

THAMILLE ADALGISA SANTA ROSA MATOS

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O ABUSO DE DIREITO
NOS CONTRATOS PARTICULARES**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe - FANESE
como um dos pré-requisitos para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Carlos Santos

ARACAJU

2014

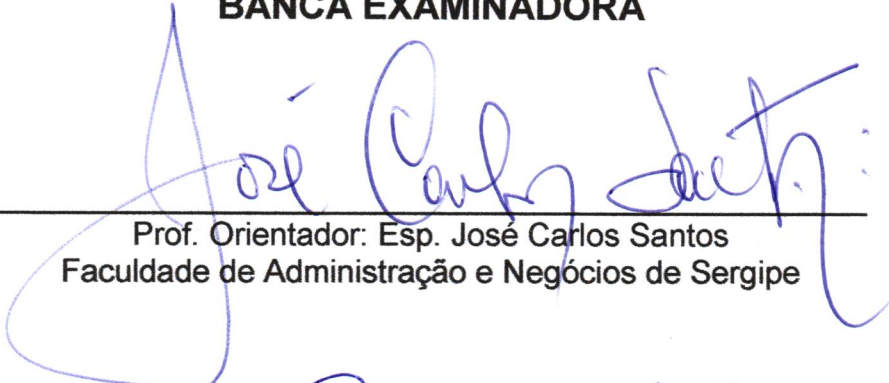
THAMILLE ADALGISA SANTA ROSA MATOS

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O ABUSO DE DIREITO NOS CONTRATOS PARTICULARES

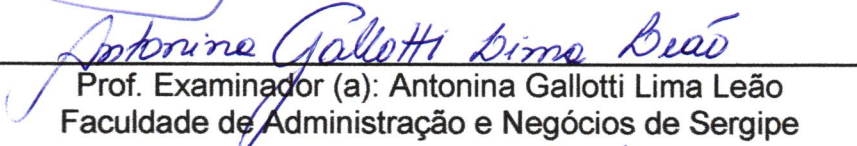
Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 31/05/2014.

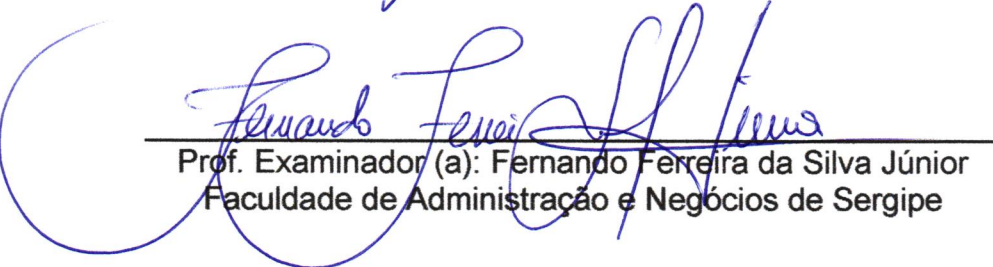
BANCA EXAMINADORA



Prof. Orientador: Esp. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Examinador (a): Antonina Gallotti Lima Leão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Examinador (a): Fernando Ferreira da Silva Júnior
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

M425b MATOS, Thamille Adalgisa Santa Rosa. A Boa-Fé Objetiva e o Abuso de Direito nos Contratos Particulares. Aracaju, 2014. 50 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Departamento de Direito, 2014.

Orientador: Prof. Esp. José Carlos Santos

1. Princípio da Boa-Fé 2. Relações Humanas 3. Contratos
4. Ética 5. Lealdade I. TÍTULO.

CDU 347.44: 347.441.62 (813.7)

A Deus, aos meus pais, irmãos, e todos aqueles que permaneceram ao meu lado, sempre acreditando e me fazendo ter forças, coragem pra fazer de um sonho o presente.

AGRADECIMENTOS

Agradecer por um trabalho realizado, por um objetivo alcançado, é difícil com palavras, elas são pequenas, e por mais grandiosas que venham a parecer não conseguem alcançar o sentimento.

Sem sombra de dúvidas essa realização se deu, primeiramente, pela graça, bondade e misericórdia de Deus, pela força que me doou durante todo esse tempo.

Em segundo lugar os responsáveis por isso são duas pessoas mais que especiais, os maiores exemplos de bondade, respeito, confiança e, sobretudo de humildade que pude e poderia ter na vida: meus pais, meus orgulhos: José Lagoa de Matos e Terezinha Santa Rosa Matos.

Inicia-se uma jornada em meio a sonhos, grandes sonhos, vê-se que o caminho é longo e as pedras são muitas e constantes, mas vocês me deram força, ânimo por diversas vezes. O peso de estar fora de casa, longe da família, a vontade de desistir foi imensa, e perdurou durante muitas vezes, mas a fé me manteve constante e vontade de vencer prevaleceu.

Nos momentos de fraqueza além de me apegar com Deus, além do amor dos pais, ainda me fortaleci no amor de meus irmãos, Tatiane, Denison (*in memoriam*), Taciane e Janison, Lili, minha cunhada, que mesmo longe, estiveram sempre comigo e aos presentes que eles me deram: Ludmilla, João Victor, Enzo, Denison Sobrinho, Yane, os mais lindos e eternos bebês.

E nesse, muitas vezes, enfadonho caminho quantas pessoas passaram pela minha vida deixando belas palavras e me apoiando? E o meu agradecimento vai a todas aquelas que permaneceram.

André Sanches por ter sido extremamente presente nessa reta final, como alguém sempre disposto a me dá forças, sempre ao meu lado, um companheiro inigualável.

Amigos. Que grande família! Quanta aprendizagem.

Gostaria de agradecer, jamais menosprezando os demais, mas a um em especial: Diego Carvalho Reis (*in memoriam*), pela minha chegada e permanência em um território, até então, estranho, e pela força, companhia, conselhos, carinho, amor e paciência dia após dia.

Aos meus companheiros de república, com eles foi possível aprender a repartir, a divergir, a manter-se firme e principalmente que família a gente constrói com carinho.

Meu colegas de estágio, quantos risos, histórias, aprendemos tanto juntos. Em especial a Christiane Sena por me mostrar que nem sempre a vida é fácil, mas que coragem, determinação e fé, nos levam além de muralhas. Dr. João Arruda, pela oportunidade e, sobretudo pela confiança depositada naquela menina amedrontada.

Aos meus mestres sempre dispostos a passar conhecimento e sendo sempre exemplos de vitórias, cada um em sua realidade, mostrando que sempre se pode ir mais. Colegas de sala, e entre eles os colegas de vida: Cinthia, Gessé, Marcio e Orlanne.

Ao meu orientador José Carlos Santos que me acompanha desde o início dessa longa jornada se mostrando paciente, amigo, humilde, a cada semestre que passou, e hoje, aqui permanece.

Obrigada a todos vocês pela confiança, incentivo, pela presença constante, por sempre estarem do meu lado, e principalmente por me fazerem, hoje, ser a pessoa que sou, e alcançar algo que tantas vezes pareceu uma ilusão, por me mostrar que os sonhos são passíveis de serem alcançados e se tornarem realidade.

"Nas grandes batalhas da vida, o primeiro passo para a vitória é o desejo de vencer."

Mahatma Gadhi

RESUMO

Vivemos de um modo em que as relações entre os seres humanos não são meramente construídas pela afinidade, mas pelo fato de suas próprias insuficiências ensejarem essas relações sociais de modo a que cada ser possa ter suas necessidades atendidas. Em um mundo onde cada ser produz uma parcela nota-se uma contraprestação em valores, modelos, objetos distintos. Essas relações, normalmente, se dão na forma de contratos. O presente trabalho visa esclarecer de que modo os contratos prevalecem na sociedade e seu exigível. Ou seja, até onde se pode usá-lo de forma ética, especificamente trata do princípio da boa-fé objetiva, tendo este não apenas como um conceito abstrato, mas uma norma concreta, obrigatória e coercitiva mantedora da lealdade, bom senso e respeito mútuo.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da boa-fé. Relações Humanas. Contratos. Ética. Lealdade.

RESUMEN

Vivimos de un modo en que las relaciones entre los seres humanos no son meramente construidas por la afinidad, pero por el acto de sus propias insuficiencias dan lugar a esas relaciones sociales de modo para que cada ser pueda tener sus necesidades satisfechas. En un mundo donde cada ser produce una parcela se observa una contraprestación en valores, modelos, objetos distintos. Estas relaciones suelen ocurrir en la forma de contratos. El presente trabajo visa aclarar de qué modo los contratos prevalecen en la sociedad y su cuantía exigible. O sea, hasta donde puede usarlo de forma ética, específicamente trata del principio da buena fe objetiva, tenido este no apenas como un concepto abstracto, pero una norma concreta, obligatoria y coercitiva mantenedora de la lealtad, bon censo e respecto mutuo.

PALABRAS CLAVE: Principio de buena fe. Relaciones Humanas. Contratos. Ética. Lealtad.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A BOA-FÉ OBJETIVA	14
2.1 Breve Relato Histórico	14
2.2 Princípio da Boa-fé Objetiva x A Boa-fé Subjetiva	15
2.3 Funções Inerentes	17
2.3.1 Função Interpretativa	17
2.3.2 Função Integrativa	19
2.3.3 Função Limitadora	20
3 ABUSO DE DIREITO	23
3.1 Teorias negativistas e afirmativas	23
3.2 Abuso de Direito, Ato Ilícito e Antijuricidade	25
3.3 Critérios para a caracterização dos atos abusivos	26
3.4 Cláusulas Abusivas	27
3.5 O Contrato e sua Função Social	29
4 APLICABILIDADE DA BOA-FÉ CONTRA O ABUSO DE DIREITO	31
4.1 A Boa-fé no Vigente Código Civil	31
4.1.1 Princípio ou Cláusula Geral	32
4.2 Desdobramentos dos Atos Abusivos	33
4.2.1 <i>Supressio</i>	33
4.2.1.1 <i>Supressio</i> , prescrição e decadência	34
4.2.2 <i>Surrectio</i>	35
4.2.3 <i>Tu quoque</i>	35
4.2.4 <i>Exceptio Doli</i>	36
4.2.5 <i>Venire Contra Factum Proprium</i>	36
4.3 O Entendimento Jurisprudencial	38
4.3.1 A Jurisprudência Como Fonte do Direito	38
4.3.2 A Jurisprudência e a Boa-fé Objetiva	39
5 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico tem o intuito de um estudo aprofundado sobre como, e em que medida, o princípio da boa-fé vem ser uma alternativa protetiva nos contratos realizados contra abusos que possam e/ou venham, por ventura, a ocorrer. Saber onde houve ou não boa-fé não é uma tarefa das mais simples, afinal é preciso lidar com o subjetivismo.

Após uma análise geral do tema proposto, a pesquisa irá enfatizar os contratos entre particulares, bem como identificar até que ponto o contrato protegerá os indivíduos envolvidos na relação.

Para desenvolvimento da pesquisa será feito de início uma análise sobre a evolução do contexto histórico, que se inicia antes de mesmo de haver previsão legal, até o modelo atual, o qual se encontra pautado e onde se tem a boa-fé como um princípio basilar, não só no direito civil, mas nas relações gerais.

Foram necessários anos, e uma longa trajetória para o reconhecimento da boa-fé não apenas como algo de caráter puramente individual, mas como um dever a ser exercido, tendo ingressado no ordenamento jurídico em 1990, no Código de Defesa do Consumidor, e com o posterior ingresso, anos mais tarde, no Código Civil de 2002.

Expressamente contemplado no Código Civil, veio à necessidade de saber discernir a boa-fé objetiva, da boa-fé subjetiva, a doutrina vem então conceituar a primeira como o modelo do padrão ético que se deve adotar, ou seja, a conduta correta imposta na sociedade. E a segunda que trata do estado de consciência do sujeito, que acredita agir do modo conforme as normas legais.

Assim faz-se ser analisado de maneira minuciosa o elemento subjetivo em relação a cada contrato celebrado, conjuntamente com a conduta das partes. Pode a parte contratante desde o início ter a intenção de cumprir com sua obrigação, esse início, não se dá com contrato, a relação se dá antes do mesmo, daí a carência que enseja a proteção, do mesmo modo a que pode gerar posteriormente ao contrato a vontade de não cumprimento. Cabendo ao juiz fazer a análise do caso concreto e dos motivos que vieram a gerar esse não cumprimento.

Sendo assim, além do acolhimento institucional do princípio da boa-fé objetiva, no seu parâmetro de imensa importância, não se deixa de analisar cada

caso concreto da área contratual, levando-se em conta que se trata de sistema aberto de interpretação.

A expressão “boa-fé”, “*bona fides*”, “*fides bona*”, para a grande maioria dos juristas vem de origem romana, no entanto vê-se que aparece ganhando notoriedade no direito germânico, isso em sua concepção objetiva.

A razão de ser dessa preferência de acolhimento reside na perpetuação dos contratos privados e no que estes ocasionam durante sua vigência, não só entre os acordantes, mas na repercussão e relação social.

Essa repercussão vem o acima citado caráter perpétuo, propagador, a cada dia em quantidades maiores, necessitando assim não apenas do consensualismo, mas da relação de confiança e obrigação de lealdade. O princípio vem como mais uma forma de garantir proteção e defesa do direito das partes.

Essa função imposta a da boa-fé, seja implícito ou não, é fundamental na celebração dos contratos até mesmo orais, pois visa a não lesividade, ou sucumbência, de uma parte de alguma maneira menos favorecida.

O princípio da boa-fé objetiva ainda comporta outras duas funções não menos importantes: a função hermenêutica-integrativa, ou seja, o elemento interpretativo do contrato, e sendo a única formalmente expressa no texto legal; e a extensiva de direitos jurídicos, apresentando os deveres que tem as partes de atender a justa expectativa contratual da outra parte na celebração do contrato, fazendo assim com se cumpra todos os atos que sejam necessários mais o desfecho desejado.

Partindo-se de tais premissas, este projeto de pesquisa irá caracterizar a medida protetiva dos contratantes, com base no Novo Código Civil, nas jurisprudências firmadas pelos tribunais ao longo do tempo, com objetivo de demonstrar a partir de quando as cláusulas podem ser consideradas abusivas, em relação à boa-fé objetiva, e possam a vir gerar responsabilidade da outra parte.

Como esclarecido linhas acima, para a materialização desse projeto de pesquisa será utilizado como paradigma os contratos particulares buscando explicar como se organizam as relações voltadas para a garantia de exímio cumprimento, de modo que não gere sucumbência de uma das partes acarretada pela má-fé de outra que não adimpliu, ou utilizou-se de exageros, agindo fora dos limites legais concedidos por suas cláusulas, quando as cláusulas impostas são por elas próprias

abarcadas de abusividade e até que ponto o respeito a integralidade do contrato deve prevalecer.

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

2.1 Breve Relato Histórico

O princípio da boa-fé objetiva, como princípio ou como cláusula geral no Direito evoluiu ao longo do tempo, dessa forma, para melhor compreender o tema faz-se preciso saber que nem sempre houve previsão, no entanto, ela de alguma forma sempre esteve presente, ainda que de forma abstrata.

Para a grande maioria da doutrina suas raízes foram delineadas pelo Direito Romano, que tinha por base de suas normas os casos concretos, que resultavam na produção jurídica, para se delimitar quais comportamentos aceitos ou não na sociedade. O termo “boa-fé” tem sua origem na expressão “*bona fides*”, desenvolvido do conceito de “*fides*” que para os romanos caracterizava o poder e a promessa, indica fidelidade, confiança, sinceridade.

Sobre o tema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho seguem a primariedade advinda do Direito Romano, mas a diferença da conotação, que mais tarde venha a ser dada pelos alemães, que apesar de serem receptores do romanismo não tratavam a boa-fé como uma fidelidade pactuada, mas como lealdade e crença¹.

Vale salientar que na Idade Média havia uma forte influência canônica, inclusive nos ramos no Direito, nesses moldes, para essa máxima cristã não bastaria apenas à boa intenção, e a sua não observância seria tachada como pecado. Nesse contexto entra em cena, o princípio da boa-fé objetiva. O que não foi permanente. Na idade moderna, principalmente com as concepções liberais, o que vigorava era a autonomia da vontade tendo decaído o princípio da boa-fé.

Em 1804, o Código Napoleônico é o primeiro a trazer disposição expressa do referido tema, no entanto, somente anos mais tarde, em 1900, que o princípio ganhou força pelo Código Civil Alemão.

O Código Civil Brasileiro datado a 1916 não fazia quaisquer referência ao princípio da boa-fé objetiva, que já havia sido previsto anteriormente pelo Código

¹GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil – Contratos, 4, São Paulo: Saraiva, 2005, p.71-72.

Comercial de 1850, em seu artigo 131², que visava que a interpretação das cláusulas contratuais deveria ser simples para a melhor compreensão de ambas as partes. No entanto, com as sucessivas mudanças nos parâmetros sociais, e consumeristas, a massificação dos contratos, passaram a necessitar de mais do que apenas uma proteção abstrata. A necessidade de proteção torna-se mais ampla, visando à garantia de maior segurança, gerando a carência de um controle especificado, de regras mais direcionadas, o que resultou na criação de novos princípios e novos sistemas, por assim dizer, como a criação do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi o local onde o princípio da boa-fé objetiva ganhou uma força normativa, pela sua previsão legal, em seu artigo 4º, inciso III³, e artigo 51, inciso IV⁴, especificando-o como sendo uma cláusula geral. Sendo posteriormente, também, incorporado ao Código Civil Brasileiro no ano de 2002 (Novo Código Civil), sendo uma norma a ser aplicada e seguida.

2.2. Princípio da Boa-fé Objetiva x A Boa-fé Subjetiva

Para que se entenda sobre boa fé é imprescindível saber discernir o princípio da boa-fé objetiva e a chamada boa-fé subjetiva. Assim, analisaremos cada uma de maneira isolada, bem como a forma que estas se impõem nas relações.

A Boa-fé Subjetiva, também podendo ser chamada de boa-fé psicológica, ou ainda boa-fé crença, já estava presente no Código Civil de 1916, ela se funde no interior do ser humano, com a sua consciência, assim está relacionada diretamente com a moral.

²Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

³Art. 4º. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

⁴Art. 51. IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Nesse contexto temos nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira que a boa-fé subjetiva "se qualifica por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito."⁵

Para Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze, "consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do vício que o inquina."⁶

De modo geral, o estado subjetivo se atrela a ignorância/conhecimento, e onde o oposto disso, a má-fé, seria uma falha de caráter do agente, o simples desejo de prejudicar ou tirar vantagem de outrem, de lesar a parte adversa, visto que se opera no interior da pessoa.

No que concerne ao princípio da Boa-fé Objetiva seria uma evolução que pôde ser compreendido sobre a boa-fé subjetiva. Este uma cláusula geral, imposta a todos os contratos, como maneira de se estabelecer um meio de que o contrato cumpra seu papel/função social, contudo possui um conceito jurídico aberto, ainda indeterminado, a ser moldado e concretizado de acordo com as peculiaridades da conduta humana em cada caso, trata-se do oposto da subjetiva por ser externa ao ser humano e condiz com o comportamento da pessoa em relação ao meio, e é exatamente por ser externa que se é inserida na ordem jurídica, pois já passa a representar uma relação que envolve não unicamente o pensamento do ser, mas a forma como este age no meio social.

Esta é a referida no artigo 422⁷, do Código Civil de 2002, e que se caracteriza como obrigacional das relações criando deveres positivos e negativos, sendo que tem de ser cumprido por ambos os contratantes. De acordo com Flávio Tartuce dentro do conceito de boa-fé objetiva, se presume a existência da boa-fé subjetiva, pois à medida que se cumpre o princípio de forma a manter honestidade, lealdade, presume-se uma boa intenção⁸. Assim, sempre que se identifica a boa-fé objetiva, lá também estará à boa-fé subjetiva.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil Vol. I, 23ª Ed., 2009, Editora Forense, p. 19.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil – Contratos, 4, São Paulo: Saraiva, 2005, p.73.

⁷ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. São Paulo: Método, 2005, p. 05.

A boa-fé e a má-fé estão correlacionadas apesar de serem coisas distintas, no cumprimento da boa-fé objetiva não há como usar de má-fé subjetiva, ou seja, a boa-fé objetiva tende a ser integral interna (subjetiva) e externa (objetiva).

2.3 Funções Inerentes

O atual Código Civil Brasileiro, que teve iniciada sua vigência no ano de 2003, traz a boa-fé expressa em conteúdo legal e, ele próprio, atribui o papel que esta venha a desempenhar perante o ordenamento.

A aplicabilidade do princípio da boa-fé não se limita ao tempo de duração do contrato, mas ela se expande desde o início das tratativas e persiste até mesmo depois que se esgotam os efeitos desse contrato, ou seja, ele deve ser observado nas três fases contratuais: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

A exemplo do que disciplinava o Código Italiano e como prevê nosso atual Código Civil: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de proibidade e boa-fé."

Segundo Sílvio de Salvo Venosa é esse dispositivo legal que convencionou a boa-fé objetiva como sendo uma cláusula geral, que, no entanto, por ter que ser amoldado às hipóteses concretas, o correto seria usar da denominação cláusula aberta⁹.

Cada dispositivo legal do Código Civil onde a boa-fé se insere lhe dá uma diferente função, restando configurado, por assim dizer, a ele três funções nítidas, onde essa tripartição se dá da presente maneira: no artigo 113 encontra-se a função Interpretativa; mais a frente, no artigo 187, a função Limitadora ou de Controle; e no artigo 422, tem-se a função Integrativa.

2.3.1 Função Interpretativa

A primeira menção da boa-fé objetiva no Novo Código Civil Brasileiro é a prevista no artigo 113¹⁰, surge da ampla necessidade de interpretação das novas

⁹VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 369.

¹⁰Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

jurídicas relacionadas as normas contratuais (cláusulas), é preciso que sejam interpretadas dentro do padrões de lealdade e honestidade, de uma maneira que os contraentes cooperem mutuamente para que o contrato atinja sua função social.

Essa interpretação deve ser feita sempre pelo paradigma objetivo, que como já visto, comporta em si o subjetivo, dessa forma analisa-se de um modo abstrato a intenção do agente, pois o que se leva em consideração são seus atos exteriorizados. Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho na boa-fé consta um seguro referencial hermenêutico, para que se possa chegar ao abarcamento que seja não apenas o moralmente mais recomendado, mas que seja também útil de modo social¹¹.

A interpretação do texto apresentado, contudo, não deve deixar de lado a vontade inicial do agente, assim interprete-se o, acima cito artigo 113, conjuntamente com o 112¹², também do Código Civil, e nota-se que se enfatiza a teoria da confiança.

Pois bem, sua função interpretativa do artigo 113 se adere a *"boa-fé e aos usos do lugar de sua celebração"*, o importante é observar qual o contexto social a ser aplicado, quais os valores ético e morais dessa localidade.

É imprescindível que se relacione a ética ao caráter e comportamento humano advindo de seus valores próprios, enquanto a moral este relacionada a obediência a determinadas normas ou parâmetro sociais.

Nos ensinamentos de Flávio Alves Martins, ele explica que essa interpretação não pertence às partes, mas sim ao julgador de uma possível lide¹³.

Essa interpretação não servirá para que ocorra mudança no objeto contratual, mas terá a intenção de esclarecer, explicar, corrigindo e até retificando o texto, ou ainda, vem a suprir lacunas, como explica Judith Martins-Costa, quando se utiliza da expressão por "cânone hermenêutico-integrativo"¹⁴. Ainda, segundo a mesma essa interpretação deve ser feita em dois momentos distintos, onde no primeiro momento interpreta-se com as demais estipulações previstas, para que seja

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil – Contratos. , 4, São Paulo: Saraiva, 2005, p.80.

¹² Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

¹³ MARTINS, F. A. A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 21.

¹⁴ MARTINS-COSTA, J. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 428.

uno. Num segundo momento vai se analisar o contrato com o exterior, as circunstâncias concretas e sua função social.

Por fim, tem-se que esta função inerente a tal princípio visa a interpretação contratual, explicando-o, corrigindo-o, complementando-o, de modo a respeitar o padrão ético e moral, no que diz respeito às condutas a serem aderidas pelas partes, e a atender da melhor forma a vontade pactuada.

2.3.2 Função Integrativa

É a possibilidade de criação e incorporação de deveres jurídicos anexos ou correlatos para as partes da relação contratual/obrigacional. Assim, essa função também pode receber o nome de criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção. É importante que esses deveres respeitem as demais funções do princípio, evitando que haja contradição.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona os classificam como sendo “deveres invisíveis”¹⁵, eles nascem com as obrigações existentes no contrato, e se encontram implícitos no mesmo, seriam eles: o dever de lealdade, de confiança, de colaboração, de reciprocidade, de proteção, de informação, e demais que venham a apresentar não em uma relação específica, mas que funcionem como uma espécie de cláusula geral perante todos os contratos.

A função integrativa vem a funcionar como um complemento contratual das cláusulas implícitas. Em outras palavras, é a doação de determinados comportamentos, obrigatórios, pelas partes em observância ao princípio da boa-fé, sem que mesmos estejam textualmente especificadas nas cláusulas.

Para exemplificar que deveres seriam esses, pode-se citar o dever de confiança; o dever de cooperação ou assistência; o dever de informação; o dever de sigilo ou confidencialidade.

a) Dever de confiança

O dever de confiança é costumeiramente visto como dever anexo geral, pois se apresenta em todos os contratos, sem quaisquer regras de exceção.

¹⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil – Contratos, 4, São Paulo: Saraiva, 2005, p.80.

Enseja reciprocidade e se materializa no dever de lealdade, para que as partes venham cumprir um acordo que se acredita beneficiar ambas. É o respeito ao que se declarou ao firmar o contrato

b) Dever de cooperação ou assistência

Parte da prerrogativa de que os contratos devem ser cumpridos, e, portanto, para isso espera-se e faz-se necessária a colaboração dos contratantes. A postura exigida é a solidariedade.

c) Dever de informação

Como dispõe o próprio princípio da boa-fé é, portanto, um dever a ser cumprido nas fases de tratativas, no cumprimento do contrato e continuar a ser respeitado mesmo após a finalização da obrigação principal, a que ao ser pactuada fez nascer o contrato.

Pode-se apresentar o dever de informação em outras 03 subdivisões: o dever de esclarecimento, conselho e advertência¹⁶.

Stolze e Pamplona alertam que para o descumprimento desse princípio não se exige dolo ou culpa¹⁷.

Mais uma vez ressaltando que não se trata de rol taxativo, e que ao serem disciplinados irão levar em consideração o caso concreto, analisando a natureza do contrato e a finalidade que pretende alcançar.

2.3.3 Função Limitadora

Também podendo ser chamada de controladora, e como a própria denominação a define, tem o poder de limitar o exercício do uso dos direitos previstos e decorrentes do contrato, controlando o uso dos direitos subjetivos.

Vem assim, se contrapor a estipulação de que tudo que não for proibido ou expressamente limitado no contrato é permitido ou ao velho dito popular de que "o mundo é dos mais espertos".

¹⁶ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 86-87

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil – Contratos, 4, São Paulo: Saraiva, 2005, p.85.

O artigo 187¹⁸, do Código Civil, prevê que os direitos subjetivos deverão ser exercidos nos limites da boa-fé.

No primoroso entendimento de Miguel Reale¹⁹, deve-se interpretar o artigo pelo prisma traçado através dos princípios fundamentais que nortearam sua elaboração, e a do Novo código Civil, seriam: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

A eticidade, voltada para a ética e colocada pelo legislador em posição vultosa, orienta a conduta dos sujeitos integrantes das relações jurídicas, que se relaciona de fortemente e naturalmente para com a sociabilidade, esta por sua vez relacionada à solidariedade na proteção dos valores individuais.

Já a operabilidade, ligada às normas, condiz que elas tenham efetiva operacionalidade, vem a expressar que não deve o operador, se agarrar ao aprendizado teórico e seguir irrefutavelmente nessa diretriz, mas que o aprendido se coloque e adeque a realidade.

É precípua salientar a necessidade de todos os diplomas legais serem interpretado nos moldes constitucionais. Assim, pode-se garantir o devido cumprimento do sistema constitucional atual, que presa pelo desenvolvimento econômico sem que haja desvalorização dos direitos e da dignidade da pessoa humana²⁰.

O intuito é de que não se cause prejuízo à parte mais fraca da relação, daí a necessidade de uma análise a luz do princípio da boa-fé as atitudes praticadas pelo agente.

Se impõe de modo a evitar que hajam abusos dos direitos subjetivos (inerentes a cada parte), caracterizando assim atos ilícitos no contrato, e consequentemente que haja sucumbência pela parte mais frágil da relação.

O que se tem aqui é a restrição do direito subjetivo, ainda que a conduta em si seja pareça adequada, ou mesmo seja ela prevista, com o intuito de ao se deparar com excessos, exageros, abusos, propriamente ditos, contornar essas condutas de modo a que se adequem ao padrão ético que esse princípio representa.

¹⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé pelos bons costumes.

¹⁹ REALE, Miguel. A visão geral do novo Código Civil. Revista de Direito Privado. ed 9. São Paulo, 2002. p. 9-35.

²⁰ Nesse sentido Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, em obra já citada.

Nos sábios dizerem de Fernando Noronha “para cada direto haverá um modo normal de exercício e existirão formas de exercício anômalo.”²¹

É justamente, essa forma de exercício anômalo que deva ser evitada, não por ser atípico, no que pese a não normalidade, mas por ser tido, por equiparação, como ilícito.

Ruy Rosado de Aguiar Junior²² observa que o abuso de direito previsto no cito artigo, descaracteriza o elemento intencional de causar o dano.

²¹ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, p. 167.

²² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. O novo código civil e o código de defesa do consumidor: pontos de convergência. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 55-68, n 48. p. 60.

3 ABUSO DE DIREITO

O abuso de direito vem a ser uma figura recente, segundo os estudiosos seu surgimento se deu através de jurisprudências, da análise de casos que não eram previstos pelas normas expressas. O que se afirma é que seu surgimento se dá a partir de uma coletânea de julgados na franceses, já no final do século XIX, porém somente no século XX ela teria criado forças.

Na França esses julgados se davam por diversos eventos distintos, o mais citado é o no qual um tribunal determinava que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa plausível ou interesse próprio, enormes torres com lanças de ferro em suas pontas, as quais, por sua vez, passaram a representar perigo para as aeronaves que ali aterrissavam. O Tribunal entendeu que a atitude do proprietário foi abusiva, pois o único intuito era o prejuízo de terceiro. Assim, foram proferidos diversos julgados nesse mesmo sentido em situações semelhantes.

Apesar disso, não se foi fácil conceituar “abuso de direito”, e a partir das divergências que surgiram para defini-lo, fez-se emergir duas correntes a serem estudadas: a negativista e a afirmativa.

3.1 Teorias negativistas e afirmativas

Tendo como seu principal defensor Marcel Planiol tem-se a teoria negativista, que vem a negar o abuso, pois esse seria equiparado ao ato ilícito. São adeptos, também, dessa teoria Duguit e Rotondi, contudo há aqui, ainda, três visões que servirão como uma base de pensamentos para provar o negativismo.

Para Planiol um ato não pode ter ambos os lados, ser direito e ser abusivo ao mesmo tempo. Nesse pensamento a abusividade exclui o direito assim não existiria a figura do abuso de direito e somente um ato ilícito. Para ele a expressão “abuso de direito” trata-se de uma logomaquia, apresentando, portanto, uma contradição expressa, ou se exercita um direito em seus limites legais ou comete ato antijurídico.

Na concepção de Leon Duguit, bem como a de Kelsen, se apegam a situações jurídicas que sejam puramente objetivas, negando o conceito de direito

subjetivo. Ora, se não existe o direito subjetivo, não pode haver abuso deste. Para ele, o homem seria detentor apenas de deveres.

Diferentemente de Planiol e Duguit, Mário Rotondi reconhece a existência do abuso como um fato, mas não se apresenta como sendo um direito constituído, e não cabendo ao magistrado o fazer.

Essas teorias foram seriamente criticadas por aqueles que confirmavam a existência do abuso de direito, caindo por terra e predominando as teorias afirmativas.

Dentre elas podemos citar as teorias de Savatier, Ripert e Josserand.

René Savatier os atos deveriam causar prejuízos ou dano, os quais seriam estes considerados anormais, a partir daí se caracterizaria o abuso de direito, segundo o dano.

Na teoria seguida por Georges Ripert, segundo esta o abuso de direito seria resultado da subordinação da Lei aos princípios morais. Nesse passo, o ato abusivo além de causar danos a outrem, seria também reprovável em virtude da sua infringência aos deveres morais de justiça, equidade e humanidade.

Louis Josserand apresenta tendo uma ligação direta com o bem estar da coletividade, assim a partir do momento em que o direito venha a ser exercido de modo a extrapolar a função social ou a finalidade do contrato, ele passa a existir, seja de qual natureza for esta finalidade. Necessitando a observação de três elementos básicos: o agente ser titular de um direito subjetivo, pois é característica fundamental para abusar de um direito primeiro tê-lo; o respeito à literalidade normativa, a aparência do ato é de um ato lícito; o confronto do direito subjetivo com a finalidade, ou função social do contrato.

O que nota-se que a concepção trazida por Josserand corresponde à teoria adotada na contemporaneidade.

Contudo, várias outras concepções afirmativas explanaram o abuso de direito. Por exemplo, como princípio geral de interpretação das normas jurídicas, isto é, como instrumento que permitia a adaptação do direito positivo à realidade social. Foi através desta teoria que se aferiu a ideia de que as normas atribuidoras de direitos devem ser interpretadas em conformidade com a sua letra e com seu conteúdo valorativo.

3.2 Abuso de Direito, ato ilícito e antijuridicidade

O princípio da boa-fé objetiva como já foi visto em sua tríplice função vem, entre elas, estabelecer uma regulamentação dos direitos subjetivos.

Contudo, tem de haver uma análise ao caso concreto para que se possa, analisando o fato, se certificar de quais atos venham a ser tidos como abusivos e a partir de que ponto ganha-se essa característica e venham a configurar o disposto no artigo 187 do Código Civil, o qual dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Em um primeiro momento tende-se a perceber que abuso de direito, os atos ilícitos e as cláusulas abusivas, em detrimento do princípio da boa fé objetiva, como sendo detentores de um mesmo conceito jurídico, e uma simples atitude errônea ou antijurídica nos contratos.

Abuso, de acordo com o dicionário da língua portuguesa, temos a definição do uso errado, excessivo, injusto de outro; trata-se da prática de ato que sejam contrárias as leis, usos e/ou costumes; a violação de algo.

Portanto, o abuso de direito vem a ser o modo excessivo no uso de um direito pelo seu titular, excesso esse que venha a ser o responsável pelo dano sofrido por outrem.

O Código Civil de 2002 apresenta o abuso de direito no título pertinente ao dos atos ilícitos. Contudo, explica Luís Fernando Ribas Ceccon que “os dois institutos jurídicos nunca devem se confundir; data vênia muito pelo contrário, visto que ambos os conceitos jurídicos se excluem mutuamente.”²³

Esta diferença entre os institutos provém, basicamente, da natureza da violação. Entendamos, na prática de um ato ilícito o agente viola expressamente e de modo direto um texto legal, uma norma imposta, ou seja, age de modo contrario a determinação legal, enquanto ao praticar abuso de direito, o sujeito age dentro do exercício de um direito próprio, contudo, extrapola os limites daquilo que lhe é permitido.

²³CAEIRO, Marina Vanessa Gomes. Distinção entre o abuso de direito, ato ilícito e cláusulas abusivas. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 21 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28420&seo=1>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

Para Cesar Fiuza, através dos elementos culpabilidade, dano e nexo causal, pode-se definir "ato ilícito, segundo a cláusula do artigo 186, como aquele ato antijurídico, culpável e lesivo, em virtude do qual o agente será obrigado a arcar com as consequências perante a vítima."²⁴

E completa que a responsabilidade irá depender da ocorrência simultânea da antijuridicidade, da culpa ou dolo, do dano e do nexo causal, faltando assim quaisquer desses elementos não cabe à responsabilização do agente.

Em suas lições de Direito Civil, explica que um ato antijurídico é sinônimo de um ato ilícito. Ou seja, na prática de um ato ilícito nada dele pode ser tirado proveito, ele é completamente antijurídico, portanto, contrario a lei.

Segundo PERLINGIERI, "o não exercício e o exercício segundo modalidades diversas daquelas que derivam da função da situação subjetiva devem ser considerados abusos."²⁵

No que condiz a ato ilícito, Stolze²⁶ vai a fundo ao discorrer que um ato ilícito não nasce apenas da violação da ordem jurídica, que explica ser este o elemento objetivo, mas depende também de um elemento subjetivo, que seria a capacidade da qual detém o agente de compreender o caráter do ato, se ilícita ou não a sua conduta.

Assim, vemos que ambos são dotados de antijuridicidade e ambos ensejam responsabilidade e reparação. Entretanto, o abuso de direito só enseja tal responsabilidade com a prova do dano sofrido, não decorrido de legítima defesa, estado de necessidade, consentimento do ofendido, ou exercício regular de um direito.

3.3 Critérios de Caracterização de atos abusivos

Como visto a diferença entre o ato ilícito e ato abusivo está na sua natureza. Keila Pacheco, ao citar Carlos Fernández Sessarego, concorda com a exposição de que "na origem do abuso de direito, encontra-se sempre um ato lícito, um direito subjetivo definido. Esta particularidade a atuação de um direito (ato lícito)

²⁴ FIUZA, César. Direito Civil – Curso Completo. ed 14. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.259, 257.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 122.

²⁶ Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, em obra já citada.

que se transforma em ilícito no momento em que se transgride o dever genérico de não lesionar um interesse alheio.”²⁷

Os parâmetros utilizados para se detectar a boa-fé seriam o bem comum e os bons costumes, assim seriam esses, também, os parâmetro que permitem que se identifiquem os atos abusivos. Levando-se sempre em consideração que podem variar de uma determinada época ou localidade para outra, não sendo, portanto, fixos e taxativos.

Ao analisar, caso a caso, o magistrado levará em consideração, segundo Pontes de Miranda, ao ser mencionado por Rui Stoco se “o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce é nociva, ou perigosa a extensão em que se lança, concebe as regras jurídicas que o limitem, que lhe ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista.”²⁸

É necessário que a análise parta de um padrão de lisura, correção e lealdade inerentes ao modo de agir do homem médio, ao padrão normal de comportamento²⁹.

Desse modo, o que se percebe é que, ao se exercitar a autonomia privada de seu próprio direito, as pessoas não possuem direitos absolutos. Os direitos subjetivos têm, portanto, limites.

3.4 Cláusulas Abusivas

Outro instituto jurídico que há de discernir como abuso de direito são as cláusulas abusivas. É de suma importância saber determinar em um contrato quais cláusulas são legais e quais são dotadas de abusividade, e nesse plano, quais devem ser cumpridas.

O Código de Defesa do consumidor, datado de 1990, vem definir em seu artigo 51, IV³⁰, e discipliná-lo juntamente com o artigo 4º, inciso III³¹, que norteia as

²⁷ FERREIRA, Keila Pacheco. Abuso do direito nas relações obrigacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 34.

²⁸ STOLCO, Rui. Abuso do Direito e Má-fé Processual. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 56 e 57.

²⁹ Assim denota Eduardo Sens dos Santos, A Função Social do Contrato. Florianópolis: 2002, p.61.

³⁰ Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

relações de consumo de forma a guardarem os padrões éticos de que representem lealdade e confiança. Nesse sentido Ruy Rosado Aguiar Junior³² conceitua da seguinte maneira:

[...]são cláusulas abusivas as que caracterizam lesão enorme ou violação ao princípio da boa-fé objetiva, funcionando estes dois princípios como cláusulas gerais do Direito, a atingir situações não reguladas expressamente na lei ou no contrato. Norma de Direito Judicial impõe aos juízes torná-las operativas, fixando a cada caso a regra de conduta devida.

No entanto, para o estudo em questão o vale salientar é que não se deve confundir abuso de direito com cláusulas abusivas.

Cláusula abusiva não é nenhum instituto novo no ordenamento, elas já são, há certo tempo, conhecidas como cláusulas leoninas, nomenclatura vinda propriamente de leão e o seu poder como rei, que tudo pode, são mais comuns aos contratos de adesão³³.

O conceito de Nelson Nery Junior, para este instituto é que são cláusulas “notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo.”³⁴

O que se nota é que o desfavorecimento se dá pela inserção de forma unilateral de um dispositivo, cláusula, que venha a lesar, de maneira injustificada, a outra parte.

É importante não deixar de ressaltar que a cláusula abusiva apesar de nascerem concomitantemente com o contrato, não o torna abusivo, sendo assim, portanto, os efeitos da abusividade (nulidade) se limitam a cláusula e não atinge o contrato de forma geral.

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

³¹ Art. 4.^a - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

³² AGUIAR JR., Ruy Rosado. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.

³³ Segundo o PROCON “é o contrato redigido somente pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

As cláusulas abusivas existem como sendo uma imposição contratual expressa que deveriam vir a ser cumprida, em sua essência traz o abuso, seu próprio texto o referencia. Diferentemente do abuso de direito, que como visto, é a forma irregular de fruição de um direito subjetivo.

Contudo, podem se confundir da seguinte maneira, como dispõe João Álvaro Quintiliano³⁵:

As cláusulas abusivas podem conter um exemplo de abuso de direito e, não ser considerada como abusiva por essa razão, visto que, são assim definidas em virtude da vantagem excessiva atribuída a um contratante e do ônus elevado suportado pelo outro.

3.5 O Contrato e sua Função Social

Após entender o que se intitula como abusividade, entende-se que esta venha a afrontar a função social do contrato. É preciso, no entanto, que se saiba o que representa essa tal função social, e se realmente ao atos acima dispostos podem afrontá-la.

Mais um princípio do direito civil contemporâneo, previsto no novel diploma, em seu artigo 421, que vislumbra que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, onde faz notar-se com clareza as concepções solidaristas, contempladas desde a Constituição de 1988.

Miguel Reale³⁶ analisa as três opções do legislador na elaboração do ordenamento jurídico das relações privada, uma que dá prevalência aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916; ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; e por fim, uma combinação entre as duas anteriores, o individual com o social de maneira complementar, adotada pelo legislador.

³⁵ BARROS, João Álvaro Quintiliano. Abuso de direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6944>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

³⁶ REALE, Miguel. Função Social Do Contrato. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 17 de maio de 2014.

Caio Mário define como “um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade de seus efeitos.”³⁷

Assim, o atual contrato não pode sofrer apenas impedimento, mas pode ser revisto e até mesmo anulado em detrimento ao interesse da coletividade.

Ainda na relação Contrato-Constituição, esse se reflete na dignidade da pessoa humana, ao ponto de que jamais deva este impor onerosidade excessiva a qualquer das partes, seja por intermédio de abuso de direito, cláusulas abusivas ou quaisquer outros modo que se venha a intentar na sucumbência de um dos contratantes.

Percebe-se, então, que o contrato irá cumprir sua função social na medida em que, mesmo sendo um contrato particular, atenda aos interesses coletivos, não restando qualquer sequela ou prejuízos de ordem pública.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário Silva. Instituto de Direito Civil - Volume III. Ed 12. São Paulo: Forense, 2007. p. 14.

4 APLICABILIDADE DA BOA-FÉ CONTRA O ABUSO DE DIREITO

Após entender o que é, quais as funções a que se destina, como surgiu e se firmou no ordenamento jurídico da atualidade, a próxima etapa é entender de que modo esse instituto, a boa-fé objetiva, vem sendo utilizado na defesa dos interesses individuais.

4.1 A Boa-fé no Vigente Código Civil

Segundo a doutrina, o Novo Código Civil veio a constituir o que se tem denominado de sistema aberto, esse sistema permite o exame caso a caso na ceara contratual.

A boa-fé objetiva, como já foi visto, instituída por esse código, é um dos exemplos mais claros de tal afirmativa. A aparição da boa-fé no Código Civil de 2002 deixa evidente que se levará em consideração o meio social, e a partir daí verá qual a sua interferência no âmbito jurídico.

Com isso o contrato “deixa de ser um instituto de ordem privada passando a ter tratamento de instituto de ordem pública”³⁸, e revelando de modo mais claro e abrangente a necessidade de que o contrato cumpra sua função social.

Nos ensinamentos de Miguel Reale a “boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências.”³⁹

Seguindo nesse contexto deve-se ater ao ponto de que a boa-fé deve prevalecer nas três fases contratuais: a fase de tratativas; a fase de execução do contrato e na fase posterior ao cumprimento do contrato, sob pena de viciar o mesmo.

A primeira fase, a das tratativas, representa apenas a intenção de que detém as partes de celebrar um acordo. É importante que todos as informações

³⁸FILHO, Carlos Fernando Carvalho Motta. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1153/O-Novo-Codigo-Civil-e-a-Boa-Fe-nos-Contratos>>. Acesso em 02 de maio de 2014.

³⁹REALE, Miguel. A BOA-FÉ NO CÓDIGO CIVIL. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em 02 de maio de 2014.

sejam prestadas, todas as dúvidas esclarecidas da melhor forma, ou seja, nas tratativas é quando inicia a relação de confiança.

Nesse sentido, explica Orlando Gomes, ao ser citado na obra *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo* que "se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu."⁴⁰

A fase de execução, porém, é o tempo de vida útil do contrato. Nessa fase, além dos deveres supra citados, necessita-se da ocorrência mais ampla dos deveres de assistência e cooperação, pois é na execução do serviço/obrigação, principalmente, que se faz indispensável uma relação de mútua cooperação.

A terceira e última fase é a que se apresenta após o cumprimento das obrigações previstas no contrato, contudo, nem todas as obrigações ou deveres se excluem com o cumprimento do que se foi acordado. Assim, persiste a responsabilidade pós-obrigacional ou também chamada de pós-contratual, ou ainda *culpa post pactum finitum*, como modo de garantir que se continue respeitando os deveres anexos, ou acessórios, já vistos, decorrentes da boa-fé. Seriam eles, os deveres de lealdade, proteção, informação, etc.

É preciso que se entenda que o conteúdo de um contrato é bem mais amplo do que apenas consta em suas linhas transcritas ou do que se pensava há tempos atrás na ordem comercial.

Salienta-se que ao observar, o várias vezes já citado, artigo 422 do Código Civil, este faz referencia da incidência da do principio da boa-fé objetiva apenas "na conclusão do contrato como em sua execução", porém nitidamente, apesar da falha legislativa, o que se nota é ele também incide, de maneira ampla e legal, nas fases pré(*in contrahendo*) e pós contratual (*post pactum finitum*).

4.1.1 Princípio ou Cláusula Geral

Como já visto, a boa-fé objetiva só ganhou força no ordenamento com sua previsão no Código Civil de 2002, antes mencionado apenas de forma implícita.

⁴⁰FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Ed. Renovar, 2000. pág. 131.

Após essa previsão, se tornou cada vez mais relevante e passou a ser invocado constantemente, principalmente no que se volta às relações contratuais. Com isso, surge a dúvida quanto a sua natureza jurídica, se sua característica é mesmo princípio lógica ou se condiz a uma cláusula geral a ser seguida.

Primeiro é preciso ter bem claras as definições do que vem a ser um princípio e do que vem a ser uma cláusula geral. Para Miguel Reale princípios tratam de enunciações normativas de valor genérico⁴¹, sendo assim seriam estes que orientam todo o ordenamento jurídico, são os alicerces do ordenamento que independem da positivação em norma legal. São as bases fundamentais do direito, oriundas da sociedade.

Às cláusulas gerais condizem a um ponto de referência interpretativo, extraídas de fontes legislativas, elas não descrevem uma conduta própria, mas servem para definir valores e se expressam de forma vaga, para que possa o magistrado desenvolver sua interpretação com elementos não integrados ao sistema jurídico.

A denominação cláusula geral, não se trata de verdadeiramente geral, o que ocorre é que ela não dá uma ideia finalista e perfeita do conteúdo, mas deixa que se analise conforme o caso concreto, avaliando sobre o prisma social e histórico o qual ocorre o fato, assim são os ensinamentos de Silvio Salvo Venosa⁴², que completa ao expor que seu conteúdo é dirigido ao juiz, e funcione como um norteador.

Tendo isso em mente, denota-se que ora a boa-fé objetiva se condiz como princípio, incidindo em todo âmbito do Direito e Direito Civil, ora como cláusula geral, aplicável às obrigações.

4.2 Desdobramentos dos Atos Abusivos

4.2.1 Supressio

⁴¹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, ISBN 85-020-4126-6.

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. DIREITO CIVIL – Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 369.

Supressio vem de supressão, que significa cessação, desaparecimento. Vem a ser uma renúncia não pronunciada pela parte, mas que decorre tacitamente pelo não uso de um direito do qual detém.

Cada parte é detentora de deveres objetivos perante o contrato, se uma parte não exerce por um longo período algum desses direitos ela perde o direito de exercê-lo posteriormente. O que ocorre é que há uma notável redução do conteúdo obrigacional, ocasionada, justamente, pela inércia. Não depende somente do decurso temporal, mas de outros fatores objetivos que venham a demonstrar que há um desinteresse.

A proteção ocorre pelo fato de se criar, para com a outra parte, expectativa contrária da intenção que se tem de exercer esse tal direito.

Assim, ao usar após esse espaço temporal um direito que, pela *supressio* ou supressão, não possa mais ser usufruído, contraria-se o princípio da boa-fé e depende da constatação dessa contrariedade, devendo comprovar que a conduta era inadmissível a luz do princípio.

4.2.1.1 *Supressio*, prescrição e decadência

O ponto em comum entre os três é a característica de que todos levarão a perda de um direito a partir da inércia do seu titular pelo decurso do tempo, e estão, assim, diretamente ligadas à segurança jurídica.

O que se pretende aqui é determinar, e assim explanar o que a de diferente entre o *supressio*, a prescrição e a decadência para que não haja confusão e utilize-se da forma errônea esses conceitos.

A prescrição, assim como vimos como o que ocorre na *supressio*, regula a perda de um direito devido ao decurso de um tempo. Contudo, no caso da prescrição esse tempo não é um período indeterminado, mas sim um prazo legalmente predefinido. No decurso desse prazo perde-se o direito de ação, de se exigir judicialmente esse direito.

A decadência de modo não muito distinto condiz que através da inércia do titular, por um prazo determinado em lei, perde-se não o direito de ação, como visto com a prescrição, mas o próprio direito subjetivo material, extinguindo-o.

4.2.2 *Surrectio*

Quanto ao *surrectio*, pode-se dizer que consiste no exato fenômeno inverso da *supsessio*. Visto que este último condiz à supressão de um direito tacitamente, o *surrectio* condiz a criação tácita de um direito.

A prática de usos e costumes que venham a ocorrer de forma constante faz gerar um direito não pactuado, acaba por criar uma obrigação que não estava e não passará a estar expressa no contrato.

A *surrectio* implica numa nova fonte de direito subjetivo pelo exercício continuado do ato.

Por exemplo, se João é fornecedor de produtos para José, ele arca com todos os encargos do transporte desses produtos, ainda que de forma não pactuada entre os mesmos. Meses depois, João resolve que não irá mais arcar com tais despesas. Contudo, essa relação obrigacional já se firmou e João não poderá se esquivar dessa obrigação.

4.2.3 *Tu quoque*

A nomenclatura para tal desdobramento do princípio da boa-fé teria surgido a partir da famosa frase de Júlio César dirigida a seu filho Brutus: “*Tu quoque, Brutus, fili mi?*”, traduzida para o português “*Até tu, Brutus, meu filho?*”.

Segundo Epildio Donizetti e Felipe Quintella⁴³, no ramo da filosofia o “*tu quoque*” é utilizado de forma hipócrita num argumento, citam um exemplo de uma pessoa bêbada que venha a criticar outra por vê-la beber.

No âmbito do direito contratual a situação que se nota é que há uma quebra de confiança, que gere surpresa a parte adversa, e venha a ocasionar grande dano a esta.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, sendo citado por Carlos Alberto Gonçalves explica que “aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso

⁴³ DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. Curso Didático de Direito Civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 459.

determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumprira.”⁴⁴

A proibição vem na medida a limitar que uma pessoa não venha a agir de um modo ao qual não aceitaria como sendo um comportamento da parte adversa. Exprime, uma máxima, de acordo com a qual não se pode: prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente; exercer posição jurídica violada pelo próprio ou exigir a outrem o acatamento da situação violada.

Nas palavras de Stolze e Salomão Viana “o que se quer, por meio do *tu quoque*, é impedir o ineditismo indesejável e perturbador do equilíbrio que deve reger a dinâmica das relações jurídicas, inclusive da relação jurídica processual.”⁴⁵

Ao relacionar a situação ao abuso de direito, vê-se uma situação na qual o autor extrapola seus limites do exercício de um direito subjetivo qualquer, essa mesma parte admitiria como válido o mesmo comportamento pela outra parte? É o dever de não se fazer com o outro aquilo que não se deseja para si.

4.2.4 *Exceptio Doli*

A “exceção do dolo” concebida do direito romano como uma manifesta rejeição do a uma pretensão jurídica baseada do dolo, e mais uma maneira com a qual se pretende combater práticas abusivas, porém, apesar de ter gozado de grande prestígio, acabou por cair em desuso.

Seu conceito visa que não há qualquer direito, mas se trata apenas de um mecanismo de defesa se comprovado forma de atuação desleal.

4.2.5 *Venire Contra Factum Proprium*

⁴⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado – Volume I. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 705.

⁴⁵VIANA, Salomão; GAGLIANO, Pablo Stolze - Boa fé objetiva processual – Reflexões quanto ao atual CPC e ao projeto do novo Código. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2012/08/13/boa-fe-objetiva-processual-reflexoes-quanto-ao-atual-cpc-e-ao-projeto-do-novo-codigo/>. Acesso em 29 de abril de 2014.

A tradução da expressão *Venire Contra Factum Proprium* é “vir contra um fato próprio”. Simplificadamente vem prevenir ou coibir a ocorrência de um comportamento contraditório realizados por uma das partes.

Na *Venire Contra Factum Proprium* há a ocorrência de duas atitudes por parte da mesma pessoa em momentos distintos, essas atitudes não condizem atos lícitos, apenas contrárias.

O comportamento inicial, o *factum proprium*, vem a gerar a outra parte uma expectativa que, posteriormente, vem a ser frustrada devido a uma segunda atitude que não condiz com o posicionamento anterior, não havendo coerência entre eles.

O fundamento é a tutela da confiança despertada na outra parte pela primeira manifestação, confiança esta a qual não pode ser desfeita sem que se contrarie o princípio da boa-fé.

O comportamento contraditório não é o que o torna proibitivo e ilícito, isso é consequência da frustração promovida na expectativa criada pelo fato anterior.

Menezes Cordeiro explica que a tutela de confiança baseia-se em três vertentes: a justificação da confiança, onde os elementos objetivos provoquem uma crença plausível; o investimento na confiança decorrente dos atos praticados que gerem expectativa; a imputação da situação de confiança, que denota a boa-fé da parte que veio a confiar⁴⁶.

Pode-se citar de modo exemplificativo uma relação obrigacional, de acordo com artigo do Código Civil, o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida. No entanto, se ambas as partes concordarem pode haver uma novação objetiva⁴⁷.

Sendo assim, se A compra uma televisão a B, que posteriormente vem a entregar uma de marca distinta e esta é aceita por B, não cabe a B, após receber o produto ao qual poderia ter rejeitado intentar ação contra A, alegando inadimplemento.

⁴⁶CORDEIRO, António Manoel da Rocha e Menezes. A boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2002, P. 411.

⁴⁷Novação objetiva é referente ao objeto da prestação da relação obrigacional, onde a nova obrigação criada a partir da perda da obrigação originária requer um novo objeto.

Gustavo Angelim Chaves Corrêa resume o tema da seguinte forma: "... é a consagração de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa. É que a ninguém é dado se voltar contra os próprios atos."⁴⁸

4.3 O Entendimento Jurisprudencial

4.3.1 A Jurisprudência Como Fonte de Direito

Conceitua-se fonte do direito, como a nascente do direito, ou seja, o local de onde se origina. Entretanto, ao se tratar de Direito, trata-se de um fenômeno de grande complexidade, o que provoca a necessidade de não se ater a apenas uma única fonte, mas a tantas quantas fontes sejam precisas para que se possa constituir as partes fundamentais do direito.

É sabido que ao se falar de fonte do direito vem a tratar dos fatores que correlacionados fazer emergir o Direito, fatores estes materiais ou formais. Assim, têm-se, as fontes materiais e as fontes formais.

As fontes materiais compreendem os fatos, que condiz a configuração sociológica; e os valores buscados sob o aspecto da ética. Já as fontes formais, nos ensinamentos de Nelci Silvério de Oliveira "são todas aquelas que se constituem como a própria palavra já diz, em formas de atuação do Direito na sociedade".⁴⁹ Seriam elas: a lei legislada, o costume jurídico do local, a jurisprudência e a doutrina.

A palavra jurisprudência vem do latim, onde *juris/fus*, direito e "*prudentia*", prudência, equilíbrio e bom senso. O que leva a conclusão de que jurisprudência se trata do bom senso na aplicabilidade do direito.

No direito, jurisprudência é o entendimento, dado pelos Tribunais, às leis. Surge com julgados reiterados desse entendimento, os quais não vinculam o magistrado, por mais uniforme, pacífica e firmada que possa ser, mas lhe servem como auxílio para cada caso em questão.

⁴⁸CORRÊA, Gustavo Angelim Chaves. A Súmula nº 23 do Supremo Tribunal Federal e a incongruência da vedação de indenização frente ao princípio da boa-fé, ao direito de propriedade e à vertente da teoria dos atos próprios, denominada venire contra factum proprium. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/072010.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2014.

⁴⁹ OLIVEIRA, Nelci Silvério de. Introdução ao Estudo do Direito. 2 ed. Goiania: AB, 2004. p. 88.

Nos dizeres de Pietro Perlingieri⁵⁰:

Se analisa o papel da jurisprudência como fonte, verificar-se-á que não é tanto o ato de jurisdicional a criar o direito, mas, sim, a sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio que representa a qual se funda a sentença; idéia, aliás, sempre ligada à *fattispecie* concreta, às suas peculiaridades que, frequentemente, são únicas.

Parte da doutrina entende a jurisprudência como uma fonte formal do direito, baseados pela criação, em 1964, pelo Supremo Tribunal Federal, da “Súmula da Jurisprudência Predominante”, com o intuito de dar maior estabilidade a própria jurisprudência, visto que é por sua natureza, flexível; acelerar o julgamento das questões mais corriqueiras, simplificando-o. Decorrendo disso uma facilidade no trabalho dos tribunais, advogados e magistrados. Dispões, assim, a Constituição Federal do Brasil⁵¹:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.⁵²

4.3.2 A Jurisprudência e a Boa-fé Objetiva

Como já foi exposto no início do presente trabalho a jurisprudência foi de total importância para o surgimento da boa-fé, em suas duas vertentes: objetiva e subjetiva.

No que condiz a boa-fé aqui tratada, a boa-fé objetiva, no exercício regular de suas funções a jurisprudência adota-a, como forma de preenchimento de lacuna. O que se observa, porém é que antes mesmo da imposição no ordenamento jurídico das modalidades de ilícito, ou como foi citado, os desdobramentos dos atos abusivos, já haviam sido reconhecidos, ainda com um caráter geral. Pode-se citara

⁵⁰ PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 215.

⁵¹ *Presidência da República: Casa Civil - Emenda Constitucional nº 45*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em 10 de maio de 2014.

incidência do *venire contra factum proprium*, pelo STF (Supremo Tribunal Federal) ainda em 1978⁵³.

No Brasil ainda há uma cultura ainda muito ligada à codificação, o que é possivelmente responsável pela característica esporádica e tênue, com que ainda são debatidos, pelos tribunais, os temas referentes a boa-fé, como observado por Bruno Lewicki, citado por João Hora Neto⁵⁴ em seu artigo intitulado “O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002”.

A jurisprudência se firma com a repetição constante de julgados perante o tempo, não abarca o papel principal no direito brasileiro, preenchido pelas leis. Os juízes não estão obrigados a julgar conforme jurisprudência por mais uniforme e firmada que esta seja.

Contudo, a civilística atual passa a interpretar o Código Civil a luz da Constituição Federal, como de fato espera-se. A qual deu-se a nomenclatura de Direito Civil Constitucional.

É muito comum observar a grande maioria de julgados que cercam a boa-fé objetiva se encontram na esfera consumerista, contudo a incidência, acima ressaltada, da *venire contra factum proprium*, em 78, teria ocorrido no direito de família e não no direito contratual⁵⁵.

Casamento. Regime de bens. Interpretação do artigo 7, par-4., da lei de introdução ao código civil brasileiro. 1) nubentes que, sem impedimento para casar, contraem matrimônio no Uruguai, depois de preencher, pela lei uruguaia, os requisitos exigidos para a fixação de domicílio nesse país. Decisão onde se reconhece que o domicílio se estabeleceu no lugar do casamento também segundo a lei brasileira. Conclusão que assentou, neste ponto, no exame da prova, sendo, pois, irreversível em sede de recurso extraordinário (súmula 279). Inexistência, pois, de ofensa ao artigo 7., par-4., da lei de introdução ao código civil brasileiro. 2) da interpretação razoável, por outro lado, a esse dispositivo legal, o aresto impugnado, quando sustenta que não importa ofensa ao aludido preceito da lei de introdução, no que toca ao regime de bens, casamento efetuado no estrangeiro, segundo a lei local, para que incida determinado regime de bens, quando este é admitido, também, pela lei brasileira. No caso, o matrimônio efetuou-se no Uruguai, onde o regime comum é o da separação de bens, para que este fosse o regime do casamento, regime também admitido pelo nosso direito. 3) infração ao princípio geral de direito segundo

⁵³ OLIVEIRA, Nelci Silvério de. Introdução ao Estudo do Direito. 2 ed. Goiânia: AB, 2004. p. 88.

⁵⁴ NETO, João Hora. O Princípio da Boa-fé Objetiva no Código Civil de 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8245/o-principio-da-boa-fe-objetiva-no-codigo-civil-de-2002>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

⁵⁵ Os atos ilícitos cíveis á luz da boa-fé objetiva: limites de uma virada jurisprudencial. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos3/atos-ilicitos-civeis-boa-fe/atos-ilicitos-civeis-boa-fe4.shtml>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

o qual não pode a parte "venire contra factum proprium". Recurso extraordinário não conhecido. (RE 86787 / RS - RIO GRANDE DO SUL) Recurso Extraordinário Relator(a): Min. Leitão de Abreu Julgamento: 20/10/1978 Órgão Julgador: Segunda Turma.

O que se observa, de fato não é a presença notória da boa-fé, mas a característica do reconhecimento de uma espécie ilícita que venha a afrontá-la.

Vejamos na prática o modo de atuação da jurisprudência ao ensejar a boa-fé objetiva em seus julgados em distintas ações:

AGRAVO INOMINADO. Art. 557 do C.P.C. Apelação que teve o seu seguimento negado por R. Decisão Monocrática deste Relator. Ação Cautelar, visando à exibição de documentos relativos à comprovação de despesas concernentes a obrigações que assumiram as Requeridas ao realizar a construção do edifício no qual se situa o Condomínio Demandante. I - Alegação da ilegitimidade passiva da segunda Ré não merece acolhida, pois seu nome consta no memorial do empreendimento como responsável (juntamente com a primeira Demandada) pela incorporação do edifício. II - Tese de inexistência do interesse de agir. Não prospera. O interesse autoral resta demonstrado diante dos pagamentos realizados pelo Agravado às Recorrentes para implementação das benfeitorias na área comum aos condôminos, consoante comprovado pela documentação acostada aos autos. Via eleita adequada. III - Pedido autoral amparado pela disposição constante no art. 844, II, do Digesto Processual Civil. Sustentam as Agravantes não terem o dever legal ou contratual de exibirem os documentos requeridos. IV - Obrigação legal existente. É dever dos Contratantes o respeito aos postulados da Boa- Fé Objetiva, conforme disposto no art. 422 do Código Civil, sendo tal princípio também aplicável na seara processual. Dever de cooperação entre as Partes litigantes. V - Em se tratando da exibição de documentos comprobatórios de despesas efetivadas pelos Réus à custa de recursos financeiros dos integrantes do Condomínio Autor, nada mais justo e devido do que a devida exibição com o fulcro de sanar quaisquer dúvidas quanto à utilização dos valores. Pedido genérico não caracterizado. VI Pontuou o Recorrido qual seria a documentação a ser apresentada (referente ao despendido com a implantação do memorial descritivo do Condomínio), bem como apresentou a relação pormenorizada das obrigações assumidas pelas Rés. Jurisprudência deste Colendo Sodalício. VII - Manifesta improcedência do Recurso que autorizou a aplicação do caput do art. 557 do C.P.C. c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste Tribunal. Negado Provimento (TJRJ – 4ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 0005738-41.2008.8.19.0209 julgada em 28.03.2012 – Rel. Des. Reinaldo P. Alberto Filho).

Aqui, nota-se, inclusive que o magistrado faz referência não só a existência da boa-fé objetiva, mas a sua aplicabilidade, também, no direito processual como intuito de se coibir deslealdades.

No seguinte caso, tem-se com clareza a violação do princípio da boa-fé objetiva pela não renovação imotivada do contrato, que vinha sendo renovando a certo período, o que, além de outras coisas, gera ao contraente expectativa de uma

renovação que deveria de fato ocorrer, mas não ocorre, exatamente como visto que ocorre na *surrectio*.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL.

VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECUSA IMOTIVADA DE RENOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há violação ao artigo 535 do CPC se o acórdão apresenta os fundamentos nos quais apoiou suas conclusões. O fato de não fazê-lo à luz dos preceitos legais indicados pelas partes não o eiva de vício de omissão.
2. "Nos termos da jurisprudência desta Corte, se o seguro de vida vem sendo renovado há longo período, a pretensão da seguradora de, abruptamente, não renovar o ajuste anterior ofende os princípios da boa-fé objetiva, da confiança e da cooperação" (AgRg no Ag 1.116.386/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 6/12/2012, DJe de 4/2/2013).
3. Agravo regimental não provido.

Em mais um Recurso Especial, recentemente julgado, vê-se o instituto da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, que venha a causar expectativa e prejuízo a uma das partes, ensejando responsabilidade civil para parte que desistiu do contrato, ainda que não firmado.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE CONTRATAÇÃO. RUPTURA DE TRATATIVAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. JUROS DE MORA. TERMO 'A QUO'. DATA DA CITAÇÃO.

1. Demanda indenizatória proposta por empresa de eventos contra empresa varejista em face do rompimento abrupto das tratativas para a realização de evento, que já estavam em fase avançada.
2. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.
3. Inviabilidade de se contrastar, no âmbito desta Corte, a conclusão do Tribunal de origem acerca da expectativa de contratação criada pela empresa varejista. Óbice da Súmula 7/STJ.
4. Aplicação do princípio da **boa-fé objetiva** na fase pré-contratual. Doutrina sobre o tema.
5. Responsabilidade civil por ruptura de tratativas verificada no caso concreto.
6. Inviabilidade de se analisar, no âmbito desta Corte, estatutos ou contratos de trabalho, para se aferir a alegada inexistência de poder de gestão dos prepostos participaram das negociações preliminares. Óbice da Súmula 5/STJ.
7. Controvérsia doutrinária sobre a natureza da responsabilidade civil pré-contratual.
8. Incidência de juros de mora desde a citação (art. 405 do CC).
9. Manutenção da decisão de procedência do pedido indenizatório, alterando-se apenas o termo inicial dos juros de mora.

10. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO. (Resp1367955/ SP Recurso Especial 2011/0262391-7, Rel Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe de 24/03/2014).

O que notamos nesses apresentados julgados e em diversos outros é a pacificação da jurisprudência ao assumir os atos ilícitos cíveis que ferem a boa-fé objetiva.

A tendência é que a jurisprudência, já firmada, conforme vislumbra-se nos citados julgados, e em diversos outros a que se tenha acesso, se torne ainda mais aparente e, conseqüentemente, caminhe na direção a um direito uno e contextualizado.

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi estudar e conhecer mais a fundo a importância do princípio da boa-fé objetiva e como ela age, principalmente, em relação ao abuso de direito que venha a ser cometido por uma das partes nos contratos cíveis.

Assim, apesar de se tratar de um tema que vem a longa data sendo objeto de análise pelos estudiosos e juristas, como pode ser observado nos livros, artigos, trabalhos acadêmicos analisados, e ter sido recentemente posto no ordenamento jurídico cível como uma cláusula a ser cumprida em absolutamente todos os contratos, esteja ela expressa ou não, muitas questões ainda surgem sobre quando este princípio deve ser suscitado, por depender de ações subjetivas que venham a caracterizar uma má-fé objetiva.

Para que se pudesse ter uma visão ampla e real desse instituto, este trabalho teve por início uma visão panorâmica de sua evolução histórica, seus conceitos conforme tempo e espaço desde quando ainda não havia previsão legal e seguiu uma sequência evolutiva e explicativa detalhando como o princípio da boa-fé objetiva, o abuso de direito e a relação entre tais institutos se dá no plano atual, o Código Civil de 2002, o qual traz expressivamente a boa-fé objetiva em seus artigos 113, 187, 422, consecutivamente.

Nesse caminho de estudo, foi explorado não só os conceitos e aplicabilidade, mas as motivações históricas baseadas nas necessidades sociais que fizeram nascer o princípio e o colocaram no ordenamento como modelo de conduta do comportamento humano nas relações contratuais, conseguindo assim, extrair, a partir de diversos posicionamentos vistos, conceitos, definições e podendo ter uma conclusão efetiva do tema discutido.

A partir do relato histórico pode-se ver nas relações à boa-fé, com sua base no direito romano, e, seguindo o estudo, ficou claramente evidenciada a diferença entre o instituto em suas duas concepções: objetiva e subjetiva. A boa-fé objetiva, aquela que vem a dispensar o estado psicológico do agente, e se conecta apenas no juízo de lealdade e confiança firmado juntamente com o contrato. E em contra partida a boa-fé subjetiva que se caracteriza, justamente, pelo elemento

anímico, ou seja, totalmente oposto à boa-fé objetiva, já que depende do estado interior do ser humano.

Minuciosamente detalhando a boa-fé objetiva, subsequentemente apresentou-se sua tríplice função: a função interpretativa, a função integrativa e a função limitadora. A interpretativa, como o próprio nome determina, funciona de modo a explicar o contrato, seja corrigindo-o, ou até mesmo complementando-o. A segunda, a função integrativa, ou hermenêutica-integrativa, funciona como um complemento contratual, para que os deveres não previstos no contratos, mas decorrentes e amparados pela boa-fé, sejam cumpridos com excelência. E a terceira e última função exposta, a função limitadora, como se nota no próprio nome, vem interpor limites ao exercício dos direitos subjetivos, como forma de serem estes usados ao bel prazer dos sujeitos da relação ocasionando uma conduta que venha a ferir bravamente o interesse da outra parte, prejudicando-a e prejudicando a finalidade do contrato.

A partir daí, seguiu-se com a análise do conceito e do que vem a caracterizar um ato abusivo, o estudo do abuso de direito. Instituto, este, que surgira a partir da jurisprudência francesa, no entanto difícil de conceituar, o que gerou divergências, propiciando a aparição de correntes negativistas e afirmativas.

Assim, viu-se que para a teoria negativista, representada fortemente por Marcel Planiol, Duguit e Rotondi, corrente esta que idealizava a não existências dos atos abusivos, sustentada no fundamento de que se há o direito presente e inerente a parte, não pode se considerar abusividade a utilização deste. Em contrapartida, Savatier, Ripert e Josserand, afirmam a existência do abuso de direito, que estaria configurada a partir da inobservância à moral e boa-fé. Prevalecendo esta segunda teoria até os dias atuais.

Contudo, o abuso de direito não é considerado propriamente um ato ilícito, estes possuem natureza de violação distintas, enquanto no primeiro caso o que há é um exagero no modo de exercício de um direito a si pertinente, no outro é agir de forma contraria a norma legal.

E depois de todo esse estudo, o que dizer da boa-fé? Que trata-se de um princípio ou de uma cláusula geral do ordenamento?

O que se pode notar foi que há natureza jurídica dupla, se inserindo como princípio geral do Direito Civil e como cláusula geral no que tange os contratos e as obrigações.

No Código Civil brasileiro da atualidade a presença expressa desse instituto fez nascer uma nova concepção dos acordos, que passaram a não possuir um caráter puramente privado, e sim público. E nesses contratos a boa-fé vem a se inserir desde o momento que se exprime a intenção de uma relação obrigacional até após a realização das obrigações pactuadas, a boa-fé objetiva confere uma proteção pré-contratual, na execução e pós-contratual.

Viu-se posteriormente os desdobramentos capazes de se fazer recorrer a boa-fé como método de defesa, proteção ou garantia de segurança jurídica: a *supressio*, que vem a ser a supressão de um direito devido a uma renúncia não tácita; o *surrectio* condiz a criação tácita de um direito.

Na análise da aplicabilidade da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no Direito Civil, é constante a observação de jurisprudências, que são os entendimentos dos tribunais superiores, revividos em sentenças continuas a casos iguais ou semelhantes, servindo como base e fundamentação jurídica, visto que se trata, também, de uma fonte do direito.

O avanço dessa jurisprudência se deu de forma contínua, ainda que meio tímida, perante os julgados dos tribunais superiores. Muito comum aos direitos do Código de Defesa do Consumidor, vem correntemente criando um espaço amplo na esfera civilista.

Todavia, com o advento do novo Código Civil, e sua forma de interpretação voltada para a Constituição Federal, como de fato deve ocorrer, o que se espera é cada vez mais, a boa-fé objetiva como princípio e como cláusula geral da esfera contratual e das obrigações, alcance um patamar ainda mais elevado, devido a sua notável importância na concretude das relações estabelecidas.

A boa-fé objetiva no direito atual é correlacionada aos valores éticos de lealdade, confiança, veracidade, justa expectativa, ou seja, possui uma base puramente objetiva, em relação ao local, aos costumes, ao tempo de sua aplicabilidade.

Sendo assim, a validade dos negócios jurídicos se firma na condição de obter um objeto lícito, sendo que se mesmo não for lícito, vai contra a boa-fé.

É mister citar que a boa-fé é precedente para qualquer espécie de contrato, trata-se de uma ação onde o bem deve haver reciprocidade, não esquecendo que a mesma opera de modo bastante ativo, já nas relações de consumo.

Tendo isso em mente, a ideia é de que a jurisprudência passe a analisar os casos cíveis, utilizando-se da boa-fé objetiva, nos mesmos moldes e com a mesma ênfase que este instituto vem sendo, a longa data, validade e disponível ao direito consumerista, assim ampliaria sua atuação e alcançaria um patamar mais proveitoso no que condiz ao direito civil, como de fato vem ocorrendo, a fim, principalmente, de se obter uma garantia jurídica eficiente e fazer com o contrato cumpra sua função.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR, Ruy R. **O novo código civil e o código de defesa do consumidor: pontos de convergência.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais.

AGUIAR JR., Ruy R. **Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor.** In: **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.

BARROS, J. A. Q. **Abuso de direito.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6944>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

CAEIRO, M. V. G. **Distinção entre o abuso de direito, ato ilícito e cláusulas abusivas.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28420&seo=1>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Brasília, DF, 11 de setembro de 1990.

CORDEIRO, A. M. da R. e M. **A boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2002, P. 411.

CORRÊA, G. A. C. **A Súmula nº 23 do Supremo Tribunal Federal e a incongruência da vedação de indenização frente ao princípio da boa-fé, ao direito de propriedade e à vertente da teoria dos atos próprios, denominada venire contra factum proprium.** Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/072010.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2014.

DONIZETTI, E; QUINTELLA, F. **Curso Didático de Direito Civil**. Curso Didático de Direito Civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FACHIN, L. E. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Ed. Renovar, 2000. pág. 131.

FERREIRA, K. P. **Abuso do direito nas relações obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 34.

FIUZA, C. **Direito Civil – Curso Completo**. ed 14. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.259, 257.

FILHO, C. F. C. M. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1153/O-Novo-Codigo-Civil-e-a-Boa-Fe-nos-Contratos>. Acesso em 02 de maio de 2014.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos**, 4, São Paulo: Saraiva, 2005, p.71-72.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Esquematizado – Volume I**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, F. A. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARTINS C. J. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

NERY, J. N. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NETO, J. H. **O Princípio da Boa-fé Objetiva no Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8245/o-principio-da-boafefe-objetiva-no-codigo-civil-de-2002>. Acesso em: 07 de maio de 2014.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, N. S. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2 ed. Goiania: AB, 2004.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil Vol. I**, 23 Ed., São Paulo: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, C. M. S. **Instituto de Direito Civil - Volume III**. 12 Ed., São Paulo: Forense, 2007.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, M. A **Boa-Fé no Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em 02 de maio de 2014.

REALE, M. A visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*. ed 9. São Paulo, 2002.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, ISBN 85-020-4126-6.

REALE, M. **Função Social Do Contrato**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em 17 de maio de 2014.

STOLCO, R. **Abuso do Direito e Má-fé Processual**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 56 e 57.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2005.

VENOSA, S S. **DIREITO CIVIL – Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANA, S.; GAGLIANO, P. S. - **Boa fé objetiva processual – Reflexões quanto ao atual CPC e ao projeto do novo Código**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2012/08/13/boa-fe-objetiva-processual-reflexoes-quanto-ao-atual-cpc-e-ao-projeto-do-novo-codigo/>. Acesso em 29 de abril de 2014.