociedade ou dos sócios minoritários, poderá ser perquirida a existência de abuso.<sup>51</sup>

Perante cada direito subjetivo, há de indagar quais são os seus fins econômico-sociais. Sempre que o seu exercício exceder de maneira clara os limites por ele impostos, o exercício será ilegítimo (ilícito, segundo o art. 187 do CC).

Ocorre o abuso de direito quando o exercício de determinada posição jurídica, apesar de aparentemente legítima, afasta-se da realização dos interesses pessoais do agente que foram o objetivo da norma que o confere, ocasionando prejuízo a outrem.

O art. 187 do Código Civil, é bom registrar, à semelhança do art. 334 do Código Civil português, é aferido objetivamente. Ou seja, prescinde da consciência do agente de estar causando prejuízo a outrem, de agir excedendo os limites impostos pelos fins econômicos ou sociais do direito em causa. Basta o efetivo e manifesto ultrapassar esses limites para se ter a situação de ilicitude no exercício.<sup>52</sup> Não se dispensa, entretanto, o prejuízo a outrem. O exercício não se reputará abusivo quando não houver prejudicados, não se exigindo a determinação destes. O exercício abusivo pode lesar toda uma coletividade.

#### 4.4 A noção de bons costumes e a boa-fé no art. 187 do CCB/2003

Para além do excesso aos limites econômicos ou sociais do direito, sendo estes limites intrínsecos ao exercício de direitos, também a boa-fé e os bons costumes se apresentam como fatores condicionantes do exercício de direitos.<sup>53</sup> Os direitos, ao contrário do que ocorre com a respectiva função econômica ou social, não nascem destinados a garantir os bons costumes. Não é uma função própria dos direitos.

A cláusula de bons costumes, inserida no art. 187 do Código Civil, é a expressão máxima da penetração da moral no Direito. Atua contra os bons costumes (*contra bonos mores*) aquele que peca por não observar os deveres ético-sociais de conduta genericamente aceitos em sociedade, em determinada condição de espaço e tempo. A noção de bons costumes varia segundo critérios espaciais ou temporais. O que antes era moralmente aceitável hoje pode não mais o ser.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Sobre o abuso nas deliberações sociais, ver Coutinho de Abreu (1999). Afirma o autor que: "Em regra, uma deliberação social é abusiva quando, sem violar específicas disposições da lei ou dos estatutos da sociedade, é susceptível de causar ao(s) sócio(s) minoritário(s) um dano – a que corresponde, ou uma não desvantagem, ou uma vantagem para o(s) sócio(s) maioritário(s) –, assim se contrariando o interesse social" (idem, p. 136).

<sup>52</sup> Afirma a objetividade da aferição da conduta no Direito português Ascenção (2001, p. 277). Os autores alemães adotam a noção subjetivada do abuso, por força de disposição expressa do BGB, que exige que o agente tenha o intuito de lesar o direito de outrem para a configuração da situação.

<sup>53</sup> Cunha de Sá (1997, p. 188) fala mesmo em "abuso do direito por se excederem os limites que ao exercício dos mesmos são impostos pelos bons costumes".

<sup>54</sup> Para Menezes Cordeiro (1999, p. 193), a noção de bons costumes corresponde "à moral social da linguagem clássica portuguesa, traduzem um conjunto de regras de comportamento sexual, familiar e deontológico acolhidas pelo Direito, em cada momento histórico. Não estando embora codificadas, tais regras provocam consenso em concreto, pelo menos em casos limites".

Entre uma concepção idealista (filosófica ou religiosa) de bons costumes (extraída da moral cristã ou de orientações filosóficas) e a sociológica (obtida a partir da análise do sentimento socialmente majoritário), é de preferir a segunda. Com efeito, impor a todos a moral cristã é impingir critério que poderia suscitar protestos por confessadamente privilegiar a orientação de determinada crença em detrimento de outras. Entretanto, não se pode negar que a concepção sociológica e a cristã no Brasil serão coincidentes.

Quando se fala em regras morais, a fim de identificar a precisa noção de bons costumes, se está a fazer uma delimitação objetiva. Não se cuida daquilo que se pratica, tampouco da conduta que o juiz acha mais acertada. Cuida-se do sentimento ético que predomina em uma sociedade, segundo a consciência de parcela maior de uma comunidade.

No Brasil, já na vigência da antiga codificação, na qual não se previa uma cláusula geral de bons costumes, havia autores afirmando que certas liberdades estariam limitadas pelos bons costumes. É o caso da liberdade de contratar, que segundo Orlando Gomes (1999, p. 24-25) “jamais foi ilimitada”. Segundo o autor, esta sempre foi confinada pela ordem pública e pelos bons costumes. Havendo violação a uma ou outra, ter-se-ia a nulidade do contrato.

Agora, para além daquela limitação preteritamente afirmada, imanente ao sistema e antes existente no âmbito eminentemente principiológico, a nova codificação positivou a necessidade de respeito aos bons costumes. O exercício de qualquer posição subjetiva em violação manifesta aos bons costumes é reputado ilícito.

Cumpre-nos distinguir a boa-fé dos bons costumes. Estes têm uma noção muito mais fluida que a boa-fé. Pode haver coincidência entre a violação de um e de outro. Chegou-se mesmo a afirmar que “um comportamento ofensivo aos bons costumes é sempre um contrário à boa-fé, só no entanto uma violação grosseira da boa-fé ofenderá os bons costumes” (Hueck, 1947, p. 12, apud Coutinho de Abreu, 1999, p. 64). Não cremos ser exata semelhante afirmação. Há casos em que se pode imaginar uma violação aos bons costumes sem haver violação à boa-fé. Imaginemos a hipótese de um habitante de país estrangeiro, com diferentes hábitos, transitar desnudo em via pública. Ter-se-ia um exemplo claro de violação aos bons costumes (sendo inclusive um *Tatbestand* previsto no Direito Penal), sem qualquer mácula à boa-fé.

Já a boa-fé resta violada quando o exercício de posições jurídicas seja feito sem benefício efetivo e palpável para o titular, com prejuízos para terceiros, ou quando tenham sido inobservadas certas regras de conduta. Reproduzindo as palavras de Cunha de Sá, pode-se dizer que “o sujeito de direito deve atuar como pessoa de bem, honestamente e com lealdade”. Não o fazendo, havendo inobservância de um dever de correção e lealdade no exercício dos direitos, viola-se a boa-fé.

Em praticamente todas as situações de abuso de direito há a violação da boa-fé. Quem age deslealmente, com intuito de prejudicar e ainda que encoberto pelo exercício de um aparente direito, age de má-fé. Ofendem-se, assim, sempre de maneira manifesta, os limites impostos pela boa-fé, sendo ilícita a conduta.

#### 4.5 Conseqüências do exercício abusivo de direitos e possibilidade do seu reconhecimento *ex officio*, no curso do processo

Antes de mais, importa referenciar que, nos termos do art. 187 do novo Código Civil, o exercício abusivo deve ser manifesto. O vocábulo “manifesto”, segundo Houaiss (2001), é sinônimo de “flagrante”, “evidente”, “indiscutível”, “inegável”, “notório”, “claro”, “patente”.

A exigência da evidência do abuso vem em atendimento ao princípio da segurança jurídica, a fim de evitar um controle extremado e inaceitável do exercício dos direitos. O princípio da autonomia privada assegura a todos os sujeitos uma margem de ação em sociedade, seja determinando suas regras contratualmente, seja exercitando seus direitos.<sup>55</sup>

Faz-se imperiosamente necessário que aos indivíduos seja dado saber os limites da liberdade de agir. Não é aceitável que determinado sujeito, crendo estar dentro de uma esfera em que sua conduta é permitida, seja tolhido em sua liberdade e surpreendido pela obrigação de indenizar ou de se abster de exercer determinado direito ou posição jurídica subjetiva.<sup>56</sup>

Por tal razão, o excesso deve ser manifesto, evidente, flagrante. Sempre que houver dúvida justificável de que foi controvertida a conformidade ética do exercício de determinado direito, ou sobre o desvio à função econômica ou social deste, não se poderá reputá-lo ilícito. Não surge, em tais hipóteses, na esfera jurídica do agente o dever de indenizar.

Outra dúvida que poderá ocorrer gira em torno da possibilidade ou não do reconhecimento *ex officio* do abuso de direito. Poderão os tribunais reconhecer o abuso sem que tenha sido alegado pelo prejudicado? Cremos ser legítima a proclamação, pelo juiz, da situação de abuso, independentemente de invocação deste pela parte interessada. Basta a indicação dos fatos que mostram uma semelhante ocorrência e, uma vez convencido do excesso manifesto aos limites legalmente impostos para o exercício dos direitos, este poderá ser reconhecido pelo juiz. É dever do intérprete-aplicador negar que uma situação de abuso persista. *Da mihi factum, dabo tibi ius.*<sup>57</sup>

Importante saber também, na prática, quais serão as formas de tutela a ser perseguidas, nos casos de abuso. São três as conseqüências possíveis quando se verificar uma situação de exercício inadmissível de direitos, a saber: a) dever de

.....  
<sup>55</sup> A expressão “autonomia” tem origem grega (*auto* = próprio e *nomos* = regra). Pode ser assim definida: “A autonomia privada consiste assim num espaço de liberdade, já que desde que sejam respeitados certos limites, as partes podem livremente desencadear os efeitos jurídicos que pretenderem” (Leitão, 2002, p. 20).

<sup>56</sup> “Aos tribunais pede-se, todavia, o maior critério e a maior precisão na aplicação da boa fé e, designadamente, quando isso suceda contra o *ius strictum*. A possibilidade de qualquer pedido ser delido por invocado abuso, inclusive apenas no Supremo [cuida-se do Supremo Tribunal de Justiça português, homólogo ao nosso Superior Tribunal de Justiça] e sem que isso tivesse sido previamente discutido, introduz, nos processos, um factor de álea ou de insegurança incompatível com a justiça. Decidir de acordo com a boa fé exige, ao intérprete-aplicador, um esforço analítico, conceitual e justificatório paradoxalmente muito superior ao requerido pela aplicação de normas estritas” [Inserção aclaradora entre colchetes não consta no original] (Menezes Cordeiro, 1999, p. 197).

<sup>57</sup> Em sentido contrário, separando as hipóteses em que o reconhecimento oficioso é possível (regras de Interesse e ordem pública) ou não (caso da boa-fé em que esteja em questão litígio entre privados a quem cabe a alegação do excesso), ver Ascensão (2002, p. 284-285).

indenizar, atendidos os pressupostos da responsabilidade civil, especialmente o dano; b) invalidade do ato, na medida em que se poderá reputá-lo sem efeitos (*v.g.*, o caso de uma denúncia abusiva); c) surgimento, na esfera do titular, de um dever de ação ou abstenção (obrigação de fazer ou não fazer), a qual será passível de tutela específica (art. 461 do CPC).

## 4.6 Tipos de atos abusivos

### 4.6.1 O *venire contra factum proprium*

A vedação ao *venire contra factum proprium* surge por influxo do princípio da confiança. Assegura-se a manutenção da situação de confiança legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais. A proibição tem origem no Direito canônico, inadmitindo-se a adoção de condutas contraditórias. É uma regra de coerência, pela qual se veda que se aja em determinado momento de certa maneira e, posteriormente, adote-se um comportamento que frustra, vai contra aquela conduta tomada em primeiro lugar.

Como afirma Menezes Cordeiro (1999, p. 200), o *venire contra factum proprium* “coloca a hipótese de, independentemente de ter sido acionada qualquer previsão normativa comum de tipo contratual, o agente ficar adstrito a não contradizer o que primeiro fez e disse”.

É oportuno registrar que a vedação ao *venire contra factum proprium* não é absoluta. Havendo mera permissividade, uma liberalidade que não gere uma expectativa legítima de que a situação se manterá inalterada, não se pode falar em semelhante situação. Não se concebe que se retire dos sujeitos a possibilidade de se arrepender, de mudar de idéia, de rever as suas condutas, o que implicaria uma vinculação *ad aeternum*.

Há certas circunstâncias em que uma parte contratante tolera manifestamente determinada situação por vários anos, em violação ao contrato, para depois pleitear a rescisão dele com base na conduta tolerada. Imagine-se a situação de um locador que, não obstante houver cláusula expressa no contrato vedando a sublocação do imóvel, consinta tacitamente com a subcontratação. Não seria lícito àquele locador, volvidos vários anos, pleitear a rescisão do contrato pela violação da cláusula que proibia a sublocação.<sup>58</sup>

O *venire contra factum proprium* pode resultar de uma atitude omissiva ou comissiva. Ocorre tanto quando se cria a confiança de que determinada conduta será adotada, e não o é, como no caso em que a confiança gerada é no sentido de que nada será feito, como acontece no exemplo anterior.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já deixou consagrado que “O *venire* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente: o comportamento que tenha imprimido confiança aos sujeitos envolvidos ficaria de pé” (decisão de 5 de fevereiro de 1998, rel. Torres Paulo, *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 474, p. 431-435, 1998).

<sup>59</sup> “Há *venire contra factum proprium*, em primeira linha, numa de duas situações: quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique, e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa atuação e, depois, se negue” (Menezes Cordeiro, 1997, p. 747).

Um exemplo de expectativa de omissão se dá no seguinte caso: instituído um tribunal arbitral, a parte invoca a incompetência deste e a alegação é acolhida. Posteriormente, em juízo, vem-se alegar a existência da convenção de arbitragem e pedir a extinção do processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VII. No caso, criou-se a expectativa de que a exceção dilatória referente ao tribunal não seria invocada em juízo. A defesa seria abusiva e não poderia ser acolhida, em virtude de ser manifesta a desconformidade do respectivo exercício com a boa-fé.

Segundo Menezes Cordeiro (1997, p. 769):

a proibição de *venire contra factum proprium* representa um modo de exprimir a reprovação por exercícios inadmissíveis de direitos e posições jurídicas. Perante comportamentos contraditórios, a ordem jurídica não visa a manutenção do estado gerado pela primeira atuação, que o Direito não reconheceu, mas antes a proteção da pessoa que teve por boa, com justificação, a atuação em causa.

#### 4.6.2 *Supressio (Verwirkung), surrectio (Erwirkung) e tu quoque*

Os vocábulos *supressio* e *surrectio* são uma classificação dada em Portugal para os termos originários da Alemanha *Verwirkung* e *Erwirkung*. Designa o primeiro (*supressio*) o fenômeno da supressão de determinadas faculdades jurídicas pelo decurso do tempo. Ascensão traduz o termo, referindo-se à preclusão. O segundo (a *surrectio*), por sua vez, designa o fenômeno inverso, ou seja, o surgimento de uma situação de vantagem em virtude de não ter sido feita qualquer oposição à situação fática verificada por determinado período de tempo.

Na Alemanha, antes da Segunda Guerra Mundial, como se sabe, ocorreu grande desvalorização da moeda. Na ocasião, os tribunais afirmavam que o transcurso de determinado lapso de tempo sem que fosse pedida a recomposição das perdas por parte do credor implicava a perda do direito (Menezes Cordeiro, 1999, p. 206).

É uma forma de repercussão do tempo nas relações jurídicas, que no nosso Código tem uma disciplina específica (arts. 178, 205 e 206 do novo CC), o mesmo ocorrendo no Direito português.

Por tal razão, tanto no Brasil como em Portugal, é de rejeitar a possibilidade de reflexo do tempo nas relações jurídicas, fora das hipóteses expressamente contempladas na lei. Na Alemanha, a excessiva largueza dos prazos prescricionais tornou necessária a construção, o que não ocorre no nosso país.<sup>60</sup>

Admite-se, outrossim, que o transcurso do lapso temporal, aliado à circunstância da confiança gerada, pode ter relevância, ou seja, possa relevar para a verificação de uma situação de *venire contra factum proprium*, já referenciada.

Por fim, importa referir ao *tu quoque*. A locução designa a situação de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta

<sup>60</sup> No Direito português, a inadmissibilidade do fenômeno da *supressio* e da *surrectio* é afirmada por Ascensão (2002, p. 291-292) e por Menezes Cordeiro (1999, p. 206).

tirar proveito da situação em benefício próprio. É a alegação da própria torpeza, vedada pelo Direito: *turpitudinem suam allegans non auditur*. A exceção do *tu quoque* obsta os efeitos de semelhança invocação.

Registra Ascensão (2002, p. 289) que “há situações em que um sujeito, que praticou uma violação, atinge a boa fé se argúi violações da outra parte”. Quem viola as suas obrigações contratuais não pode se valer da sua própria falta para se favorecer diante da contraparte.

Não se deve confundir o *tu quoque* com a exceção do contrato não cumprido (arts. 476 e seguintes do CC). Neste, as obrigações devem ser sinalagmáticas. Só o cumprimento das prestações co-respectivas, que integram o âmbito da bilateralidade, pode ser obstado quando a contraparte não cumprir a que lhe corresponder. Já no *tu quoque*, independentemente da tal co-respectividade, veda-se que determinado sujeito da relação contratual se valha do seu próprio descumprimento.<sup>61</sup>

#### 4.6.3 A figura da *aemulatio* e da *exceptio doli generalis*

A figura da *aemulatio* é conhecida desde os romanos, tendo sofrido forte aplicação e desenvolvimento do Direito medieval, sobretudo nas relações de vizinhança. A figura surge sempre que o exercício de determinado direito tenha em mira não a satisfação de um interesse do titular, como forma de trazer a este uma vantagem, mas sim tiver por escopo apenas ocasionar prejuízo a outrem. A doutrina da proibição *aemulatio* teve vários críticos nos alvares do século XX, sendo as objeções fundadas basicamente no ideal individualista então reinante.<sup>62</sup>

Hoje, com a “socialização” que se opera no Direito, é legítima a ressurreição da figura do abuso representado pelo ato emulativo, presentemente amparado pela cláusula geral do art. 187 do novo Código Civil. Não se pode admitir que uma posição jurídica subjetiva seja exercida quando o seu único móvel seja causar prejuízo a outrem.<sup>63</sup>

Reproduzindo a orientação ditada em tribunal português, Cunha de Sá (1997, p. 246-247) registra que

o abuso do direito surge quando o seu titular o exerce *com prejuízo para outrem, sem nenhum interesse para si e só por emulação*, e que portanto, sendo tal teoria a expressão concreta da grande regra da relatividade dos direitos, quem exerce um direito tem que se conformar com a sua razão de ser e permanecer dentro da instituição, pois, caso contrário, desvia o direito do seu destino e incorre em culpa que é motivo de responsabilidade.

<sup>61</sup> Afirma Menezes Cordeiro (1997, p. 851) que “a pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a regulação material instituída, expressa, mas só em parte, no seu direito subjetivo, não pode, depois pretender, como se nada houvesse ocorrido, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu. Distorcido o equilíbrio da base, sofre-lhe as consequências”.

<sup>62</sup> Cf. Martins, 1997, p. 17-19. No mesmo sentido, Menezes Cordeiro, 1997, p. 673-674. O § 226 do Código Civil alemão traz a regra segundo a qual “o exercício de um direito é inadmissível se o seu propósito é apenas o de causar dano a outrem”.

<sup>63</sup> Afirma a abusividade dos atos emulativos Ripert (2000, p. 180).

Para a caracterização da situação de abuso por emulação, exige-se cumulativamente que: a) exista o exercício de um direito; b) o exercício seja danoso; c) a inutilidade do ato para o agente; d) a razão *única* do exercício seja causar lesão a terceiro.<sup>64</sup> Estando reunidos tais pressupostos, o ato será ilícito.

Outra figura de abuso, igualmente proveniente do direito romano, é a *exceptio doli generalis*. Esta, apesar da importância inicialmente atribuída pelos romanos e da grande aplicação no Direito europeu até a metade do século passado, entrou em declínio, absorvida pelos outros tipos de abuso no exercício de direitos.<sup>65</sup>

A *exceptio doli* se verifica quando um sujeito, mediante atitude dolosa, leva outro a se colocar em uma situação de desvantagem. É o caso, por exemplo, de um empreiteiro que, fazendo crer ao dono da obra que uma reparação seria feita, levasse este a esperar o decurso do prazo decadencial previsto no parágrafo único do art. 618 do Código Civil, vindo depois a alegar a caducidade do direito à reparação do defeito.<sup>66</sup>

No Brasil, a admissão da *exceptio doli generalis* parece estar prejudicada pela previsão específica dos arts. 145 e seguintes do Código Civil (correspondentes aos arts. 92 e seguintes do Código revogado). Entretanto, importa distinguir o vício na formação da vontade, previsto em tais dispositivos, daquela situação antes exemplificada.

#### 4.6.4 Inalegabilidades formais

O Direito, em determinadas situações, impõe exigências especiais de forma para a celebração de certos negócios jurídicos, sob pena de nulidade (art. 166, IV, do CC). Imaginemos, entretanto, que um sujeito, aproveitando-se da ignorância ou da credulidade de outro, induza o último à celebração de um negócio nulo, em benefício próprio. Seria legítima a invocação da nulidade?

A jurisprudência alemã e a portuguesa rejeitaram, em inúmeras oportunidades, a possibilidade de arguição da nulidade.<sup>67</sup> Segundo Menezes Cordeiro (1999, p. 204),

desde que o direito adquiriu a capacidade de complementar internamente o próprio sistema, os juristas ponderaram a possibilidade de, em certos casos e em nome da boa fé, bloquearem a invocação das invalidades formais. Imagine-se que alguém induz outrem a celebrar um negócio *sem* observância da forma legal, beneficia da aparência daí resultante e, supervenientemente, quando lhe convier, invoca a nulidade que causou. A actuação seria contrária ao sistema, exigindo um correctivo *ex bona fide*.

A situação, aparentemente, reconduzir-se-ia à situação do *venire contra factum proprium*, na medida em que o incentivo à celebração do negócio sem a observân-

<sup>64</sup> Os requisitos são elencados por Martins (1997, p. 18).

<sup>65</sup> Sobre a *exceptio doli*, ver Menezes Cordeiro (1997, p. 719 et seq.).

<sup>66</sup> O exemplo é dado por Ascensão (2002, p. 289), que confessa a dificuldade em admitir um impedimento ao decurso de um prazo de caducidade.

<sup>67</sup> Exemplos de semelhantes decisões são apresentadas por Menezes Cordeiro (1999, p. 204-205).

cia da forma legal e a posterior alegação da nulidade revelaria a existência de comportamentos contraditórios. Entretanto, no caso das inalegabilidades formais, uma parêntese de exigências adicionais se apresenta, justificando o respectivo enquadramento em uma tipologia própria.

Na hipótese em exame, é necessária uma sindicância mais aprofundada acerca da boa-fé subjetiva. É essencial verificar se efetivamente foram observadas as cautelas exigíveis na espécie pelo prejudicado, levando-se sempre em conta as condições econômico-sociais deste. Outra exigência que se faz para o reconhecimento da inalegabilidade do vício de forma é que o escopo para o qual se exigiu a forma tenha sido atendido.<sup>68</sup>

Há autores que negam peremptoriamente a possibilidade de qualquer flexibilização das regras formais, admitindo apenas a responsabilidade daquele que dolosamente causa prejuízo pela satisfação do interesse contratual negativo (ou seja, o dever de ressarcir as despesas havidas com a não-realização do negócio, sem que, entretanto, possa este ser reputado válido).<sup>69</sup>

Outros admitem, em caráter excepcionalíssimo, seja relevada a ausência da forma prescrita em lei, reputando-se como válido e eficaz o negócio celebrado.<sup>70</sup> No Direito brasileiro, uma solução parece ser possível com base no art. 187 do Código Civil.

O ato que exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé é ilícito (contrariamente ao que ocorre em Portugal, onde não há a cominação de ilicitude). Sendo ilícito, nos termos do art. 927, gera a obrigação de indenizar. Não há que falar em interesse negativo. A obrigação de reparar o dano é integral. Nada obsta que o agente que praticou ilícito seja obrigado a indenizar em espécie (e não *in pecuniae*), consistindo a indenização justamente em o tribunal determinar, a título indenizatório, o cumprimento do contrato. A solução, que tem efeitos práticos equivalentes à validação do contrato, é dogmaticamente mais aceitável, por não implicar a pura e simples relevação do vício de forma. Simplesmente não se valida o contrato; indeniza-se em espécie.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Os objetivos das exigências de forma são: a) necessidade de levar as partes a refletir antes da prática de determinados atos (como é o caso do casamento); b) o reforço da segurança do negócio (como nos casos em que se exige a escritura pública) e c) a facilitação da prova dos fatos (cf. Ascensão, 2002, p. 54). Menezes Cordeiro (1997, p. 790) afirma que os escopos visados pela prescrição formal são "a defesa contra precipitações das partes, a clareza do conteúdo, a publicidade e o acautelar da posição de terceiros". Para o autor, "sempre que tais escopos estivessem assegurados no caso concreto, a pretensão legal ficaria satisfeita".

<sup>69</sup> É o caso de Ascensão (2002, p. 56).

<sup>70</sup> Afirma Castro Mendes (p. 92) que "o intérprete, desde que lealmente aceite como boa e valiosa para o comum dos casos a norma que prescreve a nulidade dos negócios feridos de vício de forma, está legitimado para, nos casos excepcionalíssimos do art. 334 (abuso de direito), afastar a sua aplicação, tratando a hipótese como se o acto tivesse formalizado".

<sup>71</sup> A solução, mesmo à luz do Direito português, é preconizada por Menezes Cordeiro (1997, p. 796). Segundo o autor, "quando uma situação de invalidade seja considerada como de origem censurável por, na sua gênese, ter havido uma actuação contrária a regras jurídicas, incluindo a própria boa fé, altura em que ocorre a *culpa in contrahendo*, podem, com facilidade, constituir-se os pressupostos da responsabilidade civil: o dano – e não a sua imputação – tomaria corpo aquando da alegação da nulidade, ou do seu próprio reconhecimento, por ofício, pelo tribunal. Tem, então, cabimento o arbitrar de uma indenização em espécie que, procurando reconstituir a situação a que se teria chegado se não tivesse havido prevaricação, corresponda, materialmente, ao cumprimento do contrato nulo, mediante a contraprestação acordada, devida agora a título de compensação necessária para evitar enriquecimentos indevidos. Em termos de mera descrição, pode afirmar-se que, constatando a iniquidade da ocorrência, o tribunal, embora adstrito às regras plenas da nulidade, tem a possibilidade de, a título indenizatório, determinar o acatamento do contrato. As obrigações daí derivadas têm, no entanto, origem na situação de responsabilidade civil e não no contrato viciado, assumindo, por isso, natureza legal".

#### 4.6.5 Desproporção entre vantagem e prejuízo no exercício dos direitos

O último tipo de exercício abusivo de direitos a ser referenciado é aquele que implica uma desproporção entre a vantagem e prejuízo acarretado pelo seu exercício. Uma hipótese especificamente contemplada em nosso ordenamento jurídico é aquela prevista no art. 1.255 do Código Civil. Segundo tal dispositivo legal, quem de boa-fé planta ou constrói em terreno alheio, superando o investimento na benfeitoria significativamente o valor do terreno, poderá adquirir a propriedade do solo mediante a indenização a ser fixada judicialmente.

É uma forma de evitar uma injustificada lesão, que não tem aplicação apenas na hipótese versada. Por força da cláusula geral de boa-fé, é de evitar a desproporção entre benefício auferido e sacrifício imposto. Imaginemos a hipótese de um empreiteiro, após a conclusão da obra, ter se equivocado na metragem de determinado cômodo. Imaginemos ainda que, para a correção do equívoco, fossem necessárias a demolição do prédio e a sua reconstrução. Seria flagrantemente atentatória à boa-fé a imposição de tal dever. A solução seria a recomposição do prejuízo mediante indenização.<sup>72</sup>

O mesmo ocorre quando se faz desencadear a exceção do contrato não cumprido por faltas insignificantes, como sói acontecer na prática quotidiana, em que a *exceptio non adimpleti contractus* é invocada dolosamente, como forma de auferir vantagem indevida.<sup>73</sup>

Afirma Ascenção (2002, p. 288) que “o exercício do direito encontra o seu limite quando houver uma grave desproporção entre o benefício recebido e o prejuízo imposto a outrem”.

## 5 Conclusão

Os limites da boa-fé e a extensão e contornos da respectiva cláusula geral ainda estão por definir no Direito brasileiro. A eventual admissão das figuras clássicas de violação da boa-fé pelos tribunais é dúvida que no momento se põe. A doutrina nacional recente ainda não procedeu com um exame mais aprofundado da problemática antes examinada.

A cláusula geral da boa-fé, tanto em termos subjetivos como objetivos, revela-se como um importante instrumento para o aplicador do Direito. Aguarda-se ansiosamente pelo resultado do preenchimento do conteúdo da cláusula, sobretudo pelos tribunais.

<sup>72</sup> Nas obrigações de não fazer, o Código Civil italiano, em seu art. 2.933, prevê solução análoga, caso o prejuízo causado seja excessivo, em prejuízo da economia nacional.

<sup>73</sup> O exemplo é de Menezes Cordeiro (1997, p. 859). Para o autor, “ninguém pode ser obrigado a suportar o exercício de um direito, quando o sacrifício implicado afecte gravemente os princípios da boa fé”.

## Referências

- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2002.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. v. 2 e 3.
- \_\_\_\_\_. *O direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953, v. 1.
- BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1987.
- CASTRO MENDES, João de. *Teoria geral do direito civil*. Lisboa: AAFDUL, v. 2.
- CICCARELLO, Sebastiano. *Dovere di protezione e valore della persona*. Milano: Giuffrè, 1988.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito*. Almedina: Coimbra, 1999.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: RT, 1980.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.
- DI MAJO, A. Il principio di buona fede nelle obbligazioni. In: BESSONE, Mario (Org.). *Casi e questione di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2003.
- FIGUEIREDO, Ivaniildo. Efeitos do contrato. In: LOBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Org.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.
- GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Signo, [s.d.].
- GALLO, Paolo. Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, n. 2, mar.-abr. 2002.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In: LOBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Org.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.
- LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2002. v. 1.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MERÊA, Manuel Paulo. *Código Civil brasileiro*. Lisboa: Clássica, 1917.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998. v. 1, t. I.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de Droit Civil Français*. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1952, t. VI.

- REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Pádua: Cedam, 2001.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito civil: relatório*. Lisboa: FDUL, 2000.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Polémica sobre la "action"*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Europa-América, 1974.