

PEDRO VINICIUS GIORDANO EROLES

**BOA-FÉ OBJETIVA CONTRATUAL A PARTIR DOS PLANOS DA
EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Marco Fábio Morsello

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

PEDRO VINICIUS GIORDANO EROLES

**BOA-FÉ OBJETIVA CONTRATUAL A PARTIR DOS PLANOS DA
EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob orientação do Professor Doutor Marco Fábio Morsello.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

RESUMO

EROLES, Pedro Vinicius Giordano. *Boa-fé objetiva contratual a partir dos planos da existência, validade e eficácia*. 144 páginas. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O trabalho propõe-se a responder à questão sobre quais são as relações e efeitos da boa-fé objetiva nos planos contratuais da existência, validade e eficácia, relacionando tal análise às espécies normativas da boa-fé objetiva de postulado, princípio e regra.

Palavras-chave: boa-fé objetiva – contratos – plano da existência – plano da validade – plano da eficácia.

ABSTRACT

EROLE, Pedro Vinicius Giordano. *Contractual good faith as of existence, validity and effectiveness plans*. 144 pages. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The work intends to answer the question on the relation and effects of the objective good faith on the existence, validity and effectiveness plans, relating such analysis with the normative species of the objective good faith postulate, principle and rule.

Keywords: objective good faith – contracts – existence plan – validity plan – effectiveness plan.

RÉSUMÉ

EROLE, Pedro Vinicius Giordano. *Bonne foi objectif contractuel à partir des plans de existence, validité et efficacité*. 144 pages. Thèse de Doctotat – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2020.

Dans ce travail, on se propose a repóndre la question sur les relations et effets de la bonne foi objectif sur les plans de existence, validité et efficacité, et les relations de cette analyse avec les espèces normatifs de la bonne foi objectif postulat, principe et règle.

Mots-clés: bonne foi objectif – contrats – plan de la existence – plan de validité – plan de efficacité.

Many modern legal systems require the contracting parties to act according to “good faith” or “equity”. These concepts are notoriously difficult to define. Some say they cannot be defined at all, or at least, not in the same way as other legal concepts.

(GORDLEY, James. *Good faith in contract law in the medieval ius commune*. In.: ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. *Good Faith in European Contract Law*, p. 93).

(...) Donde se conclui que quando (...) o Código Civil dispõe sobre a validade do negócio jurídico, referindo-se ao *objeto lícito*, neste está implícita a sua configuração conforme à boa-fé (...).

(REALE, Miguel. A Boa-Fé no Código Civil. *História do Novo Código Civil*, vol. I).

(...) o princípio da boa-fé não age diretamente no plano da validade, senão de forma residual (...).

(MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*, p. 580).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. BOA-FÉ OBJETIVA E SUA TRIPARTIÇÃO NORMATIVA	18
1.1. Dificuldade e relevância da conceituação da boa-fé objetiva.....	18
1.2. Tripartição normativa da boa-fé objetiva.....	40
2. PLANO DA EXISTÊNCIA E BOA-FÉ OBJETIVA EM SUA FUNÇÃO SUPLETIVA – O CONTATO SOCIAL E OS DEVERES ANEXOS	50
2.1. Características do plano da existência nos contratos	50
2.2. Declaração de vontade, contato social e o plano da existência	59
2.3. Plano da existência, boa-fé objetiva como elemento das circunstâncias negociais e função positiva do princípio da boa-fé objetiva.....	69
3. PLANO DA VALIDADE E BOA-FÉ OBJETIVA EM SUA FUNÇÃO CORRETIVA – O CONTROLE DA ABUSIVIDADE CONTRATUAL.....	75
3.1. Características do plano da validade.....	75
3.2. Plano da validade e controle da abusividade contratual pela boa-fé objetiva	79
3.3. Invalidade do conteúdo contratual e princípio da boa-fé objetiva.....	84
3.4. Artigo 424 do Código Civil e artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor .	87
3.5. Boa-fé objetiva e atuação no plano da validade em sua função corretiva	88
4. PLANO DA EFICÁCIA E BOA-FÉ OBJETIVA EM SUA FUNÇÃO INTERPRETATIVA – CONTROLE DO ABUSO DE DIREITO E ANTECIPAÇÃO, INTERRUPTÃO E POSTERGAÇÃO DOS EFEITOS CONTRATUAIS.....	90
4.1. Boa-fé objetiva e interpretação	90
4.2. Características do plano da eficácia.....	98
4.3. Postulado da boa-fé objetiva e plano da eficácia	104
4.4. Abuso de direito e boa-fé objetiva	112
4.5. Plano da eficácia e boa-fé objetiva	118
4.6. Boa-fé objetiva como fator de ineficácia interruptivo	118
4.7. Boa-fé objetiva como fator de ineficácia postergatório.....	120
4.8. Boa-fé objetiva como fator de eficácia antecipatório	128
4.9. Eficácia perante terceiros da boa-fé objetiva	133
5. CONCLUSÕES.....	135
6. BIBLIOGRAFIA	137

INTRODUÇÃO

O trabalho a ser desenvolvido visa a propor uma tese para responder à questão sobre quais são as relações e efeitos da boa-fé, em sua espécie boa-fé *objetiva*, nos planos contratuais da existência, validade e eficácia. Em outras palavras, pretende-se aqui estabelecer as relações entre a boa-fé objetiva nos contratos e cada um dos planos pelos quais é possível analisar o fenômeno contratual.

Nesse sentido, um dos objetivos desta tese é estabelecer uma unificação das análises que são empreendidas com base na teoria dos planos do negócio jurídico e a aplicação da boa-fé objetiva nos contratos, tendo em vista que as teorias que visam a compreender o fenômeno contratual, apesar de serem desenvolvidas de forma separada, devem convergir para parâmetros comuns, de modo a que as teorias não se sobreponham ao fenômeno contratual mas, ao contrário, sirvam para sua análise considerando a sua vida concreta na regência das relações em sociedade.

Um segundo objetivo para o desenvolvimento desta tese é a tentativa a fomentar as discussões para o avanço da construção do conteúdo material do instituto da boa-fé objetiva, conforme prevista em nosso Código Civil em seus artigos 113¹, 187² e 422³, a fim de que tal instituto conte com parâmetros ao máximo possível objetivos, de modo a que seja mitigado seu uso arbitrário ou como forma de encobrir intenções do julgador que não necessariamente se alinham à racionalidade econômica do contrato e à própria intenção do legislador.

¹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

² Art. 187. 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.

³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Portanto, a construção do significado da boa-fé objetiva em seu sentido técnico visa a, antes de tudo, evitar seu uso meramente retórico, uso que, apesar de comumente revestir-se de justificativas de intervenção ética ou moral⁴ no contrato, acaba por ser utilizada para legitimar uma arbitrariedade, em flagrante violação ao *rule of law* que deve vigorar em um Estado Democrático de Direito, conforme instituído pela Constituição Federal de 1988.

No que se refere a essa relação entre ética e Direito, escreve António Manoel HESPANHA:

(...) a (...) lição é a de assumir que o direito, não podendo cumprir objetivos éticos, deve procurar antecipar a ética, construindo-se sobre um princípio idêntico, o da solicitude (viver *para* o Outro); ou que, pelo menos, o clássico princípio da mera tolerância (viver *com* o Outro) com que o direito moderno se bastava (nos termos do tal “mínimo ético”) tem que ser substituído por um princípio mais exigente (...)⁵

A preocupação do legislador com relação a tal uso da boa-fé objetiva de forma não criteriosa foi, por exemplo, indiretamente endereçada pelo Código de Processo Civil brasileiro, de 16 de março de 2015, o qual estabelece em seu artigo 489, §1º, II, que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que empregar conceitos jurídicos indeterminados, *sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso*.

Desse modo, a preocupação quanto à fundamentação de uma decisão com base em um conceito indeterminado é endereçada com a previsão de que tal uso de um conceito indeterminado deve ser acompanhado da explicação do motivo concreto de sua incidência no caso.

⁴ No sentido de separar os campos da ética e da boa-fé objetiva (sem prejuízo de eventuais convergências), ao comentar a separabilidade entre os campos da Moral e do Direito, escreve Matthew KRAMER que pessoas e empresas podem ser consideradas legalmente responsáveis por suas ações mesmo quando não tenham sido maliciosas ou sabidamente indiferentes, incautas ou negligentes. Assim, a culpa ou intenção nem sempre é um elemento da violação legal, ao contrário da moral (“People and corporations are sometimes held legally liable for their actions even if they have not been malicious or knowingly indifferent or reckless or careless in any way” – KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality meet*, p. 249).

⁵ HESPANHA, António Manoel. *O caleidoscópio do direito – o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, p.515

Não obstante, não poderá tal previsão, por si, evitar que o uso retórico da boa-fé objetiva e sua aplicação seja explicada por mais retórica, sem de fato responder por que ali caberia a aplicação da boa-fé.

Portanto, no caso da boa-fé objetiva, tal explicação demanda que haja uma construção dos seus elementos e de seu conteúdo material, a fim de que sejam definidos não apenas os casos em que se aplica a boa-fé objetiva, como também a extensão e alcance de sua aplicação.

Uma das dificuldades, a qual também acaba sendo um dos grandes reforços persuasivos da aplicação da boa-fé objetiva, é a tendência de se entender que a aplicação da boa-fé objetiva é sempre cabível, uma vez que não faria sentido concluir que as partes não devem agir de boa-fé na contratação; ou seja, o entendimento de que, se não se aplica a boa-fé objetiva, pressupõe-se a má-fé das partes.

Tal entendimento, apesar de sua força persuasiva, não poderia estar mais equivocado: o caso de entender-se que as partes necessariamente devem agir de boa-fé na contratação não se confunde com o conceito de boa-fé objetiva e, nesse sentido, a pressuposição de boa-fé das partes contratantes no sentido indicado acima confunde-se com o sentido do *pacta sunt servanda*, ou seja, de que os contratantes devem cumprir com o acordado.

Fica claro entender a perigosa confusão acima quando se vê o caso em que o leigo afirma, com relação à sua contraparte que está pontualmente cumprindo as obrigações contratuais, que está agindo “de boa-fé”. Ou seja, age de boa-fé por que cumpre com o prometido.

Portanto, fica claro aqui que, quando se afirma que é cabível averiguar a aplicação da boa-fé objetiva nos contratos, ou mesmo a conclusão de que a boa-fé objetiva pode ser dispositiva e não cogente, como concluímos em trabalho anterior⁶, constata-se que trata-se aqui de um outro conceito, o qual deve ser entendido como um instituto jurídico com

⁶ EROLES, Pedro. *Boa-fé objetiva nos contratos: especificação normativa, cogência e dispositividade*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

significado próprio, não confundível com seu significado na linguagem comum.

Além de tal aspecto que podemos dizer “externo” da construção do conteúdo da boa-fé objetiva, cabe ressaltar também a construção do aspecto “interno” da boa-fé objetiva, qual seja, o da boa-fé como pressuposto de formação dos contratos. Especificamente no que concerne ao objeto do presente trabalho, referimo-nos aqui à boa-fé objetiva como elemento (ou como pressuposto, a depender do caso) da existência, validade e eficácia dos contratos.

Segundo Miguel REALE, a configuração conforme a boa-fé seria um pressuposto do objeto lícito do negócio jurídico, desta forma estabelecendo a boa-fé objetiva como uma norma de validade (ou seja, segundo REALE, a configuração contrária à boa-fé tornaria o objeto ilícito).

Abordaremos com mais detalhes essa questão no curso do desenvolvimento deste trabalho, quando empreenderemos uma tentativa de responder à questão acerca da atuação ou não da boa-fé objetiva como norma de validade no ordenamento jurídico brasileiro.

No que diz respeito à análise da boa-fé objetiva⁷ a partir dos planos da existência, validade e eficácia contratuais, faremos tal análise relacionando-a com as espécies normativas da boa-fé objetiva *postulado* e *princípio*, conforme desenvolvidas em trabalho anterior de nossa autoria⁸, a fim de que haja também uma tentativa de relação das espécies normativas *postulado* e *princípio* da boa-fé objetiva acima indicadas com a sua incidência nos planos da existência, validade e eficácia.

Tal correlação tem como finalidade desenvolver a construção de tais espécies normativas da boa-fé para além daquela delimitada anteriormente por ocasião de sua proposição (qual seja, a análise acerca da cogência ou dispositividade da boa-fé objetiva

⁷ Conforme escreve Carlos Alberto BITTAR, “na base do conjunto de princípios e em razão da influência do aspecto moral, encontra-se o princípio da boa-fé, segundo o qual as partes devem pautar sua atuação em consonância com a lealdade e com a confiança recíprocas que a vida de relações impõe. Cumpre a cada qual respeitar a posição do outro contratante e operar com fidelidade e com probidade, a fim de que alcance os objetivos pretendidos com o contrato, agindo consoante padrões éticos normais à contratação pretendida.” (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*, p. 36).

⁸ EROLES, Pedro. *Boa-fé objetiva nos contratos: especificação normativa, cogência e dispositividade*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

nos contratos), uma vez que entendemos que tais espécies normativas da boa-fé objetiva serão de grande valia para a compreensão da aplicação da boa-fé objetiva e seus efeitos nos planos da existência, validade e eficácia contratuais

Nesse sentido, o trabalho terá também como objetivo relacionar a lógica estabelecida na divisão das espécies normativas da boa-fé objetiva e a forma lógica como os planos da existência, validade e eficácia nos contratos são estabelecidos, com o objetivo de convergência das teorias para análise do fenômeno contratual.

Tal lógica relativa aos planos da existência, validade e eficácia pode ser construída partindo-se da realidade até tais planos conceituais abstratos, conforme racional abaixo.

Sempre que ocorre na realidade o quanto previsto na norma (ou seja, sempre que o fato subsume-se à hipótese prevista no significado do texto normativo), tal norma incide sobre o fato, qualificando-o como jurídico e dotando-o, portanto, de *existência jurídica*.⁹

Cabe aqui fazer, portanto, uma distinção entre norma e enunciado normativo. Robert ALEXY faz essa diferenciação, e o exemplo dado por ALEXY é o enunciado normativo “Nenhum alemão pode ser extraditado”, presente na Constituição alemã.

Tal enunciado expressa uma norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão: ou seja, a proibição de que qualquer alemão seja extraditado é o significado do enunciado normativo “nenhum alemão pode ser extraditado”. Assim, uma norma seria o significado de um enunciado normativo¹⁰.

Também Humberto ÁVILA estabelece uma distinção similar entre *texto* e *norma*, colocando, da mesma forma, que as *normas* não são os textos nem o conjunto dos textos, mas os sentidos que são construídos pelo intérprete a partir dos textos normativos¹¹.

O fundamental tanto na distinção estabelecida por ALEXY quanto por ÁVILA é a percepção de que não há identidade entre dispositivo (ou texto) e norma.

⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 23.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 53-54.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 30.

Desse modo, também a boa-fé objetiva não seria compreendida como os textos normativos nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil, mas como o sentido extraído de tais textos normativos e sua consequente aplicação no que diz respeito aos efeitos contratuais.

Nota-se aqui, portanto, que o plano da realidade e o plano da existência estão implicados em uma relação de continência (ou seja, o plano da existência jurídica está contido no plano da realidade), de modo que nem tudo que é real entra para o plano da existência, mas todos os fatos que entram para o plano da existência são reais.

Em outras palavras, pode-se pensar o plano da existência jurídica e o plano da realidade como dois círculos concêntricos, no qual o círculo maior seria a realidade e o círculo menor seria a existência jurídica.

Por exemplo, quando há a manifestação de vontade do contratante dotada de forma e conteúdo, caracterizando-se como declaração de vontade (isto é, encerrando em si não só uma forma e um conteúdo, como em qualquer manifestação, mas também as circunstâncias negociais, que fazem com que aquele ato seja visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos), o contrato entra no plano da existência.¹²

Contudo, tal entrada do contrato no plano da existência não significa que ele seja válido. Para tanto, a lei exige requisitos (por exemplo, que o contratante esteja no pleno gozo de suas faculdades mentais, que as disposições feitas sejam lícitas, que a forma utilizada seja a prescrita etc.).¹³

Finalmente, ainda que estejam preenchidos os requisitos de validade, o contrato ainda não é *eficaz* (caso, por exemplo, haja a oposição de uma condição suspensiva).¹⁴

Mas tal relação entre a realidade e o plano da existência não se dá apenas por uma relação de continência, mas também por um processo de interpretação da norma.

¹² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 24.

¹³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 24-25.

¹⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 24-25.

Seguindo com a lógica dos planos do negócio jurídico, o *fato jurídico* (ou seja, aquele que, após o processo interpretativo, entra no plano da existência) passa a ter a possibilidade de produzir *efeitos jurídicos* (ou seja, ter *eficácia jurídica*).¹⁵

Nota-se aqui que o artigo 113 do Código Civil prevê em seu *caput* que “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”. Tal interpretação prevista no artigo 113, conforme será desenvolvido no decorrer deste trabalho, está relacionada à eficácia que será dada a um dado dispositivo contratual, funcionando como um crivo para o reflexo dos efeitos contratuais na realidade.

Desse modo, a consideração do fato deverá levar em conta não apenas sua fenomenologia (ou seja, a sua mera descrição enquanto sucessão de fatos materiais no tempo), mas também um contexto que leva em conta a boa-fé de seu agente.

No plano contratual, isso significa que um determinado fato que, considerado apenas em seus aspectos fenomenológicos, subsuma-se a uma norma contratual, poderá sob o crivo da boa-fé ser considerado de forma diversa, eventualmente não se subsumindo a uma determinada norma permissiva e, conseqüentemente, tendo seus efeitos alterados pelas normas que regem uma determinada relação contratual.

Nesse sentido, Emilio BETTI define que fatos jurídicos são aqueles a que o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas (em outras palavras, o que se mencionou acima no que diz respeito à relação de continência entre plano da realidade e plano da existência jurídica, delimitado por um critério colocado por BETTI quanto à relevância propriamente jurídica).

O esquema lógico do fato jurídico obtém-se estudando-o como um fato dotado de certos requisitos pressupostos pela norma, o qual incide sobre uma situação preexistente e a transforma numa situação nova (ou seja, uma situação propriamente jurídica), de modo a

¹⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 23-24.

constituir, modificar ou extinguir poderes e vínculos, ou qualificações e posições jurídicas¹⁶.

Ingresso o fato da realidade no plano da existência, a boa-fé objetiva poderá também influenciar os seus efeitos jurídicos, ou seja, ter uma incidência sobre o plano da eficácia jurídica, o que será melhor desenvolvido no decorrer deste trabalho, quando desenvolvermos nossa proposta acerca da boa-fé objetiva em sua função interpretativa, a qual será relacionada diretamente à espécie normativa de postulado da boa-fé objetiva.

Entretanto, tendo em vista que o contrato é um caso especial de fato jurídico, uma vez que seus efeitos estão na dependência dos *efeitos que foram manifestados como queridos*, o direito, para realizar tal atribuição, exige que as declarações de vontade (ou os aspectos do “contato social”, conforme detalharemos abaixo) tenham uma série de requisitos para que sejam consideradas *válidas*.

Nesse sentido, conforme prevê o artigo 422 do Código Civil, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No desenvolvimento deste trabalho, analisaremos também como atuará a boa-fé objetiva no plano da validade, com uma tentativa de solução dialética de uma

¹⁶ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 22. Escreve BETTI: “Tal eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva é atribuída ao fato jurídico em relação à situação em que ele se enquadra, na medida em que forma como ela (como *fattispecie*) um objeto de previsão e de valoração jurídica, por parte da norma que estabelece aquela eficácia. A valoração de um fato como fato jurídico exprime-se, precisamente, ao pôr em relação com a situação prevista, sobre a qual ele incide (*fatispecie*), uma situação jurídica nova, que se reporta à preexistente e é um desenvolvimento dela. A definição de fato jurídico que propomos, mostra logo que seria um erro conceber a *fatispecie* como se fosse um puro fato, desprovido de qualificação jurídica, ou como qualquer coisa materialmente separada, ou cronologicamente afastada, da nova situação jurídica que lhe corresponde. Na verdade, esta não passa de um desenvolvimento daquela, uma situação nova em que se converte a situação preexistente com o sobrevir do fato jurídico. Especialmente quando a situação nova consiste em se constituir uma relação jurídica, a situação preexistente consite no particular modo de ser que assume uma relação da vida social, quando sobrevém um fato jurídico. Este – por ex. um contrato – faz nascer uma obrigação, na medida em que atua sobre uma situação complexa, cujos elementos já estão qualificados pelo direito: tais como duas pessoas capazes de se obrigar, um objeto idôneo para constituir matéria de obrigação e que pertença à esfera jurídica de uma delas ou de ambas, e assim sucessivamente. Dado que o modo de ser consequente à conclusão do contrato constitui objeto de valoração jurídica, a relação social entre os dois interessados eleva-se, com o contrato, a relação jurídica. Se, pelo contrário, ela já tiver essa qualificação estará sujeita a sofrer uma modificação, ou a extinguir-se, com a superveniência de um fato que lhe altere o conteúdo ou que seja incompatível com a sua permanência, como acontece por ex., com a constituição em mora ou com o pagamento. Para melhor se compreender este fenômeno, pode imaginar-se o plano em que atua o direito, como sobreposto àquele em que vive a realidade social.” (BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, pp. 22-23).

contraposição entre a doutrina de Miguel Reale (o qual compreendia a boa-fé como requisito de validade) e Judith Martins-Costa (a qual reputa que a boa-fé objetiva não é uma norma de validade no ordenamento jurídico brasileiro, salvo exceções de previsão expressa).

Portanto, o contrato deve ser examinado nos planos da *existência*, *validade* e *eficácia*, a fim de verificar seu pleno aperfeiçoamento¹⁷ e, desse modo, o presente trabalho analisará o papel da boa-fé objetiva nesses três planos, bem como o papel da boa-fé objetiva na relação entre a realidade e o plano da existência, e como as funções supletiva, corretiva e interpretativa da boa-fé objetiva serão relacionadas com os efeitos da boa-fé objetiva em cada um dos planos do negócio jurídico.

Adicionalmente, como elemento acessório à tese principal a ser desenvolvida nesse trabalho (qual seja, o estabelecimento da relação entre a boa-fé objetiva e os planos da existência, validade e eficácia nos contratos), empreenderemos um esforço de integração da proposta de tripartição normativa da boa-fé objetiva nas espécies postulado, princípio e regra, originalmente proposta em trabalho nosso para averiguação da questão acerca da cogência e dispositividade da boa-fé objetiva nos contratos, de modo a verificar se e quais destas espécies estariam relacionadas a que planos, e de que forma estariam relacionados.

Em suma, o presente trabalho empreenderá uma tentativa de estabelecer quais as relações da boa-fé objetiva em suas funções supletiva, corretiva e interpretativa com os planos da existência, validade e eficácia, bem como com as espécies normativas da boa-fé objetiva.

Com relação a suas limitações, este trabalho não desenvolverá um estudo histórico ou comparativo de institutos jurídicos.

Compreendemos que, dado o escopo limitado do presente trabalho, bem como a existência de trabalhos de muito maior relevância que o presente acerca do tema da boa-fé objetiva que desenvolvem tal temática, qualquer empreendimento nesse sentido acabaria por meramente transcrever o desenvolvimento dos aspectos históricos da boa-fé objetiva, o

¹⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 24.

que não traria qualquer acréscimo à finalidade aqui proposta, dadas as suas limitações¹⁸.

Além disso, apesar de o presente trabalho empreender uma tentativa de compreensão da boa-fé objetiva em sua função interpretativa, este trabalho não versará em detalhes sobre teoria hermenêutica, uma vez que tais temas seriam em si suficientes para um trabalho independente e fugiria do escopo deste trabalho.

Adicionalmente, o presente trabalho terá como foco o Direito brasileiro e a correlação entre a boa-fé objetiva e os planos da existência, validade e eficácia conforme se mostram pertinentes para a interpretação do Direito pátrio.

Não obstante, conforme pertinente e sem qualquer pretensão de estender esse trabalho para qualquer escopo que não o relacionado ao tema acima referido em nosso Direito, faremos referência ao Direito estrangeiro, na medida em que entendermos necessário tanto para a construção quanto para o esclarecimento dos pontos a serem defendidos no presente trabalho.

Desse modo, quando referências históricas ou comparativas se fizerem necessárias para o desenvolvimento do trabalho, remeteremos a obras que trataram tais aspectos de forma mais específica e aprofundada.

Além disso, não serão analisados nesse trabalho os regimes de nulidade e anulabilidade com relação à boa-fé objetiva, bem como não serão analisadas as relações entre a boa-fé objetiva e os vícios da vontade/vícios sociais.

Também não será feita uma análise indutiva ou exaustiva da jurisprudência, e a análise jurisprudencial será usada de forma exemplificativa, limitada e concentrada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sem prejuízo de análise de julgados de outros tribunais, nacionais ou estrangeiros, sempre que pertinente aos objetivos deste trabalho.

¹⁸ Nesse sentido, para maiores detalhes acerca dos aspectos históricos, remetemos para os trabalhos de António de MENEZES CORDEIRO (*A boa-fé no Direito Civil*) e Judith MARTINS COSTA (*A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*).

Assim, em linha com o objetivo de construção de uma tese acerca do tema objeto deste trabalho, não nos ateremos à interpretação efetuada por nossos Tribunais acerca da boa-fé objetiva e suas relações com os planos da existência, validade e eficácia nos contratos, mas tentaremos propor novas concepções que fomentem um debate acerca do tema e que, esperamos, possa servir para auxílio nos esforços para que o instituto da boa-fé objetiva seja usado de forma criteriosa e equilibrada pela jurisprudência brasileira.

Com relação à metodologia, optamos por apresentar um texto o mais sintético possível e focado no desenvolvimento do seu tema objeto (qual seja, a relação entre a boa-fé objetiva e os planos da existência, validade e eficácia nos contratos).

Por fim, dado que a bibliografia acerca do tema da boa-fé objetiva torna-se cada vez mais inabarcável na doutrina brasileira¹⁹, as transcrições e citações foram limitadas ao essencial, de modo a evitar, ao máximo possível, que o texto se tornasse pesado e redundante.

¹⁹ Conforme escreve Judith MARTINS-COSTA, “foi necessária, à época em que comecei a mergulhar nesse tema, uma verdadeira garimpagem nos repertórios de jurisprudência (na altura, ainda não informatizados), resultando no encontro dos poucos, mas emblemáticos acórdãos que nomeei como “casos” e, após, foram repetidos em outros textos de doutrina com a mesma denominação pela qual os identifiquei, como o ‘caso dos tomates’, o ‘caso da loja de vestuários’ ou o ‘caso do posto de gasolina’. Essas decisões foram o resultado – é de justiça que se diga – do encontro entre a cultura, inteligência e sensibilidade de Clóvis do Couto e Silva, na doutrina, no ensino universitário e na linha de frente da advocacia, e de Ruy Rosado de Aguiar Júnior e de Adroaldo Furtado Fabrício, também professores, na magistratura.

Hoje, o panorama brasileiro é totalmente diverso. Em estimativa conservadora, se contarão às dezenas as obras que, direta ou indiretamente, versam a boa-fé. Considerados tão somente os Tribunais Superiores brasileiros, os julgados já ultrapassam de muito o milhar. Ao invés da garimpagem, é necessária uma cuidadosa filtragem. Ao invés de paenas noticiar os julgados, é preciso submetê-los ao crivo da crítica – contundente, por certo, mas respeitosa e, fundamentalmente colaborativa, pois, na ausência de um diálogo verdadeiro entre doutrina e jurisprudência, a Ciência Jurídica e a insegurança –filha do voluntarismo – passa a imperar (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*, p. 10).

1. BOA-FÉ OBJETIVA E SUA TRIPARTIÇÃO NORMATIVA

1.1. Dificuldade e relevância da conceituação da boa-fé objetiva

Um dos conceitos de maior dificuldade no que diz respeito à sua definição é o conceito de boa-fé.

Nesse sentido, conforme escreve James GORDLEY:

Many modern legal systems require the contracting parties to act according to “good faith” or “equity”. These concepts are notoriously difficult to define. Some say they cannot be defined at all, or at least, not in the same way as other legal concepts.²⁰

Tal dificuldade é refletida no Direito brasileiro em uma tentativa de construção desse conceito pela doutrina e pela jurisprudência.

Sobretudo com a promulgação do Código Civil de 2002, o qual trouxe a previsão da boa-fé nos artigos 113, 187 e 422, e com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, o qual trouxe a previsão da boa-fé objetiva nos artigos 4º, III²¹ e 51, IV²², tal construção passa a ser uma tarefa imprescindível para uma adequada interpretação e aplicação do Direito.

Nas relações privadas, soma-se a essa dificuldade de definição aquela de

²⁰ Em tradução livre: “Muitos sistemas jurídicos modernos exigem que as partes contratantes ajam de acordo com a “boa-fé” ou a “equidade”. Tais conceitos são notoriamente difíceis de definir. Alguns dizem que eles não podem ser definidos, ou, pelo menos, não da mesma forma que outros conceitos jurídicos.” (*Good faith in contract law in the medieval ius commune*. In.: ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. *Good Faith in European Contract Law*, p. 93).

²¹ Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. 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, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (...).

²² Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...).

conciliação da aplicabilidade da boa-fé com a autonomia privada.

Conforme escreve Charles FRIED, um dos grandes desafios à concepção do direito contratual como uma *expressão coerente da autonomia* é aquele proveniente da boa-fé.

Escreve FRIED:

The most direct challenge to the conception of contract law as a coherent expression of the principle of autonomy is thought to come from the doctrines of good faith, unconscionability, and duress. These doctrines explicitly authorize courts in the name of fairness to revise contractual arrangements or to overturn them altogether. Good faith is a way of dealing with a contractual party: honestly, decently. It is an adverbial notion suggesting the avoidance of chicanery and sharp practice (bad faith) whether in coming to an agreement or in carrying out its terms.²³

Ainda segundo FRIED, a boa-fé desafia o conceito de *contrato como uma promessa* porque, por um lado ou por outro, ela nega que *a declaração de vontade seja suficiente para definir as relações entre as partes contratantes*.

Ou seja, como as relações contratuais dependem do julgamento por parte de um juiz, tais relações dependem não apenas da vontade das partes, mas eventualmente também de um julgamento externo sobre *como tais relações deveriam ser*.

Escreve Charles FRIED:

These doctrines are said to challenge the concept of contract as promise because in one way or another they deny that promise is sufficient to define the relations between contracting parties.

²³ Em tradução livre: “o desafio mais direto à concepção do Direito contratual como uma expressão coerente do princípio da autonomia vem dos princípios da boa-fé e da coação. Essas doutrinas explicitamente autorizam as cortes a revisar arranjos contratuais em nome da justiça ou de anulá-los completamente. Boa-fé é uma forma de negociar com a parte contratante: honestamente; decentemente. É uma noção adverbial sugerindo que se evite a chicana e a má-fé, seja na conclusão ou na execução de um contrato.” (FRIED, Charles. *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*, p. 74-75).

Duties assumed under the contract may not be enforced if the agreement is judged to be unconscionable or to have been procured by duress; duties not explicitly assumed by the parties may be imposed if required by good faith.

Since the application of these doctrines depends on a court's judgment of fairness, it seems as if contractual relations depend not on the will of the parties but on externally imposed substantive moral judgments what the relations between the parties should be. That there are rights and duties that have not been voluntarily assumed by the parties may be imposed if required by good faith. (...) The challenge rather is this: that even where there has been an explicit agreement, it is not the agreement but judgments of fairness and the substantive good that define how people should behave toward each other.

Admitting force or fraud as an invalidating circumstance is said to show that contract does not have its basis in the promise principle, in the principle of giving effect to obligations freely assumed by the contracting parties. Rather, contract is shown to be what all law inevitably must be: the imposition *ab extra* of a decision designed to achieve what courts and society judge to be a fair distribution of burdens and advantages.²⁴

²⁴ Em tradução livre: “Essas doutrinas desafiam o conceito de contrato como promessa pois, de uma forma ou de outra, elas negam que a promessa seja suficiente para definir as relações entre as partes contratantes. Deveres assumidos sob um contrato não podem ser executadas se foram entendidos como inconcebíveis ou tenham sido firmados por coação; deveres não explicitamente assumidos pelas partes podem ser impostos se requeridos pela boa-fé. Considerando que a aplicação de tais doutrinas depende do julgamento de uma corte sobre a justiça, parece que as relações contratuais dependem não da vontade das partes mas de julgamentos morais substantivos externos sobre o que as relações entre as partes deveriam ser. Que há direitos e deveres que não foram voluntariamente assumidos pelas partes e que podem ser impostos se exigidos pela boa-fé. (...) O desafio é antes esse: que mesmo onde tenha havido um contrato explícito, não é o contrato, mas sim julgamentos sobre a justiça ou o bem substantivo que definirão como as pessoas deverão se comportar em relação às outras. Admitir força ou coação como uma circunstância invalidante é admitida como uma evidência de que o contrato não tem sua base no princípio da promessa, no princípio de conferir efeitos às obrigações livremente assumidos pelas partes contratantes. Em vez disso, o contrato mostra o que toda lei deve ser inevitavelmente: a imposição de fora de uma decisão designada para atingir o que as cortes e a Sociedade julgam ser uma distribuição justa de ônus e vantagens.” (FRIED, Charles. *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*, p. 74-75)

No Direito estrangeiro, o problema com relação à boa-fé não se restringe à dificuldade quanto à sua definição e conciliação com a autonomia privada, mas às vezes extrapola também para uma discussão acerca da própria utilidade e operacionalidade de tal instituto.

Contestando a utilidade de tal instituto no Direito inglês, em caso julgado na Câmara dos Lordes, pronunciou-se Lord Ackner:

The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of the negotiating parties.²⁵

Ainda em relação ao Direito inglês, escreve J.F. O'CONNOR:

Apart from the well-established, traditional rules on disclosure in contracts *uberimae fidae*, which are confined to cases in which only one party possesses knowledge of all the material facts, and fraudulent misrepresentation, duress and undue influence, there is no general rule in English law requiring the parties to negotiate in good faith.²⁶

²⁵ Em tradução livre: “o conceito mesmo de um dever de conduzir as negociações conforme a boa-fé é inerentemente repugnante para a posição adversária das partes envolvidas em tais negociações. Cada parte em uma negociação está no direito de perseguir seus próprios interesses, desde que não haja declarações falsas. *O dever de negociação de boa-fé não tem função na prática*, visto que é inerentemente inconsistente com a posição das partes em negociação.” (Walford v. Miles [1992] 2 AC 128, 138, *apud*. ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. *Good Faith in European Contract Law*, p. 40).

²⁶ Em tradução livre: “exceto pelas bem-estabelecidas e tradicionais regras de informação em contratos *uberimae fidae*, as quais estão restritas a casos nos quais apenas uma das partes possui conhecimento de todos os fatos relevantes, bem como em casos de declarações fraudulentas, coação e de influência indevida, não há uma regra geral no Direito inglês que exija que as partes negociem de boa-fé.” (O'CONNOR, J. F. *Good Faith in English Law*, p. 35).

Entretanto, a própria doutrina acerca do instituto da boa-fé no Direito inglês reconhece que, a despeito da inexistência de um princípio geral da boa-fé, muitas das regras que são associadas à boa-fé são aplicadas no Direito inglês isoladamente, muitas por construção jurisprudencial, ainda que não conjugadas sob um mesmo princípio geral.

Nesse sentido, escreve Ewan MCKENDRICK:

Some indication of the possible content of an ‘English’ version of a duty of good faith in the performance of a contract may, however, be gleaned from the examples which Legatt J cited to illustrate the point that English contract law already contains a number of rules which can be explained consistently with the recognition of such a duty.

These examples are the second reason given by Legatt J in support of his claim that ‘there is... nothing novel of foreign to English law in recognizing an implied duty of good faith in the performance of contracts.’²⁷

Ou seja, a análise da doutrina do Direito inglês acerca da boa-fé permite estabelecer que a problemática acerca da existência de um princípio da boa-fé não se confunde com a questão acerca da aplicação daquilo que é incluído sob tal princípio, uma vez que o Direito inglês convive com a aplicação da boa-fé sem a necessidade de uma princípio da boa-fé.

No Direito francês, sobre as dificuldades de aplicação da boa-fé, escreve Robert VOUIN:

A l’égard des parties au contrat, la bonne foi peut théoriquement

²⁷ Em tradução livre: “Alguma indicação do conteúdo possível de uma versão inglesa do dever de boa-fé na performance de contratos pode, entretanto, ser extraída dos exemplos que Legatt J. citou para ilustrar o ponto de que o Direito Contratual inglês já contém diversas regras que podem ser explicadas consistentemente com o reconhecimento de tal dever. Tais exemplos são a segunda razão dada por Legatt J. para sustentar sua afirmação de que ‘não há nada de novo ou estrangeiro para o Direito inglês no reconhecimento de um dever implícito de boa-fé na performance dos contratos’.” (MCKENDRICK, Ewan. *Good Faith in the Performance of a Contract in English Law*. In.: DIMATTEO A Larry; HOGG, Martin. *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*, p. 199).

aboutir, nous l'avons vu, à une delimitation des droits et obligations de chacun d'eux, dans leur existence et leur étendue, et cela d'une façon plus ou moins large suivant la façon dont elle est conçue. De fait, cette bonne foi nous a paru pratiquement inopérante à l'heure actuelle, au point de ne justifier ni le rôle qu'on lui prête, ni les espoirs mis en elle.²⁸

No direito norte-americano, conforme escreve Allan E. FARNSWORTH, a boa-fé remonta a um *leading case* envolvendo seguros, no qual Lord Mansfield referiu-se à boa-fé como “o princípio governante aplicável a todos os contratos e negociações”.²⁹

Não obstante, a boa-fé deve seu reconhecimento nos Estados Unidos não a Lord Mansfield, mas sobretudo ao professor Karl Llewellyn, redator-chefe do *Uniform Commercial Code*, o qual foi inspirado pela provisão do *Treu und Glauben* do Código Civil Alemão.

Conforme escreve Allan E. FARNSWORTH:

Lord Mansfield referred to good faith as the “governing principle... applicable to all contracts and dealings”. But, to the best of my understanding, in this country the course of the doctrine of good faith performance has been downhill since the time of Lord Mansfield.³⁰

Mesmo antes do *Uniform Commercial Code*, uma doutrina proveniente do *common law* para a boa-fé já havia sido reconhecida por alguns poucos estados americanos,

²⁸ Em tradução livre: “com relação às partes de um contrato, a boa-fé pode teoricamente resultar em uma delimitação dos direitos e obrigações de cada uma delas, em sua existência e escopo, e de uma forma mais ou menos ampla conforme ela seja concebida. De fato, tal boa-fé nos parece praticamente inoperante atualmente, ao ponto de não justificar nem o papel que lhe conferiram nem as esperanças nela postas.” (VOUIN, Robert. *La bonne foi – notion et role actuels en droit privé français*, p. 195).

²⁹ FARNSWORTH, Allan E. *Good Faith in Contract Performance*. In.: *Good Faith and Fault in Contract Law*, p. 155.

³⁰ Em tradução livre: “Lord Mansfield se referiu à boa-fé como o “princípio governante... aplicável a todos os contratos e negociações”. Contudo, até onde vai meu conhecimento, neste país a doutrina da performance de boa-fé tem estado em declínio deste o tempo de Lord Mansfield.” (FARNSWORTH, Allan E. *Good Faith in Contract Performance*. In.: *Good Faith and Fault in Contract Law*, p. 154).

notadamente Nova York e Califórnia³¹.

Entretanto, a aceitação da boa-fé nos Estados Unidos é devida em grande parte pela sua inclusão no *Uniform Commercial Code*³².

Nos Estados Unidos, a doutrina da boa-fé possui três bases: o *Uniform Commercial Code*, o *American Law Institute's Restatement (2d) of Contracts*, e a *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

O primeiro, o *Uniform Commercial Code*, no §1-203, prevê que “Every contract or duty within this act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.” (*Todo contrato ou dever sob esta lei impõe uma obrigação de boa-fé em sua performance ou execução*). Adicionalmente, mais de 50 previsões do Código mencionam a boa-fé especificamente.

A *Section 1-201(1)* contém a definição geral de boa-fé como “honesty in fact in the conduct of transaction concerned” (*honestidade de fato na condução da operação respectiva*).

Alguns dos artigos do Código contêm variações da definição de boa-fé. O mais conhecido desses é o §2-103(1)(b), o qual traz uma previsão com relação à venda de bens, dispondo que no caso de um comerciante, a boa-fé significa não apenas a “*honesty in fact*” mas também “*the observance of reasonable standards of fair dealing in trade*” (*observância dos padrões razoáveis do tráfico comercial justo*).³³

Essa definição de boa-fé para os comerciantes foi a inspiração para o §205 do

³¹ Conforme escreve Allan E. FARNSWORTH: “As a federal Court of Appeals judge put it: ‘The contractual duty of good faith is... not some newfangled bit of welfare-state paternalismo or... the sediment of an altruistic strain in contract law, and we are therefore not surprised to find the essentials of the modern doctrine well-established in nineteenth-century cases...’ (em tradução livre: Como um juiz da Corte de Apelações Federal colocou: ‘O dever contratual de boa-fé não é... algum modernismo ou parte de um paternalismo de bem-estar ou... o sedimento de um esforço altruístico no Direito contratual, e portanto nós não estamos surpresos de achar a essência da doutrina moderna em casos do século dezenove...’).” (*Good Faith in Contract Performance*. In.: *Good Faith and Fault in Contract Law*, p. 155).

³² FARNSWORTH, Allan E. *Good Faith in Contract Performance*. In.: *Good Faith and Fault in Contract Law*, p. 155.

³³ FARNSWORTH, Allan E. *Good Faith in Contract Performance*. In.: *Good Faith and Fault in Contract Law*, p. 155.

American Law Institute's Restatement (2d) of Contracts, o qual prevê que “Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement” (*Todo contrato ou dever sob esta lei impõe uma obrigação de boa-fé em sua performance ou execução*).

Finalmente, em virtude da ratificação pelos Estados Unidos da *Convention on Contracts of International Sale of Goods*, os contratos para venda internacional de mercadorias estão sujeitas ao artigo 7(1), que prevê: “In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade” (*Na interpretação desta Convenção, deve-se ter em conta o seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade em sua aplicação e na sua observância no comércio internacional*)³⁴.

Conforme escrevem Peter SCHLECHTRIEM e Ingeborg SCHWENZER:

This maxim (observance of good faith in international trade) was controversial. But, even though its application is restricted to the interpretation of the Convention, it raises two broader questions.

First of all, it is difficult to determine what the standards of “good faith in international trade” outside the Convention’s principles are and where to find them.

Secondly, it is unclear whether and to what extent interpretation of particular concepts or provisions of the Convention can result in their modification in order to conform with the required standard or whether “good faith” can permit gap-filing.³⁵

³⁴ FARNSWORTH, Allan E. *Good Faith in Contract Performance*. In.: Good Faith and Fault in Contract Law, p. 156.

³⁵ Em tradução livre: “tal máxima de observância de boa-fé no comércio internacional era controversa. Contudo, mesmo considerando que sua aplicação é restrita à Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, ela suscita duas questões mais amplas. Primeiramente, é difícil determinar quais são os padrões de “boa-fé no comércio internacional” fora dos princípios da Convenção e onde encontra-los. Segundo, não é claro se ou em que extensão a interpretação de conceitos particulares ou previsões da Convenção pode resultar na sua alteração de forma a conformá-la com o standar requerido ou se

Conforme escreve João de Matos ANTUNES VARELA acerca dos Códigos alemão e italiano:

No Código civil alemão não existe ainda uma disposição de caráter geral consagrando, com a amplitude adequada, esse dever recíproco de cooperação entre as pessoas, antes da celebração do contrato e independentemente mesmo da conclusão do negócio. Mas são relativamente numerosas e bastante significativas as disposições isoladas em que tal pensamento legislativo aflora em termos inequívocos.

Um passo nítido em frente, na consagração da boa doutrina, foi dado pelo Código italiano de 1942, em cujo artigo 1337 se prescreve expressamente que *“le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”*.³⁶

Sobre o artigo 1337 do Código Civil italiano de 1942, escreve Vincenzo ROPPO:

Comportamenti collegati alla formazione di un contratto possono fare danni e creare responsabilità verso il danneggiato: questa responsabilità si definisce “precontrattuale”.

Se ne ocupa l’art. 1337, che non considera direttamente il fenômeno del danno e la conseguenza del risarcimento (come fanno di regola le norme sulla responsabilità: art. 1218 e 2043), ma preferisce concentrarsi su ciò vale a prevenire danno e responsabilità in questione. Infatti essa prescrive un obbligo di comportamento: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”. Si comprende

a ‘boa-fé’ pode permitir tal conformação ou preenchimento de lacuna.” (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, p. 100).

³⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, p. 276.

come una norma tanto ampia e generica abbia aperto un campo vastissimo all'interpretazione: in cui s' impegna, per la verità, più la dottrina che la giurisprudenza. (...)

La "buona fede" è intesa qui em senso oggettivo, come regola di condotta: dunque como sinônimo de "correttezza". Il dovere di correttezza impone di evitare durante la trattativa comportamenti chi implicino intenzione o consapevolezza d'infliggere a controparte danni ingiusti (...).³⁷

Acerca do Direito português, escreve ANTUNES VARELA:

Na mesma linha de orientação e com alguns sinais de aperfeiçoamento se insere o artigo 227 do Código português de 1966, segundo o qual "*quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*"³⁸.

³⁷ Em tradução livre: "Comportamentos relacionados à formação de um contrato podem causar dano e gerar responsabilidade com relação aos prejudicados: esta responsabilidade é definida como "pré-contratual". Trata disso o artigo 1337, que não considera diretamente o fenômeno do dano e a consequência do seu ressarcimento (como fazem em regra as normas sobre responsabilidade: art. 1218 e 2042), mas prefere concentrar-se sobre aquilo que vale para prevenir o dano e a responsabilidade em questão. De fato, ele prescreve uma obrigação de comportamento: "As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé". Se compreende que uma norma tão ampla e genérica tenha aberto um campo vastíssimo à interpretação: à qual se emprenda, na verdade, mas a doutrina que a jurisprudência. (...)

A boa-fé é entendida aqui em seu sentido objetivo, como regra de conduta: portanto, como sinônimo de "corretude". O dever de corretude impõe evitar durante a tratativa comportamentos que impliquem intenção ou consciência de infligir à controparte danos injustos (...). (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, pp. 167-168).

³⁸ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em geral*, p. 277. Escreve ANTUNES VARELA: Várias conclusões importantes pode o intérprete extrair da leitura atenta da disposição transcrita.

Em primeiro lugar, a lei consagra a tese da responsabilidade civil pré-contratual pelos danos culposamente causados à controparte tanto no período das negociações (dos preliminares, como lhes chama a disposição, ou das *trattative*, usando a terminologia italiana), como no momento decisivo da conclusão do contrato, abrangendo, por conseguinte, a fase crucial de redação final das cláusulas do contrato.

Em segundo lugar, a responsabilidade das partes não se circunscreve – muito longe disso –, como sucedia com a tradicional teoria da culpa in contrahendo, à cobertura dos danos culposamente causados à controparte pela invalidade do negócio. A responsabilidade pré-contratual, com a amplitude que lhe dá a redação do artigo 227, abrange os danos provenientes da violação de todos os deveres de informação, de esclarecimento e de lealdade em que se desdobra o amplo espectro negocial da boa-fé.

Em terceiro lugar, além de indicar o critério pelo qual se deve pautar a conduta de ambas as partes (a boa fé, a *Treu und Glauben* de que fala a doutrina e a lei alemã), a lei portuguesa (ao contrário do direito italiano) aponta concretamente a sanção aplicável à parte que, sob qualquer forma, se afasta da conduta exigível: a

A importância da definição e previsão de uma cláusula de boa-fé vem sendo evidenciada também em propostas de uniformização de normas aplicáveis ao direito dos contratos.

A Diretiva 93/13 da Comunidade Econômica Europeia (*Unfair Terms in Consumer Contracts*) introduziu o conceito da boa-fé no âmbito da União Europeia, abrindo perspectivas para sua incorporação em um direito europeu dos contratos.

Conforme escrevem ZIMMERMANN e WHITTAKER:

(...) the implementation of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts in the member states of the European Union had as a result that every legal system within the European Union now faces the challenge of coming to terms with a general notion of good faith.³⁹

reparação dos danos causados à contraparte.

Em quarto lugar, a lei não se limita a proteger a parte contra o malogro da expectativa de conclusão de negócio, cobrindo-a de igual modo contra outros danos que ela sofra no *iter negotii*.

Por outro lado, embora uma das vertentes da boa-fé abranja, sem dúvida, a cobertura das legítimas expectativas criadas no espírito da outra parte, o artigo 227 não aponta deliberadamente para a execução específica do contrato, no caso de a conduta ilícita da parte ter consistido na frustração inesperada da conclusão do contrato. A lei respeita assim até o derradeiro momento da conclusão do contrato, salvo se houver contra-promessa, um valor fundamental, transcendente, do direito dos contratos: a liberdade de contratar.

E da ideia de que a lei, por mais censurável que seja a ruptura das negociações na eminência da celebração do contrato, intencionalmente não vai ao extremo da obrigatoriedade de celebração ou da execução específica do contrato, decorre como corolário lógico que a indenização prescrita na parte final do artigo 227, destinada a cobrir (no caso da frustração injustificada do negócio) o interesse negocial negativo da parte lesada, não pode exceder o limite do interesse contratual positivo (ou seja, do benefício que a conclusão do contrato traria à parte prejudicada nas suas expectativas). (Varela, p. 278).

A determinação exata da indenização devida pela parte que viola o princípio da boa-fé, na fase preliminar da preparação ou conclusão do contrato, depende obviamente da natureza do dever acessório de conduta infringido. Se a falta da parte fez com que a outra tivesse realizado uma deslocação que noutras circunstâncias não faria, são as despesas dessa deslocação inútil que o faltoso tem que cobrir. Se, em consequência da falta, a outra parte quebrou um braço ou uma perna, são os prejuízos resultantes desse acidente que a pessoa em falta tem de reparar. E assim por diante.

O interesse que o faltoso tem de ressarcir é sempre, porém, quando tinha havido ruptura injustificada do contrato, o chamado interesse contratual negativo; a perda patrimonial que não teria tido se não fosse a expectativa na conclusão do contrato frustrado ou a vantagem que não alcançou por causa da mesma expectativa gorada (teria vendido a terceiro por melhor preço ou teria comprado por melhor preço a terceiro). (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em geral*, pp. 277-279).

³⁹ Em tradução livre: “(...) a implementação da Diretiva 93/13 nos Estados-membros da União Europeia teve como resultado que todos os sistemas jurídicos dentro da União Europeia agora enfrentam o desafio de

Portanto, apenas com a Diretiva 93/13 da União Europeia a boa-fé objetiva adentrou o Direito inglês como princípio.

A Diretiva 93/13 levou em conta a disparidade entre as legislações dos Estados-membros da Comunidade Econômica Europeia no que diz respeito às cláusulas dos contratos celebrados entre vendedores de bens ou prestadores de serviços e consumidores, resultando em distorções de concorrência entre vendedores de bens e prestadores de serviços quando da comercialização em outros Estados-membros.

Além disso, a Diretiva 93/13 considerou o desconhecimento pelos consumidores de um Estado-membro das regras por que se regem os contratos relativos à venda de bens ou à oferta de serviços em outros Estados-membros.

Considerou ainda que, para facilitar o estabelecimento do mercado interno e proteger os consumidores que adquiram bens e serviços mediante contratos regidos pela legislação de outros Estados-membros, seria essencial eliminar desses contratos as cláusulas abusivas.

A Diretiva 93/13 tem por objetivo a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores (artigo 1º).

Segundo a diretiva, uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato (artigo 3º).

Nesse sentido, considera-se que uma cláusula não foi objeto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão (artigo 3.2).

chegar a uma definição sobre o conceito geral de boa-fé. ” (WHITTAKER, Simon and ZIMMERMANN, Reinhard. *Good Faith in European Contract Law*, p. 14).

O carácter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa (artigo 4.1).

No caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor (artigo 5º).

Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que o consumidor não seja privado da proteção concedida pela diretiva pelo fato de ter sido escolhido o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato, desde que o contrato apresente uma relação estreita com o território dos Estados-membros (artigo 6.2).

Por fim, o anexo à Diretiva 93/13 contém uma lista indicativa (não exaustiva) de cláusulas que podem ser consideradas abusivas (artigo 6.3).

Exemplos de cláusulas abusivas da Diretiva 93/13 - cláusulas que tem como objetivo ou como efeito:

- (i) excluir ou limitar a responsabilidade legal do profissional em caso de morte de um consumidor ou danos corporais que tenha sofrido em resultado de um ato ou de uma omissão desse profissional;
- (ii) excluir ou limitar de forma inadequada os direitos legais do consumidor em relação ao profissional ou a uma outra parte em caso de não execução total ou parcial ou de execução defeituosa pelo profissional de qualquer das obrigações contratuais, incluindo a possibilidade de compensar uma dívida para com o profissional através de qualquer caução existente;

- (iii) prever um compromisso vinculativo por parte do consumidor, quando a execução das prestações do profissional está sujeita a uma condição cuja realização depende apenas da sua vontade;
- (iv) permitir ao profissional reter montantes pagos pelo consumidor se este renunciar à celebração ou à execução do contrato, sem prever o direito de o consumidor receber do profissional uma indemnização de montante equivalente se for este a renunciar;
- (v) impor ao consumidor que não cumpra as suas obrigações uma indemnização de montante desproporcionalmente elevado;
- (vi) autorizar o profissional a rescindir o contrato de forma discricionária sem reconhecer essa faculdade ao consumidor, bem como permitir ao profissional reter os montantes pagos a título de prestações por ele ainda não realizadas quando é o próprio profissional que rescinde o contrato;
- (vii) autorizar o profissional a por termo a um contrato de duração indeterminada sem um aviso prévio razoável, exceto por motivo grave;
- (viii) declarar verificada, de forma incontestável, a adesão do consumidor a cláusulas que este não teve efetivamente oportunidade de conhecer antes da celebração do contrato;
- (ix) autorizar o profissional a alterar unilateralmente os termos do contrato sem razão válida e especificada no mesmo;
- (x) autorizar o profissional a modificar unilateralmente sem razão válida algumas das características do produto a entregar ou do serviço a fornecer;
- (xi) obrigar o consumidor a cumprir todas as suas obrigações, mesmo que o profissional não tenha cumprido as suas;

- (xii) suprimir ou enterrar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ônus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente à outra parte contratante.

Cinco anos após a Diretiva 93/13 ter sido emitida, foi preparado o relatório “*The Integration of Directive 93/13 into de National Legal Systems*” pela Comissão Europeia, com pareceres de professores de Direito dos Estados-membros acerca da integração e aplicação da Diretiva 93/13 em seus países respectivos.

Com relação à experiência do Reino Unido com a integração da Diretiva 93/13 no que concerne à introdução de uma norma geral de boa-fé, escreveu o Professor Robert BRADGATE, da Universidade de Sheffield que a “United Kingdom Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994” (regulação que internalizou a Diretiva 93/13 no Reino Unido) prevê que a determinação se um termo satisfaz o requerimento de boa-fé são derivados do parágrafo 16 do preâmbulo da Diretiva 93/13, tendo em vista a falta de familiaridade dos advogados ingleses com o conceito de boa-fé.

Nesse sentido, a integração da Diretiva 93/13 no Reino Unido enfrentou uma dificuldade do próprio sistema jurídico do país para a correta interpretação e aplicação do conceito de boa-fé.

A boa-fé objetiva vem contemplada nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, elaborados pelos trabalhos da chamada Comissão Lando (presidida pelo advogado e professor dinamarquês Ole Lando) finalizados em 2002.

Há menções dignas de nota relativas à boa-fé nos artigos 1201 e 2301 dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, conforme transcritos a seguir:

Article 1,201 (*Good Faith and Fair Dealing*): (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties

may not exclude or limit this duty.⁴⁰

Article 2,301 (*Negotiations contrary to Good Faith*): (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.⁴¹

Sobre tais trabalhos, escreve Hector MACQUEEN:

Good faith is a powerful concept in PECL. Almost from the outset, Article 1.201 PECL declares that “each party must act in accordance with good faith and fair dealing”, and this “duty” may not be excluded or limited by the parties. Comment A says that the article “sets forth a basic principle running through the Principles”, while Comment B adds: “Its purpose is to enforce community standards of decency, fairness and reasonableness in commercial transactions.” Even the recognition of parties’ freedom to enter into a contract and determine its contents is made “subject to the requirements of good faith and fair dealing” (Article 1.102 PECL).

Amongst the various purposes for which the principles are to be interpreted and developed, “the need to promote good faith and fair dealing” is listed first, ahead of “certainty in contractual relationships and uniformity in application.”⁴²

⁴⁰ Em tradução livre: “Artigo 1.201 (*Boa-fé e Negociação Justa*): (1) Cada parte deve agir de acordo com a boa-fé e a negociação justa. (2) As partes não podem excluir ou limitar esse dever.”

⁴¹ Em tradução livre: “Artigo 2.301 (*Negociações contrárias à Boa-Fé*): (1) A parte é livre para negociar e não é responsável pela falha em se alcançar um acordo. (2) Entretanto, a parte que tenha negociado ou rompido negociações de forma contrária à boa-fé e à negociação justa é responsável pelas perdas causadas à outra parte. (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

⁴² Em tradução livre: “A boa-fé é um conceito poderoso nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos. Desde o seu início, o artigo 1.201 declara que “cada parte deverá agir de acordo com a boa-fé e com os princípios de negociação justa”, e esse dever não poderá ser excluído ou limitado pelas partes. O Comentário

Nota-se, assim, a importância da boa-fé nas relações contratuais, tanto no Direito brasileiro, como também em ordenamentos estrangeiros (nacionais e supranacionais), objetivando o fomento ao tráfego negocial justo.

À parte a dificuldade indicada acima para a definição e delimitação do campo de atuação da boa-fé, pode ser estabelecida uma divisão da boa-fé nas espécies objetiva e subjetiva. Ou seja, apesar da dificuldade de definir a boa-fé em si, é clara a distinção entre as suas espécies subjetiva e objetiva.

A boa-fé *subjetiva* (ou “boa-fé psicológica”) é a compreendida como estado *psicológico*, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios. Manifesta-se, também, pela crença justificada na aparência de certa situação ou realidade jurídica.⁴³

No Código Civil, temos diversos exemplos da boa-fé em sua espécie subjetiva, que descreveremos abaixo (de forma não exaustiva e breve, tendo em vista que o foco deste trabalho é a boa-fé em sua espécie objetiva).

Um exemplo da boa-fé em sua espécie objetiva pode ser encontrado no artigo 167 do Código Civil⁴⁴, o qual prevê a nulidade dos negócios jurídicos simulados, mas que

A feito a esse artigo afirma que ‘ele estabelece um princípio básico que perpassa todos os princípios de direito contratual europeu’, enquanto o Comentário B acrescenta que ‘o propósito desse artigo é reforçar os padrões de decência, justiça e razoabilidade nas transações comerciais’. Mesmo o reconhecimento da liberdade das partes para determinar o conteúdo de um contrato está sujeito ao dever de boa-fé e da negociação justa (Artigo 1.102 PECL). Dentre os vários propósitos pelos quais os princípios devem ser interpretados e desenvolvidos está a necessidade de promoção da boa-fé e do tráfego negocial justo, colocada antes da certeza nas relações contratuais e da uniformidade em sua aplicação”. (Artigo 1.106 PECL). (MACQUEEN, Hector L. *Good Faith*. In. *European Contract Law. Scots and South African Perspectives*, p. 43).

⁴³ Conforme escrevem Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER, até o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, a boa-fé só era utilizada pelos tribunais brasileiros em sua acepção subjetiva (ou seja, como sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito. (SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*, p. 1-2).

⁴⁴ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes de tais negócios jurídicos.

Outro exemplo da boa-fé subjetiva está prevista no artigo 286 do Código Civil⁴⁵, que prevê que, nas cessões de crédito, a cláusula proibitiva da cessão não pode ser oposta ao cessionário de boa-fé, caso não conste do instrumento contratual.

Ainda outro exemplo é o artigo 309 do Código Civil⁴⁶, que prevê que o pagamento feito de boa-fé ao credor aparente é válido, ainda que posteriormente provado que não era o credor.

No direito empresarial, encontramos um exemplo da boa-fé subjetiva no artigo 1.049 do Código Civil, que revê que, nas sociedades em comandita simples, o sócio comanditário não é obrigado à reposição de lucros recebidos de boa-fé e de acordo com o balanço.⁴⁷

No campo dos direitos reais, o artigo 1.201 do Código Civil⁴⁸ traz a definição de posse de boa-fé, que terá diversos efeitos práticos, ressaltando-se com relação à usucapião, como fica claro na comparação entre os artigos 1.238⁴⁹ e 1.242⁵⁰ do Código Civil, que trazem uma diferença de 5 anos no tempo de posse de imóvel para usucapião caso haja

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

⁴⁵ Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

⁴⁶ Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.

⁴⁷ Art. 1.049. O sócio comanditário não é obrigado à reposição de lucros recebidos de boa-fé e de acordo com o balanço.

⁴⁸ Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

⁴⁹ Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

⁵⁰ Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

boa-fé e justo título do possuidor.

Na Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), também encontramos exemplos de boa-fé subjetiva, como, por exemplo, nos artigos 107, §1º⁵¹; 135, §1º⁵²; 151⁵³; 159, §6º⁵⁴; e 201, §2º⁵⁵.

Por sua vez, a boa-fé *objetiva* expressa um padrão de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade.

Nesse sentido, a boa-fé em sua espécie objetiva estaria mais relacionada à um aspecto externo da boa-fé, ou seja, daquilo que é efetivado em determinados comportamentos dos agentes contratantes, e não à intenção psicológica de agirem ou não de acordo com determinado padrão de lisura e honestidade.

Em seu aspecto propriamente normativo no que diz respeito às relações contratuais, a boa-fé objetiva é a fonte normativa impositiva de comportamentos cooperativos que se devem pautar por um determinado *standard*, qual seja, o que Judith MARTINS-COSTA

⁵¹ Art. 107, § 1º Será havida como não escrita, relativamente à companhia, qualquer estipulação do estatuto ou do boletim de subscrição que exclua ou limite o exercício da opção prevista neste artigo, mas o subscritor de boa-fé terá ação, contra os responsáveis pela estipulação, para haver perdas e danos sofridos, sem prejuízo da responsabilidade penal que no caso couber.

⁵² Art. 135. A assembléia-geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará em primeira convocação com a presença de acionistas que representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, mas poderá instalar-se em segunda com qualquer número.

§ 1º Os atos relativos a reformas do estatuto, para valerem contra terceiros, ficam sujeitos às formalidades de arquivamento e publicação, não podendo, todavia, a falta de cumprimento dessas formalidades ser oposta, pela companhia ou por seus acionistas, a terceiros de boa-fé.

⁵³ Art. 151. A renúncia do administrador torna-se eficaz, em relação à companhia, desde o momento em que lhe for entregue a comunicação escrita do renunciante, e em relação a terceiros de boa-fé, após arquivamento no registro de comércio e publicação, que poderão ser promovidos pelo renunciante.

⁵⁴ Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. (...)§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

⁵⁵ Art. 201. A companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do artigo 17.

§ 1º A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

§ 2º Os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste.

denomina de conduta *segundo* a boa-fé.⁵⁶

Em outras palavras, a boa-fé objetiva teria um papel de impor normas eventualmente não previstas expressamente, mas implícitas em determinado contexto ou relação contratual.

Tendo-se em conta tanto que a boa-fé subjetiva apresenta contornos muito mais claros em sua aplicação no Direito brasileiro, quanto que o escopo desse trabalho não abrangerá a boa-fé em sua espécie subjetiva, sem prejuízo de menções à boa-fé em sua espécie subjetiva, concentraremos nossos esforços no desenvolvimento da boa-fé objetiva, a qual, não obstante tenha já passado por um importante desenvolvimento na construção de seu conteúdo, apresenta ainda contornos menos definidos.

Tal indefinição quanto ao conteúdo do instituto da boa-fé objetiva acaba por ter um efeito também problemático, não obstante sua intenção de estabelecer parâmetros de

⁵⁶ (...) por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Por esse modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos no caso, tais como status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subjuntivo, o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico. (...) ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica (*Treu und Glauben*): a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação contratual. (...) A importância da boa-fé, na acepção objetiva, está em que a mesma atua, no campo contratual, na tríplice direção de norma de interpretação e integração do contrato, que concorre, entre outras funções, para determinar o comportamento devido; de limite ao exercício de direitos subjetivos – sistematizando e especificando casos que, na ausência da cláusula geral, estariam dispersos entre vários institutos diversos; e fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes, os quais passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma “totalidade concreta”. (MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*, p. 10). Ainda segundo Judith MARTINS-COSTA, “assim, a percepção da diferença no sentido das expressões “agir de boa-fé” (isto é: agir com convencimento subjetivo, ainda que errôneo, agir de boa-fé subjetiva) e “agir segundo a boa-fé” (vale dizer: comportar-se segundo uma norma de conduta, um parâmetro, advindo do exterior do sujeito, a saber, a boa-fé objetiva) coloca uma dicotomia entre a boa-fé como *convencimento interior* quanto à conduta correta e conduta *objetivamente* correta.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfico”*. *Adimplemento contratual*, p. 6).

correção, complementação e interpretação etc. para balancear a rigidez das regras contratuais.

Nesse sentido, conforme diagnóstico de Judith MARTINS-COSTA, “a explosão do emprego do instituto jurídico designado como *boa-fé objetiva* tem um lado virtuoso e outro perverso.”.

Continua MARTINS-COSTA, “virtuoso porque assenta no Direito brasileiro inafastável padrão ético à conduta contratual. Perverso quando o uso excessivo, desmesurado, imperito, deslocado dos *critérios dogmáticos* a que deve estar vinculado serve para desqualificá-lo, esvaziá-lo de um conteúdo próprio, diluindo-o em outros institutos e minorando sua densidade específica.”⁵⁷

O esvaziamento do instituto da *boa-fé objetiva* acaba por torná-lo um mero argumento retórico, ou seja, de convencimento por parte daquele que argumenta sobre uma determinada disputa ou fundamenta uma decisão, a fim de legitimar uma argumentação que visa a contornar o sentido da lei de modo a conferir legalidade a uma arbitrariedade ou a um sentimento individual de justiça.

A construção do conteúdo material da *boa-fé objetiva* a partir de critérios lógico-jurídicos mitiga o risco de seu uso meramente retórico, mas não se pretende com tal construção eliminar a possibilidade de tal uso na argumentação jurídica.

⁵⁷ Conforme escreve Judith MARTINS-COSTA: Oferecer critérios é também oferecer limites. A ausência de limites importa necessariamente em arbítrio, como diz antigo provérbio – “quando as margens são ultrapassadas, caem todos os limites. O panorama da aplicação da *boa-fé* é, portanto, paradoxal: de um lado, encontra-se o seu desenvolvimento por obra de uma jurisprudência responsável, pois ciente da conexão entre o fato e a configuração que terá, no caso, o princípio da *boa-fé*, bem como atenta ao mandamento constitucional de fundamentação da sentença; de outro, encontra-se o seu emprego traduzido no subjetivismo hermenêutico, vindo então a ser invocada a *boa-fé objetiva* ora como mero argumento de autoridade distanciado dos fatos cuja ordenação é a sua razão de ser; ora como escusa ao personalismo de um julgador por tudo infenso à controlabilidade democrática; ora *flatus vocis* que nada agrega ao convencimento, racional e sistematicamente ancorado, sobre a pertinência do argumento. Nesses casos, limita-se o julgador a proclamar a *boa-fé* sem explicitar as razões, de fato e de direito, pelas quais o faz, sem revelar o *problema* que suscita o direcionamento dado pela *boa-fé*, e sem indicar *como* encontrou a solução para a qual foi orientado pelo princípio. Então, o instituto designado pela expressão “*boa-fé*” resta transmutado em pretensa “fórmula mágica” difusamente empregada, sem distinções nem mediações, em um sem número de situações díspares. De figura da Ciência Jurídica, torna-se aríete do voluntarismo que, afastado da construção dogmática segura e consolidada pelo tempo e pela racionalidade própria ao universo jurídico, tudo quer modificar com palavras, sem nada construir com institutos ou modelos jurídicos”. (*A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 11).

Não é tão claro o quanto desse grau de uso discricionário da boa-fé objetiva pode ser reduzido, uma vez que não há forma matemática ou mecânica de cálculo para medir o grau de incerteza que ainda permanece com a presença da boa-fé objetiva no sistema.

Considerando esse potencial grau de incerteza trazido pela boa-fé objetiva, poder-se-ia argumentar que a melhor solução seria eliminá-la do sistema como cláusula geral ou princípio, mantendo sua aplicação por meio de regras específicas e eventualmente de construções feitas pela jurisprudência, inclusive sem a necessidade de construir ou mesmo mencionar um princípio ou dever de boa-fé.

Tal ocorre, por exemplo, no Direito inglês, conforme mencionado acima, o qual possui diversos institutos que foram, em nosso Direito, com fulcro no Direito alemão, encampados pelo chamado princípio da boa-fé. Dessa forma, no Direito inglês as regras que entendemos fazer parte da boa-fé objetiva não estão atreladas a um princípio da boa-fé.

Cabe dessa forma questionar: é realmente necessário que haja um princípio da boa-fé objetiva encampando diversas regras específicas, ou apenas tais regras específicas já seriam suficientes, com a vantagem ainda de eliminar a potencial insegurança jurídica trazida por um princípio da boa-fé no ordenamento?

Em adição a tal questão, poder-se-ia ainda perguntar: todas as regras que foram encampadas pelo princípio da boa-fé objetiva possuem de fato um elemento comum que permita agrupá-los sob um mesmo princípio denominado de boa-fé?

Em outras palavras, há um elemento comum que permita agregar o *venire contra factum proprium*, o dever de informação e o *duty to mitigate the loss* sob um mesmo princípio? Se sim, tal princípio não dependeria necessariamente de uma definição clara do que é boa-fé objetiva (o que, conforme vimos acima, é bastante difícil)?

Por fugir ao escopo desse trabalho, e por entendermos que cada uma de tais questões renderia um trabalho à parte por si, não entraremos em pormenores em tais discussões, mas partiremos da premissa de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou um princípio geral da boa-fé objetiva nos contratos, seja pelas previsões legais do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor supra referidos, seja pela sua adoção pela

jurisprudência brasileira e pela doutrina predominante.

Assim, considerando tal risco de esvaziamento do instituto da boa-fé, e partindo-se da premissa da existência no sistema jurídico brasileiro de um princípio da boa-fé objetiva, de modo a contextualizar e contribuir para o trabalho de concretização do significado da boa-fé objetiva serão expostas ao longo deste trabalho algumas das construções relacionadas ao desenvolvimento de tal significado, tais como os chamados deveres anexos e as figuras parcelares, antes do estabelecimento das relações da boa-fé objetiva com os planos da existência, validade e eficácia nos contratos.

1.2. Tripartição normativa da boa-fé objetiva

Conforme detalhado em trabalho anterior de nossa autoria⁵⁸, o qual versava sobre a natureza, se cogente ou se dispositiva, da boa-fé objetiva nos contratos, propusemos uma tripartição da boa-fé objetiva nas espécies postulado, princípio e regra, de modo a verificar o que entendemos ser um caráter não unitário da boa-fé objetiva no que diz respeito à sua afastabilidade nos contratos.

De acordo com as conclusões desenvolvidas em tal trabalho, o postulado e as regras da boa-fé objetiva seriam cogentes, ao passo que o princípio da boa-fé objetiva teria uma dispositividade gradual, a depender do contexto contratual.

Por ocasião desse estudo, não houve a princípio um relacionamento de tais espécies normativas com os planos da existência, validade e eficácia.

Nesse sentido, a nossa proposta da classificação tripartite da boa-fé tinha como objetivo apenas tentar resolver a questão acerca da cogência e dispositividade da boa-fé objetiva, uma vez que entendemos que tal resposta não poderia ser unívoca no que concerne à boa-fé objetiva, sem maiores considerações.⁵⁹

⁵⁸ EROLES, Pedro. *Boa-fé objetiva nos contratos: Especificação normativa, cogência e dispositividade*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

⁵⁹ Em sentido contrário, Judith MARTINS-COSTA entende que a boa-fé objetiva é sempre cogente. Escreve a jurista: “(...) Não há dúvidas que as normas dos artigos 113, 187 e 422 são cogentes, isto é, não afastáveis pela vontade das partes.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*, p. 578).

Passamos a expor abaixo, resumidamente, as principais características das espécies normativas da boa-fé objetiva postulado, princípio e regra, para fins de sua posterior correlação com os planos da existência, validade e eficácia.

O *postulado* da boa-fé objetiva é a espécie normativa que consubstancia uma série de diretrizes, voltadas ao intérprete/aplicador (nesse sentido, a todos que de alguma forma irão se valer das normas, seja para fins argumentativos, seja para fins decisórios), de modo a adequar os efeitos da autonomia privada à boa-fé objetiva, com base em uma tutela da confiança⁶⁰ e das expectativas das partes contratantes.

Em outras palavras, o postulado da boa-fé objetiva visa a adequar os efeitos decorrentes da autonomia privada à confiança estabelecida entre as partes e às expectativas de que o contrato seja cumprido de acordo com tal confiança.

Tal se dá em parte pelo fato de que a forma de expressão verbal e escrita é limitada com relação à previsibilidade de seus efeitos, com tal limitação sendo variável de acordo com a possibilidade e custos incorridos pelas partes na negociação (ou seja, o aumento de tal previsibilidade implica um aumento nos custos de transação relativos à negociação de determinado contrato).

O conceito de custos de transação foi trazido pelo economista britânico Ronald COASE, ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1991.

COASE destacou a importância da análise pela Economia dos custos de transação, definindo os custos de transação como “os custos de busca de informação, os custos de barganha e decisão, os custos de fiscalização e execução⁶¹”.

Desse modo, tal síntese indicada acima sobre os custos de transação pode ser expressa de uma forma mais analítica, compreendendo, sem limitação, os custos de se localizar o comprador, de informá-lo sobre os termos pretendidos da transação, de negociar

⁶⁰ Conforme escreve José de Oliveira ASCENSÃO com relação à confiança, “a ligação à boa-fé não ficou muito definida” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. Vol. II, p. 395).

⁶¹ COASE, Ronald H. *The Firm, the Market and the Law*, p. 6.

os termos e de tomar as decisões pertinentes, de elaborar o contrato, de verificar o cumprimento do acordado, de executar ou resolver em caso de inadimplemento ou, ainda, de renegociar o contratado⁶².

Desse modo, a maior previsibilidade das potenciais consequências de um contrato implicam um aumento nos custos de transação e, nesse sentido, partes com menores possibilidades de incorrer em tais custos (por exemplo, consumidores) acabariam por ter uma maior dificuldade em conciliar a confiança estabelecida com a outra parte e a autonomia privada, espaço justamente sobre o qual atua a boa-fé objetiva em sua espécie de postulado.

Conforme nossa proposta, a categoria normativa de postulado da boa-fé objetiva abrangeria as denominadas figuras parcelares da boa-fé, tais como:

- (i) o *venire contra factum proprium*;
- (ii) o *tu quoque*,
- (iii) a *exceptio doli*;
- (iv) a inalegabilidade das nulidades formais;
- (v) o desequilíbrio no exercício jurídico;
- (vi) a *suppressio*; e
- (vii) a *surrectio*⁶³.

Cabe mencionar que tais figuras parcelares do postulado da boa-fé objetiva não são exaustivas nem são mutuamente excludentes (ou seja, em apenas um comportamento pode incidir mais de um dos casos previstos nas figuras parcelares).

O postulado da boa-fé objetiva seria aplicável a todas as espécies de contratos, sem variação em sua densidade normativa (ou seja, concluímos que as figuras parcelares da boa-fé objetiva não teriam uma densidade normativa variável a depender do tipo de relação contratual).

Por sua vez, a espécie normativa da boa-fé objetiva de *princípio* da boa-fé objetiva,

⁶² COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*, p. 114.

⁶³ CORDEIRO, Antonio Menezes. *A boa-fé no Direito Civil*, pp. 742-800.

conforme propomos (diferenciando do conceito mais lato de princípio que, conforme conceitua Miguel REALE, seria uma “enunciação normativa de valor genérico, que condiciona e orienta a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas)⁶⁴ seria, diferentemente da espécie normativa do postulado da boa-fé objetiva, a espécie normativa da boa-fé objetiva com densidade normativa variável de acordo com o contexto contratual, em virtude de sua harmonização com os demais princípios contratuais (tais como os princípios da liberdade contratual, da obrigatoriedade do que foi contratado e da relatividade dos efeitos contratuais).

Nesse sentido, escreve Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da autonomia da vontade e assim se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu*; b) o contrato faz lei entre as partes (artigo 1.134 do Código Civil francês), *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* – princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Os grandes movimentos sociais do final do século passado e da primeira metade do século XX obrigaram os juristas a rever o papel rígido da lei; inicialmente procuraram dar, para essa função, um papel à ordem pública, conceito vago, mas que consubstanciaria, segundo alguns, um quarto princípio, dito “princípio da supremacia da ordem pública” (na verdade, seria antes um limite que um princípio).

Hoje, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, o

⁶⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 300.

jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas.

Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios.

Quais são esses *novos princípios*? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.⁶⁵

Quanto à liberdade contratual, escreve ANTUNES VARELA que:

O preceito basilar que continua a servir de trave-mestra da teoria dos contratos é o da liberdade contratual. A liberdade contratual consiste na faculdade que as partes têm, dentro do limite da lei, de fixar, de acordo com a sua vontade, o conteúdo dos contratos que realizarem, celebrar contratos diferentes dos prescritos no Código ou incluir neste cláusulas que lhes aprouver.

As partes são livres ao contratar na medida em que podem seguir os impulsos de sua razão, sem estarem aprisionadas pela jaula ou pelas gaiolas das normas legais.⁶⁶

Tal espécie normativa da boa-fé objetiva (qual seja, o princípio da boa-fé objetiva) estaria em linha com a doutrina de Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, que escreve

⁶⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual*. In. Estudos e Pareceres de Direito Privado, p. 140.

⁶⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, pp. 242-243

acerca da boa-fé objetiva:

É precisamente para conciliar a flexibilidade da boa-fé, inerente a sua qualidade de princípio, com as necessidades práticas da sua concretização, que se devem respeitar tanto as peculiaridades da categoria e do tipo de contrato a que ela se aplica, quanto seus níveis e funções. Isto significa que (...) **a boa-fé tem aplicações mais, ou menos, intensas, especialmente conforme suas funções e os tipos negociais.** (ênfase nossa)⁶⁷.

A espécie proposta de princípio da boa-fé objetiva teria tanto a função de controle do conteúdo contratual (a *função negativa* do princípio da boa-fé objetiva)⁶⁸ como a função de imposição dos chamados deveres anexos (a *função positiva* do princípio da boa-fé objetiva).

A espécie normativa do princípio da boa-fé objetiva seria aplicada por meio da tópica (*a posteriori*) e por meio de categorias operativas (*a priori*), tais como as categorias contratos existenciais e de lucro propostas por Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁶⁹.

⁶⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres*. In. Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado, p. 127.

⁶⁸ Em trabalho anterior, abordamos apenas o que chamamos agora de função positiva do princípio da boa-fé objetiva (deveres anexos). Quanto à sua função negativa (controle de conteúdo), cabe ressaltar que tal controle não é exercido apenas pela boa-fé objetiva, mas também por outros princípios contratuais, como o princípio da função social do contrato.

⁶⁹ Conforme famosa entrevista concedida por Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO à Revista Trimestral de Direito Civil: (...) estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do século XXI – porque essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que as cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou do exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí maior força. (...) especialmente nas situações limítrofes como as de pessoas naturais, que mesmo fora do exercício profissional, visam lucro, ou as de empresas muito pequenas, etc. Outro ponto interessante seria a exposição analítica das diferenças de efeitos entre as duas categorias de contrato, por exemplo, quanto à boa-fé, quanto à função social, quanto ao dano moral (a nosso ver, cabe dano moral nos contratos existenciais, mas não nos contratos de lucro), etc. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 9, n. 34, pp. 304-305).

Sobre tais categorias, pontuam, em atualização da obra de Orlando GOMES, Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO e Francisco Paulo de Crescenzo MARINO:

Na esteira da consagração da noção de empresa em nosso Código, uma nova dicotomia toma corpo.

Há, de um lado, contratos empresariais, que são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro. E, de outro lado, há os contratos existenciais ou não-empresariais, firmados entre não empresários ou entre um empresário e um não empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro.

Dentre os contratos existenciais encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana.

São exemplos de contratos empresariais os de agência, distribuição, fornecimento, transporte, *engineering*, consórcio interempresarial, franquia e os contratos bancários, dentre outros. Essa nova dicotomia, que defendemos, é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI.

Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra “contrato” sem consciência dessa classificação. Ademais, ela é operacional. Os contratos empresariais apresentam importantes peculiaridades de tratamento, *v.g.*, no que diz respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos empresariais), à alteração das circunstâncias (menor possibilidade de revisão contratual) e à **aplicação dos princípios da boa-fé e da função**

social do contrato” (ênfase nossa).⁷⁰

Em trabalho anterior no qual propusemos a especificação normativa da boa-fé objetiva, sugerimos uma especificação adicional das categorias operativas contratos existenciais e de lucro, as quais se ramificaram em quatro categorias operativas distintas derivadas da dicotomia contratos existenciais e contratos de lucro:

- (i) os contratos de lucro *simétricos* (contratos nos quais todas as partes possuem como causa final a obtenção de lucro e detêm condições e possibilidades de negociação semelhantes);
- (ii) os contratos de lucro *assimétricos* (contratos nos quais as partes possuem como causa final a obtenção de lucro, mas que não detêm condições e possibilidades de negociação semelhantes);
- (iii) os contratos existenciais *simétricos* (contratos nos quais ao menos uma das partes não possui como causa final a obtenção de lucro, mas nos quais as partes detêm condições e possibilidades de negociação semelhantes); e
- (iv) os contratos existenciais *assimétricos* (contratos nos quais ao menos uma das partes não possui como causa final a obtenção de lucro e nos quais as partes não detêm condições e possibilidades de negociação semelhantes).

Ainda na esteira da sugestão para maior especificação da dicotomia contratos existenciais/de lucro, propusemos a criação de duas subcategorias inseridas nas novas categorias propostas acima

- (i) a primeira, dentro da categoria de contratos de lucro *assimétricos*, que seria a categoria de contratos de lucro *assimétricos por adesão*, ou simplesmente contratos de lucro por adesão; e

⁷⁰GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. atual. De acordo com o Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 3, pp. 231-232.

- (ii) a segunda, na categoria de contratos existenciais assimétricos é a categoria de contratos existenciais assimétricos *de subsistência*, ou simplesmente contratos existenciais de subsistência.

A primeira subcategoria (contratos de lucro de adesão) se refere a contratos nos quais parte substancial ou todo o contrato é colocado por uma das partes sem qualquer possibilidade de negociação pela outra.

Já a segunda subcategoria proposta (contratos existenciais de subsistência) se refere àqueles contratos em que estaria diretamente em questão um direito ligado à dignidade humana do contratante.

Por fim, temos a espécie das regras da boa-fé objetiva, as quais objetivam integrar de forma mais concreta aspectos tanto da espécie normativa de postulado da boa-fé objetiva quanto da espécie normativa do princípio da boa-fé objetiva ao sistema, a fim de aportar maior segurança jurídica na aplicação da boa-fé objetiva.

No caso das regras derivadas do *postulado* da boa-fé objetiva, elas teriam como função principal ou (i) sua integração de forma concreta a casos específicos ou (ii) a determinação da consequência jurídica decorrente de sua violação.

Já no caso das regras derivadas da espécie normativa *princípio* da boa-fé objetiva, elas teriam a função de determinar a intensidade de incidência do princípio da boa-fé objetiva em um determinado contexto contratual, seja para determinar a densidade de um dever anexo, seja para determinar o controle específico do conteúdo de um contrato.

Considerando que as regras da boa-fé objetiva apenas integram de forma mais concreta aspectos derivados das espécies normativas postulado e princípio da boa-fé objetiva no ordenamento, a análise desse trabalho sobre a relação da boa-fé objetiva com os planos do negócio jurídico estará mais voltada às relações com as espécies postulado e princípio da boa-fé objetiva, uma vez que conseqüentemente, considerando a definição das espécies normativas da boa-fé objetiva brevemente resumidas acima, já estariam sendo abordadas por consequência a espécie das regras da boa-fé objetiva.

A seguir, passaremos a analisar a relação da boa-fé objetiva com cada um dos planos do negócio jurídico e com as espécies normativas postulado e princípio da boa-fé objetiva.

Adicionalmente, faremos a relação também da boa-fé objetiva com as suas funções supletiva, corretiva e interpretativa.

2. PLANO DA EXISTÊNCIA E BOA-FÉ OBJETIVA EM SUA FUNÇÃO SUPLETIVA – O CONTATO SOCIAL E OS DEVERES ANEXOS

2.1. Características do plano da existência nos contratos

Nos contratos, classicamente o fato jurídico (*lato sensu*) é a declaração de vontade das partes visando a originar, alterar ou extinguir direitos.

Nesse sentido, define Arnaldo WALD que

O contrato é um negócio jurídico bilateral, pois depende de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações (direitos relativos de conteúdo patrimonial).

Surgido no direito romano, num clima de formalismo, de inspiração religiosa, o contrato se firmou, no direito canônico, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações. Oriunda dos canonistas, a teoria da autonomia da vontade foi desenvolvida pelos enciclopedistas filósofos e juristas que precederam a Revolução Francesa e afirmaram a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes, à própria lei. Surge assim o princípio *pacta sunt servanda*.

São os jusnaturalistas que levam o contratualismo ao seu apogeu, baseando num contrato a própria estrutura social (*O Contrato Social* de Rousseau) e fazendo com que, em determinadas legislações, o contrato não mais se limite a criar obrigações, podendo criar, modificar ou extinguir qualquer direito, inclusive os direitos reais⁷¹.

⁷¹ WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*, pp. 188-189.

Conforme escreve Waldirio BULGARELLI:

O contrato pode ser tomado em várias acepções: em sentido amplo, como o negócio jurídico com origem num concurso de vontades, que costuma também ser confundido com a convenção, e ainda como o conjunto de normas, ou seja, o contrato normativo (não considerado pela doutrina como contrato em sentido técnico).

Em sentido estrito, o contrato pode ser entendido como o acordo de vontades gerador de efeitos obrigacionais. A doutrina moderna distingue o contrato – que deve ter sempre conteúdo patrimonial – de outros negócios bilaterais, como os referentes ao direito de família e das sucessões, denominadas convenções, embora se pretenda que toda a convenção é modernamente dotada de força vinculante conferindo às partes ação própria.⁷²

Ainda, conforme escreve Silvio RODRIGUES:

Dentro da teoria dos negócios jurídicos, é tradicional a distinção entre os atos unilaterais e os bilaterais. Aqueles se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de uma das partes, enquanto estes dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos.

Os negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os contratos. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico. E a diferença específica entre ambos consiste na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjunção da vontade de duas ou mais partes.

Portanto, para defini-lo dentro da sistemática do Código Civil de 1916, bastava acrescentar ao conceito de ato jurídico, proporcionado pelo artigo. 81 daquela lei, a diferença específica

⁷² BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*, pp. 56-57.

ora apontada. Foi o que fez Clóvis Beviláqua, nem sempre com o aplauso de todos, ao afirmar que “o contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

Por conseguinte, cada vez que a formação do negócio jurídico depender da conjunção de duas vontades, encontramos-nos na presença de um contrato, que é, pois, o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos.⁷³

Conforme escreve Álvaro VILLAÇA AZEVEDO:

Não resta dúvida de que o ato jurídico é a manifestação de vontade tendente à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica.

Essa é complexo de direitos e obrigações; logo, não há que falar-se, quanto ao ato jurídico (ou contrato), em criação, modificação ou extinção de direitos ou de deveres, ou, ainda, de obrigações, isoladamente, sob pena de esquecer-se o princípio romano, sempre atual, que assegura a correlação entre os direitos e as obrigações (*ius et obligatio sunt correlata* – o direito e a obrigação são correlatos).

O Código Civil italiano, de 1942, em seu artigo 1.321, muito bem conceituou o contrato como “o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial”.

Posso, assim, esboçar um conceito de contrato, como a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar,

⁷³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, pp. 9-10.

regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial.⁷⁴

Vincenzo ROPPO define o contrato da seguinte forma:

(...) Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.⁷⁵

Com relação à definição de contrato, escreve Jacques GHESTIN:

Le contrat est généralement défini comme un accord de volontés en vue de produire des effets de droit. A l'intérieur des actes juridiques ce qui fait sa spécificité c'est qu'il produit des effets de droit par un accord de volontés. Sa spécificité ne se situe donc pas en aval, dans le but ou l'objet des règles qu'il pose. Elle réside dans la procédure qui aboutit à poser ces dernières.

On a montré que, de façon plus précise, le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets.⁷⁶

Mais especificamente, Pietro TRIMARCHI estabelece como elemento dos contratos o acordo entre as partes⁷⁷.

Não entraremos aqui em detalhes acerca da controvérsia existente sobre se haveria ou não um plano da existência, apesar de o Código Civil não fazer referência

⁷⁴ VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*, p. 23.

⁷⁵ Em tradução livre: “o contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre eles uma relação jurídica patrimonial” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, p. 3).

⁷⁶ Em tradução livre: “O contrato é geralmente definido como um acordo de vontades objetivado a produzir efeitos jurídicos. No interior dos atos jurídicos, aquilo que define a sua especificidade é a produção de efeitos jurídicos por um acordo de vontades. Sua especificidade não se situa no após, no início ou no objeto de suas regras, mas ela reside no procedimento que leva ao estabelecimento de tais regras.

Mostrou-se que, de forma mais precisa, o contrato é o acordo de contades expressas em vista a produzir efetiso jurídicos e que o direito objetivo faz com que produzam tais efeitos.(GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil – Les Effets du Contrat*, p. 2).

⁷⁷ TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*, p. 181.

especificamente a um plano da existência: partiremos do pressuposto de que há um plano da existência, logicamente necessário para a análise dos demais planos (validade e eficácia).

Argumentando a favor da necessidade de um plano da existência, o qual precederia logicamente o plano da validade, ensina Cláudio Luiz Bueno de GODOY que, se entendido o negócio jurídico (e, portanto, os contratos) como a declaração de vontade direcionada à obtenção de determinado efeito jurídico visado pelo declarante, é mandatório observar que, para que tal assim seja, a lei exija o atendimento a determinados requisitos⁷⁸.

Em outras palavras, GODOY pontua que a declaração de vontade somente será apta a atingir o efeito jurídico desejado se se mostrar consonante com requisitos dispostos pela lei. Tem-se aí o plano da validade do negócio jurídico.⁷⁹

Contudo, ainda segundo GODOY, antes mesmo de se chegar à apreciação desses requisitos de validade, **evidencia-se plano lógico precedente, que se põe na verificação sobre a existência do negócio jurídico.**

Ou seja, para que o negócio jurídico (e, portanto, o contrato) adentre o campo da validade, impende por ordem lógica que, antes, ele exista, sob o ponto de vista jurídico, que ele se forme enquanto fato dotado de efeitos jurídicos.⁸⁰

Nesse sentido, escreve GODOY:

Da mesma maneira, no negócio jurídico em geral, destarte não só no direito material, faz toda a diferença admitir-se o plano da existência, antes de se cogitar da validade.

O negócio jurídico inexistente, por exemplo, não suscitaria conversão substancial (art. 170, CC/02), um efeito indireto da nulidade.

⁷⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Dos Fatos e do Negócio Jurídico*, Teoria Geral do Direito Civil, p. 397.

⁷⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Dos Fatos e do Negócio Jurídico*, Teoria Geral do Direito Civil, p. 397.

⁸⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Dos Fatos e do Negócio Jurídico*, Teoria Geral do Direito Civil, p. 397.

A inexistência, como regra, salvo casos de aplicação da teoria da aparência, nenhum efeito pode suscitar. Portanto, não cabe sustentar que hipóteses de inexistência poderiam bem se compreender no regime das nulidades.⁸¹

Desse modo, conclui GODOY que

(...) a despeito da opção do CC/02 por omitir qualquer referência orgânica e sistemática ao plano da existência do negócio jurídico, tem-se que, por ordem lógica, ele se impõe.⁸²

Desse modo, classicamente a declaração de vontade é o suporte fático sobre o qual incide a norma jurídica de modo a fazer com que os contratos adentrem o plano da existência.

Nesse sentido, escreve Marcos Bernardes de MELLO

(...) ao sofrer a incidência da norma jurídica juridicizante, a parte relevante de suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência.

Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência.

Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.⁸³

⁸¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Dos Fatos e do Negócio Jurídico*, Teoria Geral do Direito Civil, p. 398.

⁸² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Dos Fatos e do Negócio Jurídico*, Teoria Geral do Direito Civil, p. 399.

⁸³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 134.

O plano da existência nos contratos é composto pelos (i) elementos *gerais* (próprios de todo e qualquer contrato), (ii) *categoriais* (próprios de cada tipo de contrato) e (iii) *particulares* (existentes, sem seres gerais ou categoriais, em determinado contrato):

- a) **elementos gerais** (comuns a todos os contratos), os quais se dividem em **intrínsecos** (ou constitutivos) e **extrínsecos**⁸⁴.

Os elementos gerais **intrínsecos** se dividem em:

- i) *forma* que a declaração toma, ou seja, o tipo de manifestação que veste a declaração (se escrita, oral etc.);
- ii) *objeto*, isto é, o seu conteúdo (as diversas cláusulas de um contrato, o fim que se manifesta na própria declaração etc.); e
- iii) *circunstâncias negociais*, ou seja, o que fica de declaração de vontade, despida da forma e do objeto, sendo, portanto, a porção irredutível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.⁸⁵

Os elementos gerais **extrínsecos**⁸⁶ (também pressupostos, no sentido preciso de que existem *antes* de o contrato ser realizado⁸⁷) se dividem em:

⁸⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 34. Conforme pontua Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “Sem os citados elementos gerais, qualquer negócio torna-se impensável. Basta a falta de um deles para inexistir o negócio jurídico. Aliás, precisando ainda mais: se faltarem os elementos tempo ou lugar, não há sequer fato jurídico; sem agente, poderá haver fato, mas não ato jurídico; e, finalmente, sem circunstâncias negociais, forma ou objeto, poderá haver fato ou ato jurídico, mas não negócio jurídico. A falta de qualquer um desses elementos acarreta, pois, a inexistência do negócio, seja como negócio, seja até mesmo como ato ou fato jurídico; nesse sentido, são eles elementos necessários e, se nos ativermos ao negócio jurídico como categoria geral, são também suficientes.” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 34-35).

⁸⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 32.

⁸⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 32-33.

⁸⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 32-33. Escreve Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO ainda sobre os elementos extrínsecos do negócio jurídico: “Se o fato jurídico é um fato do mundo real sobre o qual a norma jurídica incide, torna-se de intuitiva evidência que não há fato jurídico sem data e sem lugar. O que tem confundido esse assunto é a circunstância

- i) *agente* (não há contrato sem um agente).
 - ii) *lugar* (todo contrato ocorre em determinado ponto do espaço); e
 - iii) *tempo* (todo contrato ocorre em determinado momento).
- b) **elementos *categoriais*** (próprios de cada tipo de contrato e que caracterizam a *natureza jurídica* de cada tipo de contrato, dos quais são exemplos a compra e venda, a doação, o depósito, o comodato, o mútuo, a locação etc.⁸⁸), os quais *não resultam da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica*, isto é, da lei e do que, em torno desta a doutrina e a jurisprudência constroem.

Os elementos categoriais se dividem em **essenciais** (ou inderrogáveis) e **naturais** (ou derogáveis):

- i) *elementos categorias essenciais* ou *inderrogáveis*, que servem para definir cada categoria de contrato e que, portanto, caracterizam sua essência (sendo exemplos o consenso sobre coisa e preço, na compra e venda; a manifestação do *animus donandi* e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens, na doação; o consenso sobre a entrega e a guarda de objeto móvel, no depósito; o acordo sobre a entrega e o uso gratuito de coisa infungível, no comodato etc); e

de que não é muito comum o legislador estabelecer um *requisito* para os elementos tempo e lugar do negócio jurídico; segue-se daí que, na hipótese normativa do fato jurídico (isto é, no seu “suporte fático”), os elementos tempo e lugar ficam, em geral, apenas implícitos. Por outras palavras, se todo fato jurídico tem data e lugar, isso significa eu ambos são *elementos* de todo fato jurídico (inclusive do negócio jurídico), ainda que raramente a eles se imponham requisitos. Entretanto, a importância de ambos esses elementos é, ainda assim, não pequena; mesmo quando não há qualquer requisito a seu respeito, eles servem inegavelmente para a exata *identificação* do negócio; isto é evidente diante do costume jurídico notório de se datar e colocar o lugar de feitura em todos os documentos. Quanto ao agente, cumpre dizer que ele é em ato o que a pessoa é em potência. Não é aqui o lugar apropriado para se desenvolver a teoria das pessoas, mas a personalidade, do ponto de vista jurídico, é justamente a *possibilidade de agir* no campo do direito, que a ordem jurídica atribui a certos entes. Por possibilidade de agir entende-se (é tautológico) a possibilidade de praticar atos jurídicos (negociais ou não negociais). É verdade que, em geral, define-se a personalidade, no direito brasileiro, como a aptidão para adquirir direitos (ou para ser sujeito de direitos, ou para ser sujeito de relação jurídica); entretanto, essa definição peca por ser excessivamente ampla, já que há sujeitos de direito que não são pessoas, como o nascituro, entre os entes assemelhados às pessoas físicas, e o condomínio em edificações, as sociedades de fato, e a própria família, entre os entes assemelhados às pessoas jurídicas. Pessoa, portanto, é o ente que pode praticar atos jurídicos, e não propriamente o sujeito de direito. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 33-34).

⁸⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 35.

- ii) *elementos categoriais naturais* ou *derrogáveis*, sendo aqueles que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade das partes sem que, por isso, o negócio mude de tipo (sendo exemplos a responsabilidade pela evicção, na compra e venda e nos contratos onerosos de disposição de bens; a responsabilidade pelos vícios redibitórios, nos contratos comutativos; a gratuidade, no depósito, no mútuo e no mandato etc.).⁸⁹
- c) *elementos particulares* (os que não são comuns a todos os contratos ou a certos tipos de contrato)⁹⁰, ou seja, aqueles que, apostos pelas partes (ou seja, são sempre elementos voluntários), existem em um determinado negócio, sem, contudo, serem próprios de todos ou de certos tipos de negócio como, por exemplo, a condição, o termo, o encargo e a cláusula penal.^{91 92}

⁸⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 35-36.

⁹⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 31. Acerca da classificação dos elementos do negócio jurídico, escreve Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “Antes de classificarmos esses elementos, é preciso considerar, em primeiro lugar, que a expressão *negócio jurídico* exprime uma abstração; *in concreto*, o que há são negócios jurídicos particulares (por exemplo, a compra e venda realizada entre A e B). Em segundo lugar, devemos ter em mente que os negócios individualizados, se subirmos gradualmente na escala de abstração, enquadram-se em categorias intermediárias cada vez mais genéricas, até se atingir a categoria de negócio jurídico (por exemplo: da compra e venda realizada entre A e B passa-se à compra e venda; daí, ao contrato em geral; e, do contrato, finalmente, ao negócio jurídico) (...). Logo, ao estabelecermos a classificação dos elementos do negócio jurídico, precisamos ter uma noção clara sobre a que negócio estamos referindo: se à categoria abstrata final, se a alguma categoria intermediária, ou se ao negócio particular. Pois bem, se elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito, e se, nesses diversos graus de abstração (deixando de lado aquilo que está acima do negócio, isto é, o ato e o fato jurídico), considerarmos, no ápice, a categoria do negócio jurídico, e descermos pelas categorias intermediárias até o negócio jurídico concreto, torna-se claro que a primeira classificação lógica dos elementos há de ser gradual, isto é, pelos graus de abstração com que se vai do negócio jurídico, passa-se pelos tipos abaixo dele, e se atinge o negócio jurídico particular.” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 31).

⁹¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 38-39. Escreve ainda sobre os elementos particulares: “Os elementos particulares, por serem colocados no negócio pelas partes, são em número indeterminado, tornando impossível o seu estudo completo. Entretanto, pelo menos três, a condição, o termo e o encargo, por serem mais comuns, foram bem sistematizados na doutrina e estão regulados nas diversas legislações (...). Outro elemento acidental bem sistematizado, mas que não é estudado debaixo da rubrica do negócio jurídico, por somente se aplicar à matéria contratual, é a cláusula penal.” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 38-39).

⁹² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 39-40.

2.2. Declaração de vontade, contato social e o plano da existência

Apesar de o modelo clássico de contrato estabelecer a declaração de vontade como elemento essencial para sua existência (e, nesse sentido, o Código Civil de 2002 menciona, por exemplo, a declaração de vontade nos negócios jurídicos em seus artigos 107⁹³, 111⁹⁴, 139⁹⁵, 140⁹⁶, 142⁹⁷, 143⁹⁸ e 1864, parágrafo único⁹⁹), em muitos dos contratos atuais, ao menos uma das partes tem pouca ou mesmo nenhuma possibilidade de estabelecer seu conteúdo por meio da vontade.

Indicando essa superação da *vontade* como elemento essencial na formação dos contratos, escreve Guido ALPA que o contrato produz efeitos jurídicos não apenas em virtude do simples consenso, mas pela vontade da lei¹⁰⁰.

Nesse sentido, escreve Enzo ROPPO que diversos fenômenos evidenciam a distância que separa a moderna figura do contrato de sua imagem novecentista, a qual era marcada pelo individualismo e pela vontade dos contraentes.

⁹³ Art. 107. A validade da **declaração de vontade** não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

⁹⁴ Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a **declaração de vontade** expressa.

⁹⁵ Art. 139. O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a **declaração de vontade**, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

⁹⁶ Art. 140. O falso motivo só vicia a **declaração de vontade** quando expresso como razão determinante.

⁹⁷ Art. 142. O erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a **declaração de vontade**, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada.

⁹⁸ Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da **declaração de vontade**.

⁹⁹ Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da **declaração de vontade** em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

¹⁰⁰ (...) Il contratto produce quindi effetti giuridici non in virtù del semplice consenso, bensì per volontà della legge (...). (ALPA, Guido; BONELL, Michale Joachim; CORAPI, Diego; MOCCIA, Luigi; ZENOVICH, Vincenzo. *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, p. 160).

Ainda segundo ROPPO, se notarmos as mais frequentes, diversas e cotidianas relações contratuais, conclui-se que, no que toca a sua constituição e disciplina, não apenas a vontade das partes não desempenha um papel determinante, como não raro a declaração de vontade válida nem mesmo aparece como um elemento contratual.

Por exemplo, tal fenômeno ocorre em todos os contratos que têm por objeto a oferta de bens de consumo e a prestação de serviços em massa (o que ROPPO denomina de *contratos automáticos*).

Os exemplos mais ilustrativos são aqueles em que a oferta ao público é constituída pela presença de uma máquina distribuidora de pequenos bens de consumo (cigarros, alimentos etc.) ou de documentos que legitimam a fruição de um serviço (por exemplo, bilhetes de metrô), e a aceitação manifesta-se com o aperto de um botão e a inserção de dinheiro ou de um cartão de crédito ou débito.

A recondução de tais comportamentos ao conceito tradicional de declaração de vontade não é automático, ou mesmo fácil, e ainda mais difícil é reconhecer-lhes um conteúdo apreciável de subjetividade e individualidade. Parece mais viável afirmar que, nestes casos, é convencionalmente atribuído a tais comportamentos o valor de declaração contratual, por aquilo que eles socialmente exprimem.

Segundo ROPPO, um outro fenômeno de despersonalização e automatismo das relações contratuais é a prática de contratação standartizada, mediante o uso de condições gerais e formulários, predispostos antecipadamente por uma das partes a uma massa indiferenciada de contrapartes (contratos de massa).

Em tais contratos de massa, a aceitação resume-se muitas vezes a um simples ato de adesão mecânica e passiva ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de “declaração de vontade”.

Um outro fenômeno da objetivação dos contratos (ou seja, a importância crescente dos comportamentos tomados em seu significado econômico-social objetivo sobre a

declaração de vontade), ainda segundo ROPPO, é o dos contratos de trabalho nulos.

Em tais contratos, existe uma declaração de vontade viciada e, por isso, inválida (nula ou anulável). Contudo, se a relação econômica subjacente e as respectivas transferências de riqueza forem efetivamente realizadas, é como se a declaração fosse válida e produtora de efeitos. Também aqui o elemento decisivo não é a declaração de vontade válida¹⁰¹.

Também acerca dessa superação do dogma da vontade, escreve Luiz Edson FACHIN que o contrato desenvolve uma expressão de autonomia da pessoa no espaço de uma certa liberdade. Essa é a concepção que se propôs a superar o dogma da vontade na concretização do personalismo ético. A questão está no limite contundente dessa configuração jurídica, que se reconhece incompleta e imperfeita.

Ainda segundo FACHIN, os contratos pressupõem vontades e, por isso mesmo, pressupõem a existência de alguém que manifeste essa vontade; daí ser imprescindível a relação de sujeito: o sujeito em si mesmo não é suficiente, sendo necessário colocá-lo em relação com outro, donde surge a relação jurídica.

Essa ideia vai vincular sobre o que recaem poderes e deveres, portanto, nesse sentido, emerge também a noção de objeto, que passa a ser, do mesmo modo que as demais, uma expressão dos pilares que compõem a base do Direito Privado.¹⁰²

Nesse sentido, escreve Custódio da Piedade Ubaldino MIRANDA que a análise das mais importantes modalidades contratuais do mundo moderno, que refogem do modelo clássico do contrato, revela que *em considerável número de negócios, pelo menos uma das partes tem pouca ou nenhuma possibilidade de influir, com a sua vontade, na fixação do conteúdo*.¹⁰³

Assim, ou todas essas espécies de contratos não são negócios jurídicos, o que é um evidente absurdo, *ou então o conceito de declaração de vontade, no sentido tradicional,*

¹⁰¹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, pp. 301-304.

¹⁰² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil: À luz do novo Código Civil Brasileiro*, p. 145

¹⁰³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, p. 57.

*não pode abarcar toda a realidade contratual de nossos dias, impondo-se assim a sua reformulação.*¹⁰⁴

Tal reformulação se dá pelo conceito de *contato social* que se estabelece entre as partes de um contrato.

Enzo ROPPO define o contato social como *o complexo de circunstâncias e de comportamentos – valorados de modo socialmente típico – através dos quais se realizam, de fato, operações econômicas e transferências de riqueza entre os sujeitos*¹⁰⁵.

Ainda, Clóvis do COUTO E SILVA coloca o contato social como ato-fato produtor de direitos e obrigações, colocando tal conceito como uma categoria da doutrina do processo social, capítulo da sociologia, sendo juridicamente aplicado para justificar o nascimento de direitos e obrigações quando não existe o “contrato” em seu sentido clássico (ou seja, mediante as meras declarações de vontade dos contratantes).¹⁰⁶

¹⁰⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, p. 57-58.

¹⁰⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, pp. 301-304.

¹⁰⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, p. 75. Sobre o conceito, escreve Judith MARTINS-COSTA: “Na vida das relações em sociedade, as pessoas entram em contato. “Viver em sociedade significa a possibilidade de ter contatos sociais”. Contudo, a vida em sociedade não apresenta uma uniformidade de contatos sociais, uma vez que estes são nuançados, graduados, pluriformes. É preciso, pois, encontrar um parâmetro, um critério, para bem discernir estas nuances ou graus. Daí o recurso à teoria da associação, provinda da sociologia, que os mensura conforme os graus da proximidade e da distância existentes entre os protagonistas do contato. As nuances operam, portanto, desde um “contato muito próximo” até um “contato muito distante”, que é caracterizado pelo mero fato de viver em sociedade. Como se percebe – e o modelo sociológico auxilia bem a qualificar -, o contato social obedece a uma inesgotável multiplicidade de tipos, definidos consoante os igualmente inesgotáveis graus de proximidade ou distância e conforme as concretas situações em que operam.

Transpondo-se a noção para o direito, pode-se afirmar, portanto, “que a noção de contato social possui diversos níveis de concretização, que se refletem na intensidade dos deveres e também nas reparações a serem devidas”. Critérios objetivos (v.g., a qualificação, pela lei, de certo contato, a concreta situação em que o mesmo se desenvolve) e subjetivos (v.g., a qualidade dos sujeitos em contato) os tornam concretamente diversos entre si. Assim sendo, o contrato – forma voluntária de associação entre sujeitos, nada mais é do que uma espécie de contato social, qualificado pela vontade. Esta, contudo, não tem o condão de transformar a natureza dos deveres que decorrem do contato social, transformando-os num gênero que possa ser completamente apartado dos demais deveres que, no contato social juridicamente valorizado, nascem de atos não-negociais (...).

Se têm a mesma natureza e a mesma fonte mediata (o contato social), os deveres não têm, contudo, a mesma fonte imediata. Incidente a boa-fé objetiva em toda relação jurídica decorrente de contato social – e vista a relação obrigacional como uma totalidade e um processo –, percebe-se a agregação, aos deveres contratuais propriamente ditos, geralmente provindos ou da lei ou da vontade (os chamados deveres principais de prestação, correspondentes a cada tipo contratual considerado), de outros deveres, que nomearei por instrumentais ou funcionais.

Estes não derivam de ato voluntarístico nem de norma legislativa punctual, mas dos princípios da função social e da boa-fé, sempre presente a finalidade objetiva do contrato, podendo-se apresentar antes mesmo da conclusão do negócio (o que explica, por exemplo, o dever de informar no período pré-contratual) ou até pós

Desse modo, as novas interações contratuais na modernidade impõem uma adequação da declaração da vontade como elemento contratual, a qual se dá pela figura do contato social. Conseqüentemente, tal adequação implica uma reformulação dos elementos do plano da existência, conforme descritos acima.

Anteriormente, as *circunstâncias negociais* eram um dos elementos gerais constitutivos da declaração de vontade, sendo o que remanesce da declaração de vontade quando despida de sua forma e de seu objeto, permitindo que a declaração de vontade fosse socialmente vista como destinada à produção de efeitos jurídicos. Ou seja, as circunstâncias negociais eram caracterizadas como o contexto da declaração de vontade, sendo apenas um de seus elementos integrativos.

Sob a ótica do contato social, as circunstâncias negociais deixam de ser meros elementos integrativos da declaração de vontade e passam a ser, juntamente com a declaração de vontade, os elementos factuais sobre os quais incidirão a norma a fim de conferir-lhes existência jurídica.

Desse modo, o contato social equivaleria a declaração de vontade somada às circunstâncias negociais.

Nesse sentido, o contato social seria a fonte das obrigações contratuais, sendo que, a depender do contexto contratual (por exemplo, se se trata de um contrato de lucro ou de um contrato existencial, por exemplo), *prevalecerá ora a declaração de vontade, ora as circunstâncias negociais*, em uma interação complexa e completamente apreensível em cada situação específica de contratação.

Como consequência da substituição da declaração de vontade pelo contato social como elemento de formação dos contratos, pode-se concluir que algumas obrigações serão

finda a relação, como é o caso da chamada responsabilidade pós-contratual, ou culpa *post factum finitum*.

(...) os deveres abrangidos se apresentam, em cada relação concretamente considerada, com intensidade diversa, uma vez provirem dos vários graus de contato social que podem ser estabelecidos. Podem nascer expressamente da declaração negocial, ou da lei, ou da concretização judicial da boa-fé, ou do mero fato de viver em sociedade – o *alterum non laedere*, que impõe os chamados deveres de cooperação, conaturais à relação obrigacional. (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, pp. 402-404).

formadas (ou seja, passarão a existir juridicamente, ou passarão ao plano da existência) em um contrato, conforme o caso, *independentemente* da declaração de vontade dos contratantes.

Desse modo, a boa-fé objetiva, enquanto comportamento do agente, constitui-se em *elemento das circunstâncias negociais*, do qual surgem determinadas obrigações independentes da declaração de vontade, tais como os de informação e cooperação, que se constituem como elementos categoriais de cada contrato.

Tais deveres surgidos do elemento boa-fé das circunstâncias negociais são os deveres anexos.

Nesse sentido, escreve Judith MARTINS-COSTA que os deveres anexos são deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato, os quais são variáveis com as circunstâncias concretas da situação e que ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando sua otimização, *independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida*¹⁰⁷.

Segundo Cláudia LIMA MARQUES:

Esses deveres nasceram da observação da jurisprudência alemã ao visualizar que o contrato, por ser fonte imanente de conflitos de interesses, deveria ser guiado e, mais ainda, guiar a atuação dos contraentes conforme o princípio da boa-fé nas relações.

Dever aqui significa a sujeição a uma determinada conduta, sujeição esta acompanhada de uma sanção em caso de descumprimento. (...) Apesar de no Brasil ser consagrada a expressão alemã de deveres anexos ou secundários, quando contratuais, tratam-se de verdadeiras obrigações (obrigações acessórias, como os denominam os franceses), a indicar que a

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 440.

relação contratual obriga não somente o cumprimento da obrigação principal (a prestação), mas também ao cumprimento das várias obrigações acessórias ou dos deveres anexos àquele tipo de contrato.

O primeiro e mais conhecido dos deveres anexos (ou das obrigações contratuais acessórias) é o dever de informar (*Informationspflicht*). O segundo dever anexo destacado pela doutrina é o “dever de cooperação”, dever (leia-se, obrigação contratual) de colaborar durante a execução do contrato, conforme a boa-fé objetiva. Cooperar é agir com lealdade e não obstruir ou impedir. Igualmente, podemos destacar o dever anexo de cuidado (*Schutzpflicht*). A imposição dessa obrigação acessória no cumprimento do contrato tem por fim preservar o cocontratante de danos à sua integridade pessoal (moral ou física) e a seu patrimônio.¹⁰⁸

Judith MARTINS-COSTA apresenta um rol exemplificativo de obrigações que apresentariam as características de deveres anexos:

- a) os *deveres de cuidado*, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito
- b) os *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial;
- c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações

¹⁰⁸ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 218-236.

- jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 1, in fine, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção à boa-fé objetiva;
- d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo;
 - e) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor;
 - f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, *v.g.*, o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes;
 - g) os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor etc¹⁰⁹.

Conforme aponta Judith MARTINS-COSTA, cabe aqui frisar que os deveres anexos, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, estão referidos ao correto processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente¹¹⁰.

Portanto, no sentido específico de otimização do conteúdo e da eficiência contratual, poder-se-ia relacionar parcialmente os deveres anexos com o que, em linguagem afeita à Análise Econômica do Direito, é designado como custos de transação.

Desse modo, os chamados deveres anexos (como os de informação, cooperação e proteção) poderiam ser parcialmente relacionados com a diminuição de custos de transação entre as partes.

Considerando esse aspecto específico dos deveres anexos, pode-se inferir que a aplicação do princípio contratual da boa-fé objetiva pelo juiz, a fim de estabelecer a

¹⁰⁹ *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 439.

¹¹⁰ *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 439-440.

existência e a obrigação de cumprimento de determinados deveres anexos às partes teria como objetivo a diminuição de custos de transação, custos esses que uma das partes ou não poderia incorrer, ou não teria condições de quantificar.

Assim, considerado o caso concreto (bem como o fato de se tratar de contrato de lucro ou existencial), o intérprete/aplicador poderá entender que determinados custos de transação devem ser alocados de uma parte à outra.

Por exemplo, nesse sentido de alocação de custos de transação, o dever de informar de uma das partes é tanto maior quanto menor a capacidade para buscar informação da outra; o dever de proteção de uma parte é tanto maior quanto menor é capacidade de se proteger da outra etc.

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva seria pelo menos em parte uma forma de alocação de custos de transação entre as partes¹¹¹.

Tal problemática da boa-fé implica uma dificuldade para sua conciliação com a autonomia privada, conforme mencionado acima.

Nesse sentido escreve Martin HOGGS:

It is sometimes said that the implication by courts of terms into contracts, whether with or without legislative authority, represents a fundamental problem for a promissory view of contractual obligations. The problem is said to be that, where such implication occurs, this demonstrates that not all of the parties' obligations are referable to the promises they have made. This in turn, it is said, must call into question whether it is correct to see any of the obligations of the parties as stemming from promises made by them, for, if obligations can be imposed on parties and yet be called contractual in nature, the essence of contractual duties must lie in

¹¹¹ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 243.

something other than the promises of the parties.¹¹²

Como exemplo de tais deveres que não são necessariamente estabelecidos por uma declaração de vontade, emergem justamente os deveres anexos, os quais seriam deveres implícitos a um contrato, no sentido de obrigarem as partes contratantes ainda que não tenham sido explicitamente dispostas ou acordadas.

Com relação a essa dimensão implícita do contrato, escreve John WIGHTMAN:

Neither ‘implicit dimension’ or ‘implicit understanding’ is a term of art, in either the law or the literature about contracting practice. Either could be treated as a residual category, defined by what is left after express agreement has been removed – thus it could be defined as “all the knowledge, practices and norms pertaining to contracting which are not express.’ However, this includes matters which the parties to any exchange will typically be wholly unaware – notably things such as the regulatory structure which controls the way certain products or services are made or traded. These may accurately be described as part of the social institutions of exchange, but lack any element of understanding or awareness, which arguably is usually included in usages of “implicit”.¹¹³

¹¹² Em tradução livre: “Às vezes diz-se que a imposição de termos contratuais por juízes, seja com ou sem autoridade legislativa, representa um problema fundamental para a visão promissória das obrigações contratuais. O problema é que, quando tal imposição ocorre, demonstra que nem todas as obrigações das partes podem ser referidas a promessas por elas feitas. Por outro lado, levanta-se a questão se é correto ver as obrigações feitas pelas partes como derivadas das suas promessas, uma vez que, se obrigações contratuais podem ser impostas às partes e ainda assim serem consideradas de natureza contratual, os deveres contratuais devem estar baseados em algo além das promessas feitas pelas partes.” (HOGGS, Martin. *Promises and Contract Law – Comparative Perspectives*, pp. 266-267).

¹¹³ Em tradução livre: “nem a ‘dimensão implícita’ nem a ‘compreensão implícita’ são termos técnicos utilizados no Direito ou na literatura acerca da prática contratual. Nesse sentido, poderia ser tratado como uma categoria residual, definida pelo que resta após todo o explicitamente acordado ter sido removido – desse modo podendo ser definido como ‘todo o conjunto de conhecimento, práticas e normas pertencentes à contratação que não sejam expressas’. Entretanto, essa dimensão incluiria também matérias sobre as quais as partes em determinada transação tipicamente terão completo desconhecimento – por exemplo, a estrutura regulatória que regula o modo como certos produtos e serviços são feitos ou comercializados. Essas poderão ser corretamente descritas como parte das instituições sociais de troca, mas sem o elemento de compreensão que é usualmente incluída no uso de ‘implícito’.” (WIGHTMAN, John. *Beyond Custom: Contract, Contexts, and the Recognition of Implicit Understandings*. In.: *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, pp. 146-147).

Ainda segundo John WIGHTMAN:

By “implicit”, I will mean the knowledge, practices and or norms pertaining to contracting in general (or an individual transaction) of which the parties to a particular contract are actually aware (or can, in the circumstances, reasonably be expected to be aware), but which are not typically rendered express in their contracting activity. However, by saying the parties are “aware” I do not mean to convey that they must be consciously deliberating (albeit silently) at the moment of contracting: “aware” includes assumptions about knowledge practice and norms which the parties bring to the contractual relationship. In one sense, implicit dimensions include all the assumptions about the operation of transactions which are need to endow the transaction with meaning”.¹¹⁴

2.3. Plano da existência, boa-fé objetiva como elemento das circunstâncias negociais e função positiva do princípio da boa-fé objetiva

Conforme exposto acima, a boa-fé objetiva participa do plano da existência como um elemento das circunstâncias negociais, as quais por sua vez são um elemento do conceito de contato social, conforme reestruturação dos elementos do plano da existência proposta acima.

Adicionalmente, conforme indicado acima, a boa-fé objetiva ensejaria o surgimento dos deveres anexos no plano da existência para as partes, independentemente de sua vontade.

¹¹⁴ Em tradução livre: “Implícito significam o conhecimento, as práticas e as normas pertinentes à contratação em geral, as quais as partes estão de fato cientes (ou, conforme as circunstâncias, seja razoável a expectativa de que estejam cientes), embora não tenham sido deixadas expressas em suas atividades de contratação. Contudo, ao dizer que as partes estão cientes, não se quer dizer que elas estão conscientemente deliberando (embora silenciosamente) no momento da contratação: ‘ciente’ inclui pressuposições sobre o conhecimento prático e normas que as partes trazem para a relação contratual. Assim, dimensões implícitas incluem todas as pressuposições sobre a operacionalidade das transações que dotam tal transação de significado.”. (WIGHTMAN, John. *Beyond Custom: Contract, Contexts, and the Recognition of Implicit Understandings*. In.: *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, pp. 146-147).

Não obstante, a depender do contexto contratual, a declaração de vontade das partes poderá afastar a emergência dos deveres anexos. Justamente nesse plano ocorre uma ponderação entre a boa-fé objetiva e a autonomia privada (como expressão da declaração de vontade), naquilo que denominamos em trabalho anterior de princípios contratuais.

Desse modo, os deveres anexos fariam parte do princípio da boa-fé objetiva, em sua função positiva, e atua no plano da existência.

Justamente o *princípio* da boa-fé objetiva é (ao contrário do postulado da boa-fé objetiva) a espécie normativa da boa-fé objetiva com *densidade normativa variável de acordo com o contexto contratual*, em virtude de sua harmonização com os demais princípios contratuais (tais como os princípios da liberdade contratual, da obrigatoriedade do que foi contratado e da relatividade dos efeitos contratuais).

Claus-Wilhelm CANARIS escreve que os princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou contradição entre si¹¹⁵.

No que diz respeito a essa característica indicada por CANARIS, os princípios contratuais *a priori* não valeriam sem exceção, e, portanto, em uma situação concreta, haveria a possibilidade de uma oposição ou conflito entre princípios contratuais.

Neste sentido, coloca JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

É precisamente para conciliar a flexibilidade da boa-fé, inerente à sua qualidade de princípio, com as necessidades práticas da sua concretização, que se devem respeitar tanto as peculiaridades da categoria e do tipo de contrato a que ela se aplica, quanto seus níveis e funções. Isto significa que (...) a boa-fé tem aplicações mais, ou menos, intensas, especialmente conforme suas funções e os tipos negociais¹¹⁶.

¹¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 88.

¹¹⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres*. In. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, p. 127.

No plano da existência, tal densidade normativa variável terá reflexo na derogabilidade ou inderogabilidade dos deveres anexos, a depender do contexto contratual (justamente como um elemento de dispositividade graduável da boa-fé objetiva)¹¹⁷.

Portanto, os deveres anexos seriam derogáveis ou dispositivos a depender do contexto contratual (que poderia, por exemplo, ser apreendido mediante as categorias *contratos existenciais* e *de lucro*, as quais especificamos em nosso trabalho anterior¹¹⁸ em (i) contratos de lucro simétricos e assimétricos (dentre os quais inclui-se a categoria de contrato de lucro assimétrico por adesão) e (ii) contratos existenciais simétricos e assimétricos (dentre os quais inclui-se a categoria de contrato existencial de subsistência).

Assim, a atuação da boa-fé objetiva no plano da existência se dá como elemento das circunstâncias negociais, as quais dão origem aos deveres anexos que, a depender do contexto contratual, poderão ser afastados pela vontade das partes.

Ainda que não seja possível exaurir o princípio contratual da boa-fé objetiva a este aspecto, pode-se suscitar aqui a tese de que este princípio estaria mais diretamente relacionado à restauração de um equilíbrio entre as partes quanto às *condições* e *possibilidades* de negociação.

Neste sentido, escreve Judith MARTINS-COSTA, referindo-se às relações de consumo:

Porém, ao determinar, no art. 4º, que a Política Nacional das Relações de Consumo tem como objetivos, entre outros, “a transparência e a harmonia das relações de consumo”, atendidos, entre outros, os princípios da *harmonização dos interesses dos*

¹¹⁷ Em sentido contrário, Judith MARTINS-COSTA entende que a boa-fé objetiva é sempre cogente. Escreve a jurista: “(...) Não há dúvidas que as normas dos artigos 113, 187 e 422 são cogentes, isto é, não afastáveis pela vontade das partes.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*, p. 578).

¹¹⁸ Para mais detalhes sobre nossa reflexão sobre o tema, vide EROLES, Pedro. *Boa-fé objetiva nos contratos: especificação normativa, cogência e dispositividade*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

participantes daquelas relações, a fim de serem viabilizados os princípios nos quais se funda a ordem econômica, “*sempre com base na boa-fé e no equilíbrio*” daquelas relações, o CDC foi além daquela tríplice função: conjugando à conduta segundo a boa-fé o *equilíbrio* entre posições do polo fornecedor e do polo consumidor, agregou-lhe ainda a *função corretora do desequilíbrio contratual*, daí resultando, na prática, a boa-fé como mandamento de otimização do equilíbrio contratual e, no plano metodológico, a *superposição* da boa-fé ao princípio do equilíbrio (ou da “*equivalência das prestações*”). Ao fim e ao cabo, transformou-se a boa-fé num princípio geral de tutela do contratante débil, muito embora a letra da lei fornecesse outros princípios e mecanismos técnicos melhor adaptados a essa função.¹¹⁹

Desse modo, o princípio contratual da boa-fé objetiva estaria relacionado

¹¹⁹ Escreve ainda Judith MARTINS-COSTA: “Conquanto tratada no CDC como princípio, e não como cláusula geral, a boa-fé adquiriu esse perfil funcional por obra da jurisprudência, passando a ser utilizada como fonte de “deveres anexos”, de modo especial o dever de informar (na fase pré-negocial, na conclusão e no desenvolvimento do contrato); como critério para a revisão dos contratos em casos de excessiva onerosidade superveniente, inclusive para o efeito de dispensar o requisito da imprevisibilidade, como cânone hermenêutico para a concretização de cláusulas contratuais segundo a interpretação pró-consumidor ou segundo a finalidade econômico-social do negócio; como elemento permissivo da revisão judicial dos contratos, por via de anulação de cláusulas, na hipótese de configurar-se a abusividade contratual, como norma limitante (ou paralisante) do exercício de direitos subjetivos ou poderes formativos, conduzindo a figuras que, no Direito Comparado, encontram similitude na Teoria dos Atos Próprios (tal qual expressa o brocardo que impede o *venire contra factum proprium*); na Teoria do Adimplemento Substancial (*substantial performance*), da Quebra Positiva do Contrato (*positive Vertragsverletzung* ou *fundamental breach of contract*); e da paralisação do exercício de direitos subjetivos ou formativos, como ocorre na *Verwirkung*. Independentemente de um exame crítico dessa supervalorização da boa-fé, impende anotar que a feição que lhe foi então conferida pela jurisprudência decorre de uma geralmente implícita coligação entre aquela e o pressuposto fático e normativo da *vulnerabilidade do consumidor*, também estruturante da Política Nacional das Relações de Consumo, na medida em que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo. Note-se que, no Direito consumerista brasileiro, há presunção de vulnerabilidade, o que parece adequado ao tratamento das relações obrigacionais no quadro de uma “economia social de mercado” tal qual regulação constitucional da Ordem Econômica. Muito embora as reformas neoliberais dos últimos anos, se está ainda distante, no Brasil, ao menos do ponto de vista normativo, da direção traçada na Europa pelos propósitos comunitários.

Porém, é preciso ter presente que as funcionalidades específicas que a boa-fé adquiriu no domínio das relações de consumo advêm da conexão com pressupostos, presunções e princípios do CDC (nomeadamente, o pressuposto da vulnerabilidade e os princípios do equilíbrio contratual e da interpretação *pro consumidor*), bem como da própria razão de ser da legislação consumerista: esta não faria sentido se não fosse a efetiva e real *assimetria de poderes sociais* existentes entre consumidores e fornecedores no mercado de consumo. Conquanto a influência do Direito do Consumidor sobre o sistema jurídico possa ser benéfica, a questão está em determinar se uma idêntica chave de leitura da boa-fé objetiva será adequada para o tratamento das relações obrigacionais que não apresentam em seu substrato uma tal assimetria de poderes sociais, tal qual ocorre nas relações de direito comum “paritárias” e as relações interempresariais.” (*Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro*, pp. 393-397).

diretamente com os chamados *deveres anexos*.

Por exemplo, considerando o dever de o fornecedor informar o consumidor sobre o produto que adquire não teria como finalidade a *tutela da expectativa* do consumidor (uma vez que tal expectativa pode nem sequer existir, considerando uma assimetria de informações entre as partes), mas sim *o equilíbrio de uma situação na qual não é viável, ou mesmo possível, que o consumidor busque todas as informações necessárias para a aquisição de determinado produto*.

Não obstante ser possível argumentar que o consumidor também teria uma expectativa sobre a informação, a intenção principal subjacente ao dever de informar é a de alocação de custos ao fornecedor em virtude da inconveniência ou impossibilidade de que o consumidor busque tais informações.

Como mais um exemplo para ilustrar a incidência graduável dos deveres anexos a depender do contrato seria a aplicação do instituto dos vícios redibitórios.

No caso, enquanto no Código Civil os vícios ou defeitos que ensejam a rejeição da coisa devem ser ocultos¹²⁰, no Código de Defesa do Consumidor o vício pode ser oculto ou aparente¹²¹.

Tal diferença da formatação e aplicação do instituto dos vícios redibitórios nos contratos regidos pelo Código Civil e naqueles regidos pelo Código de Defesa do Consumidor evidencia como, em tipos de relação contratual diferentes, é reconhecida uma possibilidade diferenciada de as partes buscarem informação sobre o objeto do contrato.

Desse modo, conforme exemplo acima relativo aos vícios redibitórios, fica claro como um dever anexo incide com *densidades diferentes* em dois *contextos contratuais distintos*.

¹²⁰ Artigo 441, do Código Civil. *A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.*

¹²¹ Art. 26, do Código de Defesa do Consumidor. *O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.*

Concluindo, o contato social terá como elementos a declaração de vontade (como expressão do princípio contratual da autonomia privada) e as circunstâncias negociais (como expressão do princípio da boa-fé objetiva), os quais serão harmonizados de acordo com a categoria contratual específica.

3. PLANO DA VALIDADE E BOA-FÉ OBJETIVA EM SUA FUNÇÃO CORRETIVA – O CONTROLE DA ABUSIVIDADE CONTRATUAL

3.1. Características do plano da validade

Conforme escreve Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, feito o exame da existência do contrato, o problema seguinte que se coloca ao jurista é o problema acerca de sua validade pois, entre existir e produzir efeitos, interpõe-se a questão de *valer*.

Assim, conforme ensina Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, “para que o ato jurídico possa *valer*, é preciso que o mundo jurídico, em que se lhe deu entrada, o tenha por apto a nele atuar e permanecer”.¹²²

¹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 61. Conforme escreve Emilio BETTI, um negócio da vida real pode não ser idôneo para valer como preceito da autonomia privada, e, portanto, para explicar, pelo menos de forma duradoura e irremovível, todos os efeitos que o direito liga ao tipo abstrato de negócio a que ele pertence. A qualificação de inválido ou de ineficaz, que então lhe é dada, pressupõe, precisamente, um confronto entre o concreto regulamento de interesses que se considera e o tipo ou gênero de negócio a que ele deve corresponder. E exprime uma valoração negativa que é, de certo modo, o reverso da outra, positiva, que a lei faz relativamente ao negócio-tipo a que liga a produção de novas situações jurídicas. A valorização negativa tanto pode depender do fato de negócio concreto não corresponderem aos elementos essenciais e aos pressupostos necessários do tipo legal, como de fato, embora não faltando a necessária correspondência entre uns e outros, um impedimento estranho ao negócio concretamente celebrado, olhado em si mesmo, se opor, todavia, à produção dos efeitos próprios do tipo legal respectivo. Daqui resulta a distinção elaborada pela doutrina entre invalidade e ineficácia em sentido estrito, sob o aspecto do não valer do preceito diferente, ou da falta dos efeitos. Quanto ao alcance da distinção, há quem negue que ela seja relevante e útil. E pode, também, aceitar-se que a utilidade, pelo menos prevalentemente, é expositiva e sistemática; o negócio nulo não produz efeitos, de um modo que, formalmente, não é diferente do ineficaz em sentido estrito. Mas a distinção, embora a sua função seja, sobretudo, a de introduzir ordem e clareza no estudo dos variados e complexos fenômenos da carência do negócio jurídico, revela-se, no entanto, como indispensável, desde que se tenha presente o respectivo fundamento e a diferente ratio jures. É evidente a conveniência de apreciar e classificar diversamente a falta de efeitos, conforme dependa de deficiência intrínseca ou de circunstâncias extrínsecas, em relação ao tipo de negócio jurídico em si mesmo considerado: apreciável, a primeira, no próprio momento em que o negócio adquire vida ou deva entrar em vigor; valoráveis, pelo contrário, as segundas, normalmente só depois de celebrado e completado o negócio nos seus elementos constitutivos, e capazes de dar lugar à caducidade. O critério descritivo é o a seguir enunciado. Qualifica-se, propriamente, de inválido, ou seja, desprovido (em definitivo) de valor preceptivo, o negócio a que falte, ou em que esteja viciado, algum dos elementos essenciais, ou em que não exista um dos pressupostos necessários, constitutivos do tipo de negócio a que ele pertence. A invalidade é aquela falta de idoneidade para produzir, por forma duradoura e irremovível, os efeitos essenciais do tipo, que provém da lógica correlação estabelecida entre requisitos e efeitos, no mecanismo da norma jurídica, e é, ao mesmo tempo, sanção do ônus imposto à autonomia privada de escolher meios idôneos para atingir os seus escopos de regulamentação dos interesses. Qualifica-se, pelo contrário, como simplesmente ineficaz, o negócio em que estejam em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, quando, no entanto, obste à sua eficácia uma circunstância de fatos a ele extrínseca. Invalidade e ineficácia, assim caracterizadas, representam, portanto, a solução que o direito é chamado a dar a dois problemas de tratamento essencialmente diferentes. A

Segundo Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o plano da validade é a principal consequência de uma das características dos fatos jurídicos que originam os contratos, qual seja, de consistirem em *declaração de vontade*, isto é, numa manifestação de vontade vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos¹²³.

Adaptando a ideia do plano de validade ao conceito de contato social exposto acima (ou seja, formado pelos elementos declaração de vontade conjugado às circunstâncias negociais), o plano de validade terá também uma relação com as circunstâncias negociais e, por conseguinte, com a boa-fé objetiva enquanto elemento das categorias negociais presentes no plano da existência.

invalidez é o tratamento que corresponde a uma carência intrínseca do negócio, no seu conteúdo preceptivo; a ineficácia, pelo contrário, apresenta-se como a resposta mais adequada a um impedimento do caráter extrínseco, que incida sobre o projeto de regulamentação de interesses, na sua regulação prática. Ora, sob um ponto de vista meramente lógico, pode parecer que a carência intrínseca do negócio postula, necessariamente, carência total de efeitos, isto é, nulidade, e que, quando esta não se verifique, como sucede na anulabilidade, não se pode falar de invalidez, sendo apenas de admitir “possibilidade de eliminação” dos feitos, “isto é, uma ineficácia meramente eventual ou potencial do negócio”. (BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, pp. 653-655).

¹²³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 41. Sobre o plano da validade, escreve Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “O plano da validade é próprio do negócio jurídico. É em virtude dele que a categoria “negócio jurídico” encontra plena justificação teórica. O papel maior ou menor da vontade, a causa, os limites da autonomia privada quanto à forma e quanto ao objeto são algumas das questões que se põem, quando se trata de validade do negócio, e que, sendo peculiares dele, fazem com que ele mereça um tratamento especial, diante dos outros fatos jurídicos (...). Entende-se perfeitamente que o ordenamento jurídico, uma vez que autoriza a parte, ou as partes, a emitir declaração de vontade, à qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido, procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica. Afinal, (...) se a parte ou as partes podem criar direito, obrigações e outros efeitos jurídicos (relações jurídicas em sentido amplo, ditas erroneamente “normas jurídicas concretas”), através do negócio, isto é, formulando declaração de vontade, essa verdadeira fonte jurídica não pode entrar a funcionar, dentro do ordenamento como um todo, sem qualquer regulamentação, sob pena de ser total a anarquia; há de se proibir a declaração contrária às normas superiores, há de cercar de segurança certas declarações que interessam a todos. Se, sob outro ângulo, se permite à vontade humana fixar, em larga escala, o conteúdo da declaração – e aqui são as definições “voluntaristas” que muito revelam –, e se os efeitos são imputados à declaração segundo o seu conteúdo, é evidente que se há de tentar evitar que ocorram declarações decorrentes de vontades débeis, ou não correspondentes à exata consciência da realidade, ou provenientes de violência imposta sobre a pessoa que a emitiu etc. Pois bem, o direito, ao estabelecer as exigências para que o negócio entre no mundo jurídico com formação inteiramente regular, está determinando os *requisitos de sua validade*. A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. “Válido” é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 41-42).

Desse modo, o plano da validade mantém-se na substituição do conceito de declaração de vontade pelo conceito de contato social (consistente em declaração de vontade mais circunstâncias negociais).

A lei exige certos *requisitos* nos elementos do negócio jurídico para que este seja válido.

Desse modo, ensina Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO que há um paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade, no sentido de que o plano da existência é um plano de substâncias (o negócio *existe* e os elementos *são*), e o plano da validade é um plano de adjetivos (o negócio é *válido* e os requisitos são *as qualidades que os elementos devem ter*).¹²⁴

Como **requisitos de validade** dos **elementos intrínsecos de existência**, temos que:

- i) a *declaração de vontade*, tomada primeiramente como um todo, deverá ser:
 - a) resultante de um processo volitivo;
 - b) querida com plena consciência da realidade;
 - c) escolhida com liberdade; e
 - d) deliberada sem má-fé (se não for assim, o negócio poderá ser nulo, por exemplo, no primeiro caso, por coação absoluta, ou falta de seriedade; anulável por erro ou dolo, no segundo; por coação relativa, no terceiro; e por simulação, no quarto);
- ii) o *objeto* deverá ser *lícito, possível e determinado* ou *determinável*; e
- iii) a *forma*, ou será *livre*, porque a lei nenhum requisito nela exige, ou deverá ser *conforme a prescrição legal*.

Quanto às *circunstâncias negociais*, como elemento formador do contato social, não teriam requisitos exclusivamente seus.

¹²⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 42.

Se antes as circunstâncias negociais eram a porção que qualificava uma manifestação de modo a transformá-la em declaração de vontade, as circunstâncias negociais passam a ser um elemento paralelo à declaração no que diz respeito à origem de direitos no plano da existência. (no caso, os deveres anexos)¹²⁵, conforme proposta de reconfiguração acima.

Com relação aos **elementos gerais extrínsecos**, temos que:

- i) o *agente* deverá ser *capaz* e, em geral, *legitimado* para o negócio;
- ii) o *tempo*, se o ordenamento jurídico impuser que o negócio se faça em um determinado momento, quer essa determinação seja em termos absolutos, quer seja em termos relativos (isto é, por relação a outro ato ou fato), deverá ser o *tempo útil*; e
- iii) o *lugar*, se, excepcionalmente, tiver algum requisito, há de ser o *lugar apropriado*.¹²⁶

No que concerne aos elementos *categoriais*, apenas os inderrogáveis possuem requisitos, uma vez que os derogáveis, por serem determinados pela própria ordem jurídica, não os possuem, visto que é o direito que integra esses elementos ao negócio e, evidentemente, ficando eles implícitos por disposição do próprio direito, não há, para eles, exigência de caracteres.¹²⁷

De forma diversa ocorre com os elementos categoriais inderrogáveis: as partes, ao escolherem determinado tipo de negócio, deverão ter em consideração que o negócio escolhido deverá seguir determinado regime jurídico.

¹²⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 42-43.

¹²⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 43.

¹²⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 43.

Entre as regras a que o tipo escolhido está submetido estão aquelas que prevêm as qualidades que seus elementos categoriais precisam ter para os negócios serem válidos como aquele tipo de negócio.

Assim, se o negócio for causal, com causa pressuposta, a existência da causa será requisito da validade, por exemplo: a existência do débito a ser extinto, na novação, a existência de litígio, atual ou potencial, na transação etc.¹²⁸

Há também elementos *particulares* do negócio jurídico que possuem requisitos de validade.

Por exemplo, com relação às condições, há as que *vitiantur et vitiant* (as que contaminam de nulidade todo o negócio jurídico, como as que subordinam os efeitos do negócio a fato juridicamente impossível, e as chamadas condições ilícitas, isto é, as que fazem a eficácia do negócio depender de fato contrário à lei), e há as que *vitiantur sed non vitiant* (por exemplo, as cujo evento consiste em fato fisicamente impossível).¹²⁹

3.2. Plano da validade e controle da abusividade contratual pela boa-fé objetiva

Primeiramente, cabe distinguir “abusividade contratual” de “abuso de direito”.

A *abusividade contratual* relaciona-se ao *conteúdo contratual* (ou seja, diz-se *abusiva* uma cláusula porque excede aquilo que constitui o padrão mínimo do equilíbrio entre as posições contratuais segundo o ordenamento jurídico).

Já o abuso de direito relaciona-se ao *modo (e momento) do exercício de um direito*, configurando um exercício desmedido, disfuncional, desvirtuado da permissão configurada em direito subjetivo.

A correção da abusividade situa-se no plano da validade, ao passo que a correção do abuso ocorre no plano da eficácia (ou seja, o direito objeto de abuso é um direito em regra existente e válido).

¹²⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 43-44.

¹²⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 46-48.

Conforme escreve Judith MARTINS-COSTA:

Antes de mais é preciso distinguir “abuso de direito” de “abusividade contratual”.

O primeiro (“abuso de direito”) diz respeito ao *exercício jurídico* (Código Civil, artigo 187), configurando um exercício desmedido, disfuncional, desviado dos fins a que foi cometida a permissão configurada num direito subjetivo, *lato sensu* compreendido.

Para fins de distinção, diga-se, por ora, apenas que incorre em “abuso” quem exercita de modo inadmissível (porque divorciado dos padrões de licitude que a Ordem jurídica assegura) um direito reconhecido por uma estipulação contratual em si mesma válida e eficaz. Trata-se de um caso de ilicitude no modo (e no momento) do exercício jurídico. A correção do “abuso” está no plano da eficácia: as situações de exercício abusivo (ou disfuncional) previstas no artigo 187 do Código Civil geram normalmente – se delas resultar dano – o dever de indenizar (Código Civil, art. 927), embora possam gerar também outras eficácias (e.g., no plano processual, as tutelas de remoção do ilícito). Já a correção da abusividade situa-se no plano da validade. O defeito situa-se no conteúdo contratual que resta expurgado, no todo ou em parte, do mundo jurídico. Cláusulas abusivas são invalidas, assim o declarando a Lei brasileira, pois o Código de Defesa do Consumidor determinou, no artigo 51, a nulidade de cláusulas contratuais caracterizadoras de abusividade contratual. A lógica interventiva aí subjacente é diversa daquela que visa parificar posições de desigualdade estrutural dos contraentes ou futuros contraentes no exercício de direitos. O alvo é o conteúdo do acordado e não o processo formativo que o pôs em vigor ou a

conduta das partes no desenrolar da relação jurídica contratual. Também prevê a nulidade o artigo 424 do Código Civil.¹³⁰

O desenvolvimento doutrinário acerca da boa-fé objetiva indica que ela desempenha funções, dentre outras, de correção do conteúdo contratual, de modo a possibilitar a compatibilidade entre o contrato e o ordenamento para além dos casos expressamente dispostos na lei, por meio de uma consequência no plano da validade (e não de uma eficácia indenizatória)¹³¹.

Nesta parte, faremos a explicação da atuação da boa-fé objetiva no plano da validade partindo de um problema acerca da boa-fé como norma de validade e de uma divergência doutrinária entre Miguel Reale e Judith Martins-Costa sobre o tema.

Miguel REALE escreve que, quando o art. 104 do Código Civil dispõe sobre a validade do negócio jurídico referindo-se ao objeto lícito, neste está “implícita a sua configuração conforme a boa-fé”¹³².

Ou seja, inferimos que, para Miguel REALE, a boa-fé objetiva seria uma norma de validade, no sentido de que, caso o negócio jurídico seja configurado em violação à boa-fé objetiva, seu objeto poderia ser considerado como ilícito e, conseqüentemente, o negócio jurídico (e, mas especificamente, o contrato) seria considerado como inválido.

Em suma, para Miguel REALE a boa-fé objetiva seria uma norma de validade.

Em contraposição a esse entendimento, Judith-MARTINS-COSTA coloca que apenas de modo muito residual, e não isento de dificuldades, a boa-fé atuará como norma

¹³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*, p. 582.

¹³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*, p. 575-576. Escreve MARTINS-COSTA que “esse é também o entendimento seguido na doutrina portuguesa, admitindo-se que a violação manifesta da regrada boa-fé, ou a disfuncionalidade manifesta relativamente à função econômica e social do negócio pode acarretar invalidade quando se configurar situação de abuso no exercício do direito, tal qual previsto no artigo 334 do Código Civil português (semelhante ao artigo 187 do Código brasileiro), por não haver “sanção específica para as situações de abuso”. Essa “assume cores e tonalidades diferentes de harmonia com o modo funcional como o abuso se expressa; o que vale por dizer que aquele tanto se pode reconduzir a uma nulidade negocial como a um facto gerador de responsabilidade civil”.

¹³² REALE, Miguel. *A Boa-Fé no Código Civil. História do Novo Código Civil, vol. I*.

de validade nas relações regidas pelo Código Civil, atuando entretanto com essa eficácia por expressa disposição do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor¹³³.

Conforme escreve Judith MARTINS-COSTA:

(...) fora da hipótese do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé não age *diretamente* no plano da validade, senão de forma residual, embora possa atuar no plano hermenêutico (via análise da conduta) para *potencializar* determinadas eficácias legalmente previstas a outras figuras, como no caso do dolo por omissão informativa (Código Civil, art. 147) que pode conduzir ou não à invalidade (quando configurado o dolo essencial) ou à satisfação das perdas e danos, sem declaração de invalidade (quando caracterizado o dolo acidental), hipótese que se reconduz aos esquemas ressarcitórios. Mas, em ambos os casos, estará em causa, primariamente, o dolo, não a boa-fé objetiva. Para ter-se invalidade, o que se terá de comprovar é o dolo, e não o incumprimento de dever lateral, pois, neste último caso, a consequência será a indenização por *culpa in contrahendo*.¹³⁴

Considerando a contraposição entre as opiniões de Miguel REALE e Judith MARTINS-COSTA, proporemos aqui uma forma de conciliação dialética com base na espécie normativa de princípio da boa-fé objetiva proposta em trabalho anterior¹³⁵.

Desse modo, considerando que o princípio da boa-fé objetiva terá densidade variável a depender da relação contratual, podemos partir da premissa de que *a boa-fé objetiva atuará ou não como norma de validade a depender da intensidade de incidência da boa-fé objetiva em determinado contexto contratual*.

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*, p. 575-576

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*, p. 580.

¹³⁵ EROLES, Pedro. *Boa-fé objetiva nos contratos: especificação normativa, cogência e dispositividade*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Nesse sentido, Judith MARTINS-COSTA acaba já antevendo essa problemática ao constatar que, em contratos consumeristas, a boa-fé atua como norma de validade, ainda que por disposição legal (no caso, seria uma regra da boa-fé objetiva), conforme prevista no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, com base na definição do princípio da boa-fé objetiva, a boa-fé objetiva seria uma norma de validade a depender do contrato e, em linha com a proposta da espécie normativa de regra da boa-fé objetiva (que em parte traria maior concretude com relação à aplicação do princípio da boa-fé objetiva), o artigo 51, IV concretiza essa aplicação nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Retomando a definição das regras derivadas da boa-fé objetiva, elas estariam relacionadas à integração no sistema de aspectos, seja da boa-fé objetiva enquanto postulado, seja da boa-fé objetiva enquanto princípio.

Desse modo, as regras da boa-fé objetiva podem derivar tanto do postulado da boa-fé objetiva quanto do princípio da boa-fé objetiva.

Explicamos acima que, no que diz respeito ao princípio da boa-fé objetiva, sua incidência seria graduável e aplicável topicamente pelo juiz conforme o contexto contratual ou conforme a categoria contratual operativa (contratos existenciais ou de lucro, simétricos ou assimétricos etc.).

Assim, haveria uma indeterminação *a priori* com relação ao grau de incidência do princípio da boa-fé objetiva em determinado contexto contratual (indeterminação essa que poderia ser mitigada com a construção das categorias operativas, tais como as de contratos de lucro e contratos existenciais).

Portanto, as regras derivadas do princípio da boa-fé objetiva teriam como objetivo determinar o grau de incidência e concretude do princípio da boa-fé objetiva em determinado caso, restringindo a imposição tópica dos deveres anexos por parte do intérprete/aplicador.

3.3. Invalidade do conteúdo contratual e princípio da boa-fé objetiva

O controle do conteúdo contratual por meio da boa-fé como norma de validade se dá mediante a espécie normativa de princípio contratual, a qual tem *densidade normativa variável* a depender do contexto contratual.

O contexto contratual (que definimos como sendo as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvendo um contrato) pode ser sintetizado imperfeitamente em categorias operativas, as quais visam a apreender um contexto contratual de forma apriorística, tendo em vista que tais contextos contratuais só podem ser *mais perfeitamente* apreendidos diretamente diante de um caso concreto, por meio da *tópica*.

Desse modo, as categorias operativas são categorias em contante construção e aperfeiçoamento, uma vez que novos elementos surgem nas relações contratuais de modo a tornar a aplicação da boa-fé diferente inclusive dentro de um mesmo contexto.

A *tópica* consiste em um jogo de suscitações tendo como base um problema objetivo e concreto, o que configuraria o chamado pensamento problemático (o qual não pode se converter em um método, vez que só se poderia chamar de método um procedimento que seja lógica e rigorosamente verificável e que crie um nexu inequívoco de fundamentos) em contraposição ao pensamento sistemático (o qual procede do todo, e que a partir do sistema se selecionam os problemas) ¹³⁶.

¹³⁶ Pode-se chamar problema toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Isto se desenvolve abreviadamente do seguinte modo: o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido, para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos sistema, então podemos dizer, de modo mais breve, que, para encontrar uma solução, o problema se ordena dentro de um sistema.

Se colocamos o acento no sistema, o quadro que resulta é o seguinte: no caso extremo de que só existisse um sistema, através dele poder-se-iam agrupar todos os problemas em solúveis e insolúveis, e estes últimos poderiam ser desprezados, como meros problemas aparentes, posto que uma prova em contrário só seria possível a partir de um outro sistema distinto. O mesmo poderia dizer-se no caso de que existissem vários sistemas. Cada um deles selecionaria seus próprios problemas e abandonaria o resto. Em outras palavras: a ênfase no sistema opera uma seleção de problemas.

Acontece o contrário se colocamos o acento no problema: este busca, por assim dizer, um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução. Se existisse um único sistema, que declarasse nosso problema insolúvel (como mero problema aparente), seriam necessários outros sistemas para a sua solução. O mesmo poderia dizer-se no caso de que existissem vários sistemas. Se nenhum deles permitisse encontrar uma solução, seriam necessários outros sistemas, caso em que o caráter do problema permaneceria sempre confirmado. Em outras palavras, a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas, sem que se demonstre a sua

Escreve VIEHWEG que o modo de pensar sistemático procede do todo, e que a partir do sistema se selecionam os problemas.

Neste sentido, os conteúdos dos problemas que não se conciliassem com o sistema seriam rejeitados, ou seriam considerados como uma questão falsamente colocada. Com o pensamento sistemático, decidir-se-ia previamente não sobre a solução dos problemas, mas sim sobre os limites dentro dos quais a solução dos problemas poderia se mover¹³⁷.

compatibilidade a partir de um sistema. Os sistemas (aqui no sentido de deduções) podem ser de pequena ou de ínfima extensão.

Neste último caso, há quem se pergunte de onde procede a inquietante constância do problema. O problema procede, então, de um nexos compreensivo preexistente que, de início, não se sabe se é um sistema lógico, quer dizer, um conjunto de deduções, ou algo distinto, e se se trata de algo que pode ser visto de forma abrangente. (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, pp. 34-35).

¹³⁷ A tópica prestou, como vimos, grandes serviços à jurisprudência. Porém, como vimos também, faz que a jurisprudência não possa converter-se em um método, pois só pode chamar-se método um procedimento que seja lógica e rigorosamente verificável e crie um nexos unívoco de fundamentos, quer dizer, um sistema dedutivo.

A jurisprudência, que até aqui descrevemos, não é um método, mas sim um estilo. Ela tem, como qualquer outro estilo, muito de arbítrio amorfo e muito pouco de demonstração rigorosa. Com alguma aptidão, este estilo é imitável e praticável, alcançando, como atitude espiritual que se exercita um alto grau de confiabilidade. Porém, só o projeto de um sistema dedutivo poderia fazer deste estilo um método.

O jovem Leibniz, que estudou direito *more italico*, não parece ter compartilhado desta opinião, ao menos no princípio de sua evolução intelectual. Isso se observa quando se inicia o estudo de suas ideias sobre o método jurídico, não pelo famoso *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667), mas pela *Dissertatio de arte combinatoria* e, o que é mais importante, se o deixamos falar por si, Leibniz ocupa-se da jurisprudência em vários lugares, considerando-a na forma combinatória e não, como fez o *Nova Methodus*, de um modo dedutivo-sistemático, ao menos em seus fundamentos. A *ars combinatoria* mostra com especial clareza o esforço de seu autor para fazer concordar o tradicional estilo de pensamento da Idade Média com o espírito matemático do século XVII. O jovem Leibniz não diz claramente que para conseguir uma prova, no sentido antes indicado, seja necessário desterrar a tópica em favor do sistema, mas admite que a herdada *ars inveniendi*, como tal, quer dizer, sem eliminar em absoluto sua estrutura fundamental, pode ser colocada sob controle aritmético. É necessário, em sua opinião, conceber a *ars inveniendi* como *ars combinatoria*. Isto é, Leibniz pretende matematizar a tópica.

Leibniz expõe claramente o programa que daí deriva na mais extensa rubrica da *dissertatio*. Quer construir com fundamentos aritméticos (ex *Arithmeticae fundamentis*) uma doutrina das complicações e transposições e com isso dar novos estímulos à arte de meditar ou arte da invenção lógica: ... *in qua... nova etiam Artis Meditandi seu Logicae Inventionis semina sparguntur*.

Esta ideia procede de Raimundo Lullus, que parece ter sido um homem singular. Por volta do ano de 1300, ele projetou, com o altissonante nome de *ars magna*, um jogo combinatório, que atuava de uma forma mística e que, no essencial, trabalhava com cinco círculos giratórios e concêntricos, cada um dos quais continha nove conceitos fundamentais. Ou seja, pretendeu de um modo simples mecanizar a *ars inveniendi*, que, em sua opinião, deveria representar a *scientia generalis*.

Leibniz justifica toda a empresa a partir de uma ideia anterior que nunca abandonou, e que converte a relação do todo com a parte no centro do pensamento. Esta ideia é em si mesma antiquíssima, tendo sido transmitida como topos na formação retórica e experimentado uma configuração teórica de maior envergadura, mais tarde, com Hegel. Leibniz vincula-se à ideia de aritmetização. Aqui queremos unicamente salientar que um jurista de 20 anos que, depois de cumprir os trâmites prescritos para a formação filosófica, estava em condições como *magister philosophiae* e *ius utrisque baccalaureus*, de participar plenamente do espírito de seu tempo, fez uma tentativa de matematizar a tópica jurídica com um projeto de uma casuística geral do direito. Malogrou diante da multivocidade da linguagem natural, que conduziria depois à criação de uma

Como exemplo de densidade normativa variável do princípio da boa-fé objetiva a depender do contexto contratual, podemos citar os vícios redibitórios (que, no Código Civil, para ensejarem a rejeição da coisa os vícios devem ser ocultos¹³⁸, ao passo que no Código de Defesa do Consumidor os vícios podem ser ocultos ou aparentes¹³⁹).

Nesse exemplo, fica evidenciado uma densidade mais intensa do dever anexo de informação em relações entre fornecedores e consumidores em comparação a relações regidas pelo Código Civil no que concerne aos vícios redibitórios. Tal diferenciação considera aspectos relacionados à vulnerabilidade do consumidor, bem como da possibilidade de obtenção de informação pela contraparte em relações regidas pelo Código Civil.

Portanto, a caracterização ou não da violação ao princípio da boa-fé objetiva dependerá da densidade normativa do princípio da boa-fé objetiva (em sua função negativa) em determinado contexto contratual (que no caso, será menor nos contratos de lucro e maior nos contratos existenciais).

Como exemplos, podemos citar duas regras derivadas da função negativa do princípio da boa-fé objetiva: o artigo 424¹⁴⁰ do Código Civil e o artigo 51, IV¹⁴¹, do Código de Defesa do Consumidor.

linguagem precisa e, mais tarde, ao enfatizar a axiomática, à logística. (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, pp. 71-73).

¹³⁸ Artigo 441, do Código Civil. *A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.*

¹³⁹ Art. 26, do Código de Defesa do Consumidor. *O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.*

¹⁴⁰ Art. 424 do Código Civil. *Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.*

¹⁴¹ Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. *São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...).*

3.4. Artigo 424 do Código Civil e artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor

Prevê o artigo 424 do Código Civil que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

Conforme divisão estabelecida das categorias operativas, os contratos de adesão são uma subcategoria dentro dos contratos de lucro assimétricos (o que denominados simplesmente de contratos de lucro por adesão ou contratos de lucro assimétricos por adesão).

Os contratos de lucro por adesão são aqueles em que parte substancial ou todo o contrato é colocado por uma das partes sem qualquer possibilidade de negociação pela outra.

Conforme ensina Paulo Netto LÔBO sobre os contratos de adesão, no que diz respeito ao princípio da equivalência material, o Código Civil o inclui, de modo indireto, nos dois importantes artigos que disciplinam o contrato de adesão, ao estabelecer a interpretação mais favorável ao aderente (*interpretatio contra stipulatorem*), já prevista no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, e ao declarar nula a cláusula que implique a renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio (cláusula geral aberta, a ser preenchida pela mediação concretizadora do aplicador ou intérprete, caso a caso).¹⁴²

Desse modo, pressupõe-se que, nos contratos de adesão, a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio se dá pelo fato de que não há uma paridade na possibilidade de negociação e discussão das cláusulas contratuais entre a parte proponente e a parte aderente no contrato.

Assim, o princípio da boa-fé objetiva (em sua função negativa, consubstanciada na regra derivada do artigo 424 do Código Civil) já estabelece que tais cláusulas são nulas, independentemente da negociação e ajustes entre as partes.

¹⁴² LÔBO, Paulo Netto. *Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*, pp. 2-3.

Já o artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, **ou sejam incompatíveis com a boa-fé** ou a equidade”.

Desse modo, fica evidenciada a maior densidade do princípio da boa-fé objetiva nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, o que se alinha ao fato de que, em contratos consumeristas, a capacidade e possibilidade de negociação dos contratos é menor no que diz respeito aos consumidores perante os fornecedores, o que implica maior densidade do princípio da boa-fé objetiva nestes contratos e, no caso, atuação da boa-fé objetiva como norma de validade.

3.5. Boa-fé objetiva e atuação no plano da validade em sua função corretiva

Pelo exposto acima, fica evidenciado que não existe uma resposta unívoca acerca do problema sobre se a boa-fé objetiva atua ou não como norma de validade: trata-se de uma resposta que dependerá da densidade da boa-fé objetiva enquanto princípio em cada contexto contratual.

Tal densidade da boa-fé objetiva enquanto princípio dependerá de dois fatores.

O primeiro, o qual apenas é aplicável caso não haja regra específica da boa-fé objetiva, é a caracterização do contrato dentro de uma determinada categoria operativa (como, por exemplo, contrato de lucro ou existencial etc.), sendo que a densidade da boa-fé objetiva será proporcionalmente menor nos contratos de lucro e maior nos contratos existenciais.

O segundo se dará pela aplicação de regra específica que consubstancie o grau de densidade que a boa-fé objetiva terá em determinado contrato. Nesse sentido, os exemplos acima trazidos pelo artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor (aplicável às relações entre fornecedores e consumidores) e o artigo 424 do Código Civil (aplicável a contratos de adesão).

Portanto, conclui-se que a boa-fé objetiva atuará no plano da validade a depender do contexto contratual (o qual dependerá de categorias operativas ou regras específicas no ordenamento), corrigindo o conteúdo contratual por meio da invalidação de determinados dispositivos ou de determinados sentidos de dispositivos contratuais.

Assim, fica caracterizada a boa-fé objetiva (em sua espécie princípio) como norma de validade graduável pelo contexto contratual, atuando no plano da validade em sua função corretiva.

4. PLANO DA EFICÁCIA E BOA-FÉ OBJETIVA EM SUA FUNÇÃO INTERPRETATIVA – CONTROLE DO ABUSO DE DIREITO E ANTECIPAÇÃO, INTERRUPÇÃO E POSTERGAÇÃO DOS EFEITOS CONTRATUAIS

4.1. Boa-fé objetiva e interpretação

Conforme escreve António Manoel HESPANHA:

Nos dias de hoje, a teoria da interpretação ganhou estatuto de uma disciplina universal. Tudo, na verdade, é portador de sentido, de um sentido que raramente se exprime ou se deixa captar integralmente, exigindo, pelo contrário, uma atividade intelectual que decifra os seus sinais. (...)

Pensou-se durante muito tempo que a interpretação consistia em relacionar duas entidades autônomas e independentes uma da outra: o sinal (ou significante) e a “coisa” (ou significado). De tal modo que, se se aplicassem métodos rigorosos, o resultado da interpretação tenderia para ser um e um só, podendo ser fixado uma vez por todas (...).¹⁴³

Conforme escreve Francisco Paulo de Crescenzo MARINO, em geral o processo de interpretação atende ao problema da compreensão e intelecção.

Em outras palavras, a ação interpretativa tem como resultado o entendimento. Dessa maneira, em suas diversas aplicações, a interpretação é única em seus elementos fundamentais.¹⁴⁴

O processo interpretativo se desenrola em um aspecto subjetivo e outro objetivo, os quais tem características especiais.

¹⁴³ HESPANHA, António Manoel. *O caleidoscópio do direito – o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, p. 647.

¹⁴⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 50.

Com relação ao aspecto objetivo, a interpretação precisa de uma forma representativa (objeto da interpretação).

Na expressão “forma representativa”, o termo “forma” é entendido em um sentido de “relação unitária de elementos sensíveis, idônea a conservar a marca de quem a criou”. Já o qualificativo da forma (representativa), deve ser compreendida no sentido de que, mediante a forma, um terceiro, semelhante ao intérprete, manifesta-se a ele, apelando à sua sensibilidade e inteligência.¹⁴⁵

Em outras palavras, a “forma representativa” seria um modo de objetivação daquilo que se encontra em um plano de pensamento, ou uma forma pela qual um sujeito pode manifestar tal pensamento de forma a atingir a sensibilidade e a inteligência de terceiros, considerando a recognoscibilidade que pauta a vida em sociedade e a comunicação entre os indivíduos.¹⁴⁶

Tal função representativa cabe sobretudo à linguagem, seja linguagem escrita ou linguagem composta de sinais diversos (*e.g.*, imagens e sons).

Desse modo, a forma representativa não se resume à declaração que intencionalmente busca transmitir uma mensagem, mas também compreende, por exemplo, produtos de linguagem não articuladas (como a linguagem musical), comportamentos pessoais e gestos.¹⁴⁷

Entretanto, para a compreensão do processo interpretativo é importante que não se confundam (i) o documento, suporte ou o instrumento da forma representativa; (ii) a forma representativa em si mesma; e (iii) o conteúdo representado (sentido ou pensamento).

A objetividade da forma representativa permite também a compreensão de que o objeto da interpretação não é a vontade em si, mas a forma. Em outras palavras, não se interpreta a vontade, mas aquilo que *objetivamente foi falado ou feito*.

¹⁴⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 51.

¹⁴⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 52.

¹⁴⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 52.

Não obstante a vontade não ser o objeto da interpretação, ela poderá ser aquilo que é extraído do objeto da interpretação: em outras palavras, a vontade será o resultado do processo interpretativo.

Entretanto, o processo interpretativo não se esgota na relação entre a forma interpretativa e o intérprete.

A interpretação busca relacionar dois sujeitos por intermédio de um objeto (considerado não simplesmente como forma, mas como objetivação, algo concebido em um plano puramente intelectualivo). Portanto, a forma representativa atua como intermediário entre o intérprete e o sujeito cuja concepção intelectualiva se objetivou daquela forma.¹⁴⁸

Por isso o processo interpretativo é qualificado como triádico, pois se desenvolve em três termos:

- a) um sujeito, ao qual a mensagem chega do “semantema” e que é chamado a entendê-lo;
- b) um objeto que é o semantema ou forma representativa, do qual provém a mensagem; e
- c) um outro sujeito, atual ou virtualmente presente, que é fulcro do sentido e fala mediante o objeto.

Conseqüentemente, a tarefa do intérprete é um reconhecimento e uma reconstrução da inteligência que, por meio da forma representativa, fala ao intérprete. Em outras palavras, trata-se de uma interiorização e transposição do conteúdo da forma representativa (oriunda da inteligência de um sujeito) para a subjetividade do intérprete.¹⁴⁹

Justamente essa transposição configura o ponto mais sensível do processo interpretativo, do qual nasce a antinomia entre duas exigências que o processo interpretativo deve obedecer¹⁵⁰.

¹⁴⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 53-54.

¹⁴⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 55.

¹⁵⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 55.

A primeira dessas exigências é a de objetividade, ou seja, de subordinação à forma representativa (objeto da interpretação). Nesse sentido, a interpretação deve ao máximo possível ser fiel ao valor expressivo da forma representativa.

A segunda exigência concerne à inescapável subjetividade do intérprete, uma vez que a reprodução que faz parte do processo interpretativo é feita de fora para dentro, tornando o objetivo em subjetivo.

Dessas exigências aparentemente inconciliáveis, surge uma dialética do processo interpretativo, sobre as quais Emilio BETTI constrói categorias interpretativas¹⁵¹.

Dos quatro cânones interpretativos propostos por BETTI, os dois primeiros referem-se à forma representativa, e os dois últimos ao intérprete.

O primeiro cânone relativo ao objeto da interpretação é o cânone da autonomia hermenêutica, ou cânone da imanência do critério hermenêutico.

Com relação a esse cânone, considerando que a forma representativa é uma objetivação ou manifestação do pensamento alheio, tal forma representativa deve ser entendida e interpretada de acordo como tal pensamento e do terceiro que manifestou tal

¹⁵¹ No âmbito da teoria geral da interpretação, Betti delineou quatro critérios metodológicos cuja observância garante o controle do desenvolvimento e do resultado do processo interpretativo, e, por essa via, uma relativa objetividade do entendimento. São os chamados cânones hermenêuticos. Os cânones bettianos constam de uma aula inaugural do curso de Direito Civil, proferida por Betti em 15 de maio de 1948 na Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Inicialmente publicada na Rivista italiana de scienze giuridiche (1948, n° 55, p. 34 a 92), esta conferência foi também publicada como separata, sob o título *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, integrando ainda, posteriormente, a obra *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. O título em questão é criticado por Giuseppe Benedetti, para quem o artigo contém muito pouco de civilístico, destinando-se, ao contrário, a fixar com grande lucidez as categorias gerais da interpretação. A explicação para o caráter geral das categorias ou cânones hermenêuticos formulados nos é dada, no entanto, pelo próprio Betti: “No campo do direito, o território mais fértil de questões interpretativas tem sido, desde antigamente, o do Direito Civil. O que não é sem uma profunda razão. Em nenhum outro setor, em verdade, é tão férvida a interpenetração de relações entre sujeitos de direito postos em plano de recíproca paridade. (...) Os peculiares caracteres deste território explicam também o fato de que, precisamente no Direito Civil, foram descobertos pela primeira vez, isto é, encontraram aquilo que com Jhering chamaremos o seu ponto de “emersão” histórica, cânones hermenêuticos fundamentais, os quais, elaborados primeiramente como categorias civilísticas neste ramo do direito, foram seguidamente reconhecidos como idôneos a governar a interpretação também em outros ramos, e, mais justamente, foram recentemente atribuídos à teoria geral da interpretação”. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, pp. 55-57).

pensamento, e não considerando outra pessoa ou pensamento, ou como se tal forma fosse uma forma “nua”, e não uma forma representativa de um pensamento alheio.¹⁵²

O segundo cânone hermenêutico objetivo é o cânone da totalidade e coerência da consideração hermenêutica, pelo qual deve-se ter em consideração a relação existente entre as partes e o todo de uma manifestação intelectual. Tal relação possibilita a iluminação recíproca de significado entre o todo e as partes (ou seja, entender a parte pelo todo e o todo pelas partes).¹⁵³

Os cânones hermenêuticos da autonomia e da totalidade mencionados acima relacionam-se à parte objetiva do processo interpretativo.

Nesse sentido, os dois cânones indicados a seguir referem-se à exigência de uma colaboração eficiente por parte do sujeito que interpreta, relacionando-se, portanto, à subjetividade do processo interpretativo.

¹⁵² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 57. Conforme escreve MARINO, “em outras palavras, *sensus non est inferendus, sed efferendus*, isto é, o sentido não deve ser indevida e sub-repticiamente introduzido pelo intérprete, porém extraído da forma representativa. Essa deve ser entendida em sua autonomia, conforme sua própria lei de formação, sua interior necessidade, coerência e racionalidade. A forma representativa deve ser apreciada à luz da exigência que buscou satisfazer para o seu autor, e não de acordo com sua idoneidade para servir a um escopo extrínseco, deduzido de fora do intérprete. A consciência desse cânone fundamental aflora já nas palavras de Celso: ao interpretar a lei, não se deve atender à letra nua, mas sim à sua *vis ac potestas*. Na interpretação dos negócios jurídicos *mortis causa*, por exemplo, a *mens dicentis*, o pensamento imanente à declaração, tem proeminência e superioridade hermenêutica quando em confronto com a *vox dicentis* (letra abstratamente considerada). (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, pp. 57-58).

¹⁵³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 58. Conforme escreve MARINO, “O processo interpretativo se desenvolve mediante uma progressiva contextualização das partes no todo. Há uma gradual progressão na direção da compreensão. Parte-se dos elementos singulares em direção aos núcleos nos quais eles se organizam, e finalmente alcança-se o todo. A compreensão, inicialmente provisória, vai-se aperfeiçoando, corrigindo-se e integrando-se, de modo que só ao final do processo os elementos resultam representados com contornos precisos. O critério da iluminação recíproca entre parte e todo comporta um desenvolvimento ulterior: cada obra expressiva pode e deve ser considerada, por sua vez, como enquadrada em uma totalidade mais ampla. O alcance dessa contextualização é diverso em se tratando de interpretação subjetiva ou objetiva. Em uma interpretação de cunho subjetivo ou psicológico, trata-se de contextualizar a forma representativa na vida e personalidade de seu autor. Cada manifestação do autor é vista como um momento espiritual, ligado ao conjunto dos seus demais atos por uma recíproca influência e afinidade. Já em uma interpretação de cunho objetivo ou técnico, trata-se de contextualizar a forma representativa na esfera de espiritualidade à qual a obra pertence, isto é, no conjunto (gênero) de obras de similar conteúdo ao qual a forma representativa pertence, tal como um anel de uma cadeia ideal. Este enquadramento, então, visa a construir uma caracterização morfológica ou técnica daquele tipo ou gênero de produção espiritual, e fundamenta-se no fato de que a obra resolve (ainda que sem a consciência do autor) um problema construtivo próprio daquele tipo ou gênero de produção espiritual.” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, pp. 58-60).

O terceiro cânone hermenêutico (primeiro cânone “subjetivo”) é o da atualidade do entendimento, o qual diz respeito a desenvolvimentos ulteriores ao mero esclarecimento, ou seja, a adaptação e adequação do objeto interpretado.¹⁵⁴

Por fim, o quarto cânone bettiano é o da adequação ao entendimento, o qual deve ser compreendido juntamente com o terceiro cânone hermenêutico, dada a sua estreita relação¹⁵⁵.

Segundo o quarto cânone, o intérprete deve esforçar-se em colocar a própria atualidade da vida em íntima adesão e harmonia com o estímulo que vem do objeto; em outras palavras, deverá harmonizar os dois termos do processo (objeto e sujeito)¹⁵⁶.

Feita a breve exposição dos cânones, é possível entender o seu funcionamento no que diz respeito à boa-fé como cânone interpretativo.

¹⁵⁴ Muitas vezes, além da simples tarefa de esclarecimento do objeto interpretado, há necessidade de suprir as suas deficiências e corrigir as suas aplicações, desenvolvendo as suas ulteriores conseqüências coerentes, ou limitando o seu alcance, em casos de falta de racionalidade, por meio do que hoje se chama analogia e interpretação extensiva ou restritiva. Deve-se reconhecer, assim, uma tarefa ulterior e essencial ao processo interpretativo, que transcende o mero esclarecimento: a adaptação e adequação do objeto interpretado. Na base dessa tarefa de adaptação e adequação, encontram-se dois cânones atinentes ao sujeito da interpretação. Consoante o primeiro deles, dito cânone da atualidade do entendimento, o intérprete deve percorrer em si mesmo o processo criativo, reviver por dentro, na própria atualidade, um pensamento que pertence ao passado, fazê-lo entrar no círculo da própria vida espiritual como um fato da experiência própria, mediante uma espécie de transposição. Privado da própria subjetividade, o intérprete perderia os olhos para ver. Longe de constituir obstáculo à interpretação, a subjetividade do intérprete é condição indispensável de sua possibilidade. O que entra em nossa mente, entra na totalidade orgânica do mundo de representações e de conceitos que carregamos dentro de nós, e torna-se, por uma espécie de assimilação, parte desse mundo, sujeita ao seu desenvolvimento e às suas vicissitudes.

É verdade que o intérprete deve apenas pesquisar e entender o sentido de uma manifestação de pensamento alheia e passada, mas esse sentido não é algo que a forma representativa oferece pronto; ao contrário, esse sentido é algo que o intérprete deve reconstruir e reproduzir em si mesmo, com sua sensibilidade e inteligência, com as categorias de sua mente, com o seu intuito e as forças inventivas de sua educação.

A atividade hermenêutica origina-se e impulsiona-se por um interesse ao entendimento, por um liame que unifica a manifestação de pensamento alheia com um interesse atual de nossa vida presente. Quanto mais vivo e intenso o interesse em entender, maior será o grau de compreensão, e o intérprete vivificará e animará o objeto com sua própria vida e alma, como experiência presente e atual.

Não se trata de negar os outros dois cânones (autonomia do objeto e alteridade do objeto em relação ao sujeito), mas de reconhecer a espontaneidade do sujeito, sua totalidade espiritual e a essencial contribuição que as categorias mentais do sujeito e sua espiritualidade trazem (e devem trazer) ao processo interpretativo. Isso explica as mutáveis vicissitudes históricas das concepções interpretativas de um mesmo objeto (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, pp. 58-61).

¹⁵⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 62.

¹⁵⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 62. A espontaneidade do intérprete é indispensável, mas não deve ser sobreposta e imposta, de fora, ao objeto da interpretação. Não basta, portanto, um interesse em entender. Deve haver uma abertura mental do intérprete, que permita colocá-lo na perspectiva justa, mais favorável para descobrir e entender o sentido (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 62).

O artigo 113 do Código Civil trouxe expressamente no ordenamento jurídico brasileiro uma regra de interpretação dos negócios jurídicos conforme a boa-fé.

Pelo cânone hermenêutico da autonomia, deve-se partir do texto previsto no artigo 113 do Código Civil, o qual prevê que:

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

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Pelo cânone da totalidade e coerência, deve-se ter em consideração a relação existente entre as partes e o todo da relação contratual.

Nesse sentido, a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (“Lei da Liberdade Econômica”) introduziu alguns elementos para a interpretação da boa-fé na interpretação dos negócios jurídicos que estão alinhados a esse cânone, tais como (i) confirmação pelo comportamento das partes posterior ao negócio; e (ii) correspondência ao que seria a razoável negociação do contrato inferida pelas suas demais disposições e pela racionalidade econômica das partes.

O cânone da totalidade alinha-se com o disposto no artigo 112 do Código Civil, o qual prevê que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Ou seja, o significado do negócio jurídico deve ser extraído não somente da linguagem contida na declaração negocial, mas sim da intenção consubstanciada na declaração, tendo em vista o contexto verbal e, sobretudo, o contexto situacional.¹⁵⁷

Justamente com relação aos cânones subjetivos (atualidade e adequação do entendimento) resvalam grande parte das dificuldades para a aplicação da boa-fé em sua função interpretativa.

Cabe aqui notar que, no caso da interpretação, a própria colocação dos cânones objetivos coloca uma limitação com relação à mudança de ponto de partida, ou seja, o objeto interpretado.

No caso, conjugando o artigo 113 ao artigo 112 do Código Civil, a objetivação da boa-fé na interpretação se dará justamente sobre a expressão que refere à intenção consubstanciada na forma representativa.

Precisamente pelo fato de que a intenção em si é imperscrutável (uma vez que se refere a uma inteligência por parte dos contratantes), a intenção consubstanciada será interpretada a partir da racionalidade econômica, da situação contratual e do comportamento das partes.

A Lei de Liberdade Econômica trouxe alguns elementos ao artigo 113 que consubstanciam esses fatores, tais como o comportamento das partes posterior à celebração do contrato, a correspondência a prática de mercado, a interpretação conjunta com as demais disposições contratuais, tendo em vista a razoável negociação entre as partes sobre a questão em discussão e a racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento da celebração.

¹⁵⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, p. 62.

Nesse sentido, quando falamos da interpretação de dispositivos contratuais com base na boa-fé, não se trata de inclusão ou exclusão de novas disposições, mas sim o alcance e o sentido das disposições já existentes ou, em outras palavras, quais seria os efeitos das disposições contratuais, se interpretadas conforme a boa-fé.

Portanto, a interpretação segundo a boa-fé atuará no plano da eficácia contratual.

4.2. Características do plano da eficácia

Finalmente, analisados o plano da existência e o plano da validade, passemos à análise do *plano da eficácia* dos contratos e da forma de atuação da boa-fé objetiva em tal plano.

Acerca do plano da eficácia, escreve Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO que ele é o terceiro e último plano em que se deve projetar o contrato para seu exame.

Não se trata em tal plano de toda e qualquer possível eficácia *prática* do contrato, mas sim e tão somente da sua eficácia *jurídica* e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos.¹⁵⁸

Particularmente a noção de que em tal plano não se cuida de toda e qualquer eficácia prática do contrato estabelece uma distinção importante entre eficácia prática e eficácia jurídica do contrato, a qual será bastante útil na compreensão da forma de atuação da boa-fé objetiva no plano da eficácia contratual.

Sobre a eficácia jurídica, ensinam Luis DIEZ-PICAZO e Antonio GULLON que o *efeito* imediato da celebração e do aperfeiçoamento de um contrato válido é a instauração da regulamentação nele contida e, por ele, a necessidade de que as partes ajustem suas condutas de acordo com tal regulamentação.¹⁵⁹

Também com relação à eficácia, escreve Emilio BETTI que a circunstância que a determina, ainda que extrínseca ao negócio, deve ser sempre daquelas que a consciência

¹⁵⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 49.

¹⁵⁹ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, p. 69.

social e a lei tenham por conta, quer a) em ordem de funcionamento prático do negócio, como auto-regulamento de interesses privados, quer b) em relação aos limites sociais que a autonomia privada deve observar no interesse das próprias partes, para a tutela da sua condição de paridade e respectiva equiparação, ou ainda no interesse de determinados terceiros que, embora estranhos ao negócio, lhes sofrem os efeitos indiretos¹⁶⁰.

Há, pois, imediatamente, um dever de respeito e um dever de observância do contrato.

Ao mesmo tempo, do contrato derivam obrigações, faculdades e direitos. Consequentemente, as partes podem fazer tudo aquilo que o contrato lhes autoriza ou lhes faculta e têm de cumprir e executar tudo aquilo que o contrato lhes impõe¹⁶¹.

Para a produção de seus efeitos, muitos contratos necessitam dos *fatores de eficácia*, entendida a palavra *fatores* como algo *extrínseco* ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas que contribui para a obtenção do resultado visado.

¹⁶⁰ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 657. BETTI coloca ainda que “quanto aos limites sociais que a autonomia privada deve respeitar no interesse das partes ou de terceiros, é de dizer que a sua inobservância – isto é, a lesão do direito de uma das partes ou do terceiro, - ainda que se reporte ao fato da celebração do negócio naqueles determinados termos, também justifica formas de ineficácia, que nem sequer têm, aui caráter originário, mas sobrevêm com o concurso de dadas condições e só mediante reação do interessado. Antes desta, há um estado de pendência, e não de invalidade, durante a qual o negócio tem plena eficácia: sucede apenas, que essa eficácia não tem caráter definitivo, dado que – quando concorram certas condições – não se sabe se ela se manterá, ou será removida pela iniciativa do interessado, na medida em que o prejudica. Essa iniciativa, destinada a fazer constar o fato objetivo da lesão e, normalmente, a sua existência ou superveniência, no momento em que ela é tomada, pode assumir várias figuras: revogação, redução e resolução.” (BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 657).

¹⁶¹ DIEZ-PICAZO, Luis; GUILLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, p. 69. Por outro lado, no que diz respeito à ineficácia, escreve Arnaldo WALD que “é a situação transitória ou permanente, que impede a execução de um negócio jurídico, válido ou não, contra todos ou contra algumas pessoas. Pode classificar-se em: pendente, quando falta ao contrato um elemento integrativo (ex.: autorização do pai ou tutor para um contrato feito por menor); relativa, ou inoponibilidade, quando falta uma formalidade acessória ao contrato (ex.: o registro declaratório ou a autorização de um terceiro – o condômino); e as duas podem ser: atual pendente (contrato sob condição suspensiva); atual consumada (doação revogada); eventual pendente (contrato sob condição resolutiva); eventual consumada (contrato em que ocorreu a condição resolutiva). Exemplos de contratos ineficazes: venda ou locação de coisa alheia (pode ser válida entre as partes, mas ineficaz ou inoponível ao dono); a simulação de um contrato simulado, que pode ser ineficaz perante terceiro, se este prova a simulação; assim, na venda disfarçada em doação, para lesar o Fisco, se este prova a venda, pode receber o que lhe cabe; mas não lhe interessa anular o negócio. A fraude contra credores (inserida pelo Código Civil de 1916 entre os casos de anulação e mantida pelo novo Código Civil) torna o ato apenas inoponível aos terceiros que são lesados. Vejamos melhor o primeiro exemplo: venda de coisa alheia. Sabemos que a venda de imóvel não transfere a propriedade, mas apenas o registro (ato integrativo de um órgão público) tem essa função. É comum alguém comprar um imóvel e, antes do registro, vende-lo a terceiro. Ora, se o comprador não registrou a compra, não é dono; vendendo a seguir o imóvel, de cujo preço nada deve, está vendendo coisa alheia. O terceiro, que compra, manda registrar a compra anterior e a sua, destarte adquire a propriedade. Nada anormal.” (WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*, p. 326).

Por exemplo, são casos de contratos que precisam de fatores de eficácia os subordinados a condição suspensiva.

Enquanto não ocorre o advento do evento, o contrato, se tiver preenchido todos os requisitos, é válido, mas não produz efeitos; certamente, a condição como cláusula faz parte (é elemento) do contrato, mas *uma coisa é a cláusula e outra o evento a que ela faz referência*; o advento do evento futuro é, nesse caso, *um fator de eficácia* (é extrínseco ao ato e contribui para a produção de efeitos).¹⁶²

Um outro exemplo dado de ato válido, mas ineficaz, é o do representante sem poderes, como o negócio feito pelo mandatário, agindo fora dos limites do mandato.

Nesse caso, diz o Código Civil que a ratificação do mandante retroage à data do ato¹⁶³, o que significa que o ato, até o momento da ratificação, é ineficaz para os efeitos para os quais surgiu (e, assim, poderá permanecer indefinidamente).

Desse modo, a hipótese não é de ato nulo, que não admite ratificação, nem de ato anulável, que produz efeitos até ser anulado; o ato do representante sem poderes é somente, até a ratificação, ineficaz em relação ao representado. Ocorrendo a ratificação, o negócio adquire sua eficácia própria; essa ratificação é, pois, fator de eficácia.¹⁶⁴

Há três espécies de fatores de eficácia:

- a) os **fatores de eficácia em geral**, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz (dos quais são exemplos o advento do evento nos negócios sob condição suspensiva, a recepção da declaração pelo destinatário, nos negócios receptícios; a outorga de poderes pelo representado, nos contratos em que o representante agiu sem poderes e em que ambas as partes do contrato se comprometeram a aguardar por ela; a

¹⁶² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, p. 55.

¹⁶³ Art. 662 do Código Civil. *Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.*

Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato.

¹⁶⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 55-56.

morte do testador, no testamento; o advento do termo inicial nos negócios a ele submetidos etc.);

- b) os **fatores de atribuição da eficácia diretamente visada**, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; quer dizer, antes do advento do fator de atribuição da eficácia diretamente visada, o negócio produz efeitos, mas não os efeitos normais; os efeitos, até a ocorrência do fator de eficácia, são antes efeitos substitutivos dos efeitos próprios do ato (como o caso do mandatário que contrata com terceiro sem ter poderes para tanto – há a produção de efeitos, mas não os diretamente visados); e
- c) os **fatores de atribuição de eficácia mais extensa**, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu tempo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes* (como é o caso da notificação do devedor nas cessões de crédito e das medidas de publicidade em geral de negócios jurídicos).¹⁶⁵

Assim, ao se falar de fatores de eficácia, refere-se ao início da produção de efeitos, sendo de três espécies: fatores de atribuição de eficácia em geral, diretamente visada e mais extensa.

Contudo, poderá ocorrer que, uma vez existindo, valendo e produzindo efeitos, o contrato venha, depois, por causa superveniente, a se tornar ineficaz. Haverá, então, *ineficácia superveniente*.

Por exemplo, o contrato submetido à condição resolutiva que vem a se desfazer pelo advento do evento futuro e incerto; ou o contrato bilateral que se torna excessivamente oneroso e é desfeito, respeitados certos pressupostos; ou o contrato de

¹⁶⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 55-57.

depósito que vem a se extinguir pelo fato de o depositante exigir a coisa, ou o de mandato, que termina por renúncia ou morte etc.¹⁶⁶

Em tais situações, pode-se falar em *fatores de ineficácia*, os quais podem, por sua vez, ser de dois tipos: a) os ligados à formação do negócio (por exemplo: o advento do evento futuro nos negócios sob condição resolutiva, ou nos submetidos a termo final; a não-realização da causa final (nos negócios com causa final) etc.; e b) os não ligados à formação do negócio, como o distrato e a impossibilidade superveniente¹⁶⁷.

Conforme escreve Marcos BERNARDES DE MELLO, o mundo é uma permanente sucessão de fatos, e sempre que fatos, sejam eventos, sejam condutas, interferem de modo relevante nas relações inter-humanas, gerando a possibilidade de entrechoques de interesses, a comunidade jurídica, através de normas jurídicas, os erige à categoria de fatos jurídicos, regulando-os e atribuindo-lhes consequências jurídicas que dizem respeito a essas relações.¹⁶⁸

Ou seja, há os fatos que são indiferentes ao direito e há aqueles que são relevantes ao direito, sendo estes últimos os fatos jurídicos.

O ser fato jurídico e o poder irradiar consequências jurídicas, portanto, constituem, respectivamente, uma qualificação e uma imputação que a norma jurídica faz a fatos da vida por sua relevância para o homem no meio social. A atribuição de qualificação jurídica a um fato tem razão essencialmente axiológica, e não constitui característica intrínseca do fato, sendo um acréscimo normativo quanto a sua natureza própria, estranho a sua essência natural.

Desse modo, nem todo fato é um fato *jurídico* e, conseqüentemente, nem todo fato pode gerar efeitos jurídicos. Somente fato qualificado pela norma é fato jurídico e poderá produzir alguma situação jurídica.¹⁶⁹

¹⁶⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 60-61.

¹⁶⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pp. 60-61.

¹⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, pp. 4-5.

¹⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, pp. 6-7.

Portanto, ao lidar com o direito é imprescindível considerar a dicotomia *atos* e *atos jurídicos* (a qual se relaciona com a dicotomia colocada acima entre eficácia prática e eficácia jurídica).

Assim, o mundo jurídico (no qual se reflete a eficácia jurídica) é formado por fatos jurídicos, ou seja, fatos que as normas qualificam como jurídicos. A juridicização do fato pela norma cria fato novo no mundo (o fato jurídico), distinto do fato que constitui seu suporte fático.

Desse modo, o mesmo fato pode entrar várias vezes no mundo jurídico, compondo *n* suportes fáticos, simultaneamente ou não (*e.g.*, a posse de Cesar sobre o imóvel I, por exemplo, pode ser suporte fático (a) da usucapião, (b) de interditos possessórios, (c) da tradição a Caio).¹⁷⁰

Os fatos irrelevantes para o direito (ou fatos não jurídicos, ou seja, os que não sejam qualificados pela norma como jurídicos) não têm acesso ao mundo jurídico, permanecendo no mundo dos fatos, sem poder gerar qualquer consequência jurídica. Contudo, isso não significa que o mundo jurídico não integre o mundo dos fatos, uma vez que os fatos jurídicos coexistem e convivem com os fatos não-jurídicos.¹⁷¹

Portanto, a delimitação do mundo do direito é feita por meio de normas jurídicas, uma vez que lhes cabe a definição dos fatos jurídicos e sua eficácia.¹⁷²

Com base no exposto acima da qualificação dos fatos como jurídicos pela norma jurídica, determinados fatos (sejam eventos, sejam condutas) tornar-se-ão jurídicos ou adentrarão o mundo do direito por meio da atuação da boa-fé objetiva, fazendo com que haja uma diferenciação entre a eficácia *prática* de tal fato e a eficácia *jurídica* de tal fato.

Justamente nesse sentido que a boa-fé objetiva atua na eficácia jurídica, requalificando o mundo dos fatos de modo a adequá-los à boa-fé objetiva (uma vez que

¹⁷⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p. 7.

¹⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p. 8.

¹⁷² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p. 9.

tais fatos, ainda que decorrentes de um exercício da autonomia privada, podem vir a violar a boa-fé objetiva no que diz respeito à interpretação ou execução de direitos subjetivos.

Desse modo, previamente à análise da atuação da boa-fé objetiva no plano da eficácia, cabe analisar as relações da espécie postulado da boa-fé objetiva e o plano da eficácia contratual.

4.3. Postulado da boa-fé objetiva e plano da eficácia

Pela análise acima, ficou evidenciada a diferença entre eficácia prática e eficácia jurídica, as quais relacionam-se diretamente com fatos e fatos jurídicos (estes últimos sendo aqueles fatos qualificados como jurídicos pela norma).

No que concerne à boa-fé objetiva, tal qualificação do fato como fato jurídico poderá implicar uma diferenciação de efeitos entre o fato (seja uma conduta ou um evento) e tal fato conforme qualificado pela boa-fé objetiva.

Conforme a definição que demos, a atuação da boa-fé objetiva no plano da eficácia relaciona-se à espécie normativa de *postulado* da boa-fé objetiva.

Com base na definição de postulado apresentada anteriormente, a violação ao postulado da boa-fé contratual seria caracterizada como uma forma de interpretação/exercício das obrigações contratuais pelas partes *contrária* à boa-fé.

Ou seja, quando falamos de uma interpretação/exercício de obrigações contratuais em violação à boa-fé, falamos de um fato que, ao ser qualificado pela espécie normativa postulado da boa-fé, origina um fato jurídico cuja base factual é o fato em si, mas que acarretará consequências diversas no plano da eficácia jurídica.

Com relação ao exercício de um direito em violação à boa-fé objetiva, cabe analisar se ele também não poderia ser limitado pelo *princípio* da boa-fé objetiva.

Retomando o conceito do princípio da boa-fé objetiva aqui proposto, tal categoria normativa teria como funções (i) a imposição dos deveres anexos (função *positiva*) e (ii) o controle do conteúdo contratual (função *negativa*).

A função positiva do princípio da boa-fé objetiva está relacionada à imposição de deveres anexos aos contratantes, mas não à forma como tais contratantes exercem determinado direito.

Para dar um exemplo: quando o princípio da boa-fé objetiva impõe o dever de informação, não é o exercício do conteúdo contratado pelas partes que é limitado, mas sim um novo dever que lhes é imposto.

Já com relação à função negativa do princípio da boa-fé objetiva (relativa ao controle do conteúdo contratado), há uma diferença mais sutil.

Apesar de a função negativa do princípio da boa-fé objetiva também limitar direitos, não se trata de um limite quanto ao *exercício* de tais direitos, mas sim ao seu *conteúdo*. Ou seja, o controle pela função negativa do princípio da boa-fé objetiva é relativo a “o que é” o direito, e não “como se exerce” ou “como se interpreta” tal direito.

Portanto, nenhuma das funções do princípio da boa-fé objetiva estaria relacionada à limitação do exercício de um direito, mas sim à imposição de deveres ou ao controle de conteúdo contratual, estando a questão da violação da boa-fé por exercício de um direito adstrita ao postulado da boa-fé objetiva.

A consequência primária do ato ilícito decorrente da violação do postulado da boa-fé objetiva atinge a *eficácia* do direito exercido, não implicando consequências em sua existência ou validade.

Desse modo, o postulado da boa-fé objetiva não atuaria no plano da existência, uma vez que o contrato deve necessariamente *ser* antes que qualquer direito contratual tenha a possibilidade de ser exercido. Ou seja, o exercício de um direito contratual pressupõe logicamente a sua existência.

Ainda, o postulado da boa-fé objetiva não se relaciona ao plano da validade, uma vez que o postulado da boa-fé objetiva não é requisito para quaisquer dos elementos de existência do negócio jurídico.

De forma similar ao indicado com relação ao plano da existência, o postulado da boa-fé objetiva relaciona-se ao exercício de um direito, e não ao próprio direito em si. Desse modo, *mesmo direitos existentes e válidos podem ser exercidos em violação ao postulado da boa-fé objetiva.*

Na definição de Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO indicada anteriormente, a produção de efeitos nos negócios depende muitas vezes dos *fatores de eficácia*, extrínsecas ao negócio (ou seja, que dele não participa, que não o integra). O postulado da boa-fé objetiva, entendida justamente como uma metanorma com diretrizes para o aplicador/intérprete, atua como esse fator extrínseco ao negócio, adequando-o à boa-fé objetiva.

Considerando a relação da atuação da boa-fé objetiva no plano da eficácia com a espécie normativa de postulado, conclui-se que as figuras parcelares da boa-fé objetiva atuarão no plano da eficácia contratual.

Dentre tais figuras parcelares da boa-fé objetiva, temos (i) o *venire contra factum proprium*, (ii) o *tu quoque*, (iii) a *exceptio doli*; (iv) a inalegabilidade das nulidades formais, (v) o desequilíbrio no exercício jurídico, (vi) a *suppressio* e (vii) a *surrectio*¹⁷³.

Por exemplo, o *venire contra factum proprium* se verifica nas situações em que uma pessoa, durante determinado período de tempo, comporta-se de certa maneira, gerando uma expectativa em outras pessoas que dependem deste seu comportamento de que ela prosseguirá comportando-se daquela maneira.

Ou seja, existe um comportamento inicial que vincula uma pessoa a atuar no mesmo sentido. Assim, existe um investimento (não necessariamente econômico), no sentido da continuidade do comportamento anterior, e que, após o decurso de um lapso

¹⁷³ CORDEIRO, Antonio Menezes. *A boa-fé no Direito Civil*, pp. 742-800.

temporal, é alterado por comportamento diverso¹⁷⁴.

No caso do *venire contra factum proprium*, o comportamento reiterado (fato), quando frustrado, é qualificado pelo postulado da boa-fé objetiva de modo a fazer com que os efeitos no plano da eficácia sejam os de postergar os efeitos do comportamento reiterado anterior.

Em outro exemplo, o *tu quoque*¹⁷⁵ é uma regra pela qual a pessoa que viola uma norma jurídica não pode exercer uma situação jurídica que essa mesma norma jurídica lhe tivesse atribuído (de onde derivam os brocardos *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*)¹⁷⁶.

Assim, o *tu quoque* é constatado nos casos em que há certo comportamento dentro do processo contratual que viola seu conteúdo, sendo que, apesar disto, tal conteúdo dá direito a que uma parte exija um comportamento conforme ao contrato em relação à outra parte.

Existe uma contradição em que um dos sujeitos na relação obrigacional exige um comportamento em circunstâncias tais que ele mesmo deixou de cumprir.

Nesse caso, o postulado da boa-fé objetiva requalifica a conduta da parte que exige um comportamento da outra sem que ela mesma tenha cumprido tal obrigação, interrompendo seus efeitos no plano da eficácia jurídica.

¹⁷⁴ Conforme escreve MENEZES CORDEIRO, a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. *Venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - o *factum proprium* - é, porém, contrariado pelo segundo. (MENEZES CORDEIRO, António. *A boa-fé no Direito Civil*, pp. 742-753). Conforme escreve Luciano de CAMNARGO PENTEADO, “há quatro pressupostos do *venire*: um comportamento, a geração de uma expectativa, o investimento na expectativa gerada ou causada e o comportamento contraditório ao inicial. Na vedação ao comportamento contraditório existem dois comportamentos lícitos, diferidos no tempo, os quais se contradizem de modo direto e não negocial, não podendo a situação, portanto, ser solucionada pelos remédios obrigacionais gerais. são exemplos de comportamento contraditório (i) a demanda por cumprimento de contrato nulo, quando a nulidade é de responsabilidade do demandante, e (ii) a arguição de competência de tribunal arbitral perante a justiça comum quando existe cláusula arbitral primitivamente questionada. (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*, p. 5).

¹⁷⁵ *Tu quoque* significa “e tu também”, em alusão à famosa frase dita por Júlio César a Brutus.

¹⁷⁶ *A boa-fé no Direito Civil*, p. 836.

Na figura parcelar do *tu quoque* tem-se como objetivo impedir a utilização de “dois pesos e duas medidas”, ou seja, da adoção de comportamentos contraditórios em relações obrigacionais referentes a determinado direito subjetivo contratualmente derivado.

Há uma diferença fundamental entre a figura parcelar do *tu quoque* e a figura parcelar do *venire contra factum proprium*: no *tu quoque* não se objetiva tutelar a expectativa de *continuidade* de determinado comportamento, mas apenas a sua *manutenção*, a fim de preservar o equilíbrio contratual.

De acordo com a lição de Luciano de Camargo PENTEADO, a figura que melhor representaria o *tu quoque* é a exceção do contrato não cumprido.

Ensina PENTEADO que, mediante o *tu quoque*, a pretensão ao cumprimento nos contratos bilaterais só é plenamente eficaz se lhe for subjacente o desempenho da prestação a ela causalmente vinculada.

Ainda segundo Luciano de Camargo PENTEADO, o significado intrínseco da figura parcelar do *tu quoque* é: você não pode me cobrar enquanto não pagar o que deve; se o fizer, surpreende-me sua conduta e o direito fornece um meio de tutela. Em outras palavras, a pessoa que viola uma regra jurídica não pode invocar a mesma regra a seu favor, sem violar a boa-fé objetiva¹⁷⁷.

A exceção do contrato não cumprido está prevista no art. 476 do Código Civil de 2002, o qual prevê que “*nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro*”. Neste caso específico, a exceção do contrato não cumprido teria o efeito de interromper a eficácia jurídica do direito subjetivo contratual da parte de exigir o cumprimento de determinada obrigação, mediante uma requalificação da conduta contratualmente respaldada feita pelo postulado da boa-fé objetiva.

¹⁷⁷ PENTEADO, Luciano Camargo. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*, p. 6. Escreve ainda sobre o *tu quoque* que “trata-se de uma concretização maior do princípio do sinalagma, a apontar, no campo obrigacional, as conexões existentes entre as prestações. A vedação ao *tu quoque* mostra a necessidade de que haja um equilíbrio no exercício de direitos resultantes da mesma fonte jurídica para ambas as partes de um contrato”.

Em um outro exemplo da atuação do postulado da boa-fé objetiva no plano da eficácia jurídica, a *exceptio doli*, figura parcelar que atua de modo a impedir o exercício de pretensões claramente dirigidas contra a parte contratante de modo doloso, trata-se do caso no qual uma pessoa vinculada a um dever poderá licitamente se negar a cumpri-lo. Isso se dá pelo fato de que o exercício da pretensão de uma parte de modo doloso requalifica o dever da outra parte no sentido de interromper sua eficácia no plano jurídico¹⁷⁸.

Segundo a lição de MENEZES CORDEIRO, a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente seria uma situação de exceção¹⁷⁹.

De acordo com Luciano de Camargo PENTEADO, na *exceptio doli* a razão dessa situação de exceção é precisamente o fato de a outra parte ter agido com dolo. Dessarte, como o exercício da posição jurídica é indevida, aquele contra quem se pretende exercê-la pode paralisá-la alegando a exceção de dolo¹⁸⁰.

A *exceptio doli* pode ser dividida em dois tipos, quais sejam, *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*. A *exceptio doli specialis* não seria nada mais do que um caso especial da *exceptio doli generalis*, referida a atos de natureza negocial e aos atos daí oriundos. Portanto, a diferença entre a *generalis* e a *specialis* encontra-se nas hipóteses na quais a fonte da qual emerge o potencial direito é um negócio jurídico.

Em um outro exemplo, a inalegabilidade das nulidades formais é uma figura parcelar da boa-fé objetiva verificada em hipóteses especiais que impedem a alegação da nulidade pela parte a quem esta aproveitaria, quer por esta parte ter dado causa a esta

¹⁷⁸ Segundo António MENEZES CORDEIRO, o Direito romano, na tradição do Direito comum, reconhecia um papel duplo na *exceptio doli*, base da sua repartição em duas espécies diferenciadas. Em alguns casos, o defendente alegava a prática, pelo autor, de dolo, no momento em que a situação jurídica levada a juízo, se formara: era a *exceptio doli praeteri* ou *specialis*. Noutros, o réu contrapunha, à ação o incurso do autor em dolo, no momento da discussão da causa: era a *exceptio doli praesentis* ou *generalis* (MENEZES CORDEIRO, António. *A boa-fé no Direito Civil*, pp. 721-722).

¹⁷⁹ *A boa-fé no Direito Civil*, pp. 719-720. Escreve ainda que “o mais característico na exceção é ela implicar não a impugnação da pretensão, mas a sua paralisação por factores de outra ordem. Assim encarado, o conceito de exceção é puramente formal. A exceção de dolo tem, no entanto, um certo conteúdo, dado pela ideia de dolo (...) é o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo”.

¹⁸⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*, pp. 6-7.

nulidade, quer por se tratar de nulidade de forma, não de conteúdo.

É possível compreender a inalegabilidade das nulidades formais como um caso de *venire contra factum proprium*, no qual o fato próprio é um ato nulo, sendo tal nulidade de caráter meramente formal¹⁸¹.

Essa figura tem como característica principal não admitir que as partes aleguem a nulidade em detrimento da expectativa da outra parte, tendo em vista que os negócios nulos por defeito formal poderão ser convertidos¹⁸². Contudo, nem sempre os contratos nulos por defeito de forma poderão ser conservados por conversão, conforme previsto no artigo 170 do Código Civil^{183 184}.

Já a quinta das figuras parcelares, qual seja, o *desequilíbrio no exercício jurídico*, é configurada nas hipóteses nas quais há um marcado despropósito entre o exercício de um direito e o direito que legitima esse exercício.

Escreve MENEZES CORDEIRO que a noção de desequilíbrio no exercício traduz um tipo extenso de atuações inadmissíveis de direitos. Subsumem-se nela subtipos variados de conjunturas abusivas, todas aproximadas por haver desproporção entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados.¹⁸⁵

¹⁸¹ Sobre essa figura, escreve Luciano de Camargo PENTEADO: “É uma das reduções teleológicas a que se deve necessariamente chegar para se ter uma compreensão adequada do que seja a sua relação com a boa-fé objetiva. Trata-se de um imperativo de justiça material, que leva ao cumprimento dos contratos, ainda que nulos, entre as partes, quando isto for possível (*Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*, p. 7).

¹⁸² Neste sentido, escreve António MENEZES CORDEIRO: “As ordens jurídicas da actualidade vivem, em teoria, dominadas pelo princípio da consensualidade na formação dos actos jurídicos: a simples exteriorização da vontade das pessoas, efectuada por qualquer meio idóneo, é suficiente para integrar as previsões normativas relacionadas com a autonomia privada. O Direito requer, contudo, em setores delimitados, formas específicas, normalmente solenes, para a dimanação de declarações negociais. Quando a forma prescrita não seja assumida nas declarações das partes, o Direito nega-lhe, salvas exceções, o reconhecimento jurídico, cominando a nulidade.” (MENEZES CORDEIRO, António de. *A boa-fé no Direito Civil*, p. 771).

¹⁸³ Escreve Cristiano de Sousa ZANETTI: Como visto, os pressupostos para a conversão tendem sempre a estar presentes quanto se tem diante dos olhos um contrato definitivo nulo por vício de forma. Não segue daí, todavia, que a conversão seja sempre possível, pois a existência de negócio substituto está condicionada à sua compatibilidade com o programa contratual originalmente projetado. (*A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*, p. 242).

¹⁸⁴ Art. 170. *Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.*

¹⁸⁵ *A boa-fé no Direito Civil*, p. 853.

Haveria assim, em certas hipóteses, uma grande discrepância entre o conteúdo do direito do titular e o modo de exercício desse direito por esse titular.

Assim, tal exercício poderia ser controlado pelo intérprete/aplicador com base nas diretrizes do postulado negocial da boa-fé objetiva, com base na tutela da confiança entre as partes¹⁸⁶.

A penúltima figura parcelar apontada por MENEZES CORDEIRO é a *suppressio*, que se configura de modo a que o tempo acarreta a perda de um direito subjetivo em casos que não se configurariam nem como prescrição, nem como decadência.

Desse modo, a *suppressio* é uma espécie de caducidade que tem por base a inércia ou inação prolongada dentro de um lapso temporal relevante.

Em outras palavras, a *suppressio* é configurada na situação em que um direito, não tendo sido exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, considerando que tal exercício contrariaria a expectativa das partes¹⁸⁷.

Segundo esclarecimento de Luciano de Camargo PENTEADO, a razão da supressão da pretensão seria a de que o comportamento da parte teria gerado na outra a representação de que o direito não seria mais exercido.

Inferre-se, portanto, que a tutela da confiança entre as partes imporia a necessidade de vedação ao comportamento contraditório. Nota-se aqui uma aproximação entre a *suppressio* e o *venire contra factum proprium*, sendo que o fato próprio, no caso da *suppressio*, é a inércia, ou seja, o comportamento omissivo, que acarreta a caducidade do direito ao exercício da pretensão¹⁸⁸.

Por fim, há a figura parcelar da *surrectio*, que se verifica nas hipóteses em que o decurso do tempo permite deduzir o surgimento de uma posição jurídica, pelo postulado da

¹⁸⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*, p. 7.

¹⁸⁷ *A boa-fé no Direito Civil*, p. 797.

¹⁸⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*, pp. 7-8.

boa-fé objetiva.

Ressalte-se que a *surrectio* é uma figura parcelar comumente relacionada à figura da *suppressio*: ao passo que na *suppressio* haveria a supressão do exercício de um direito, na *surrectio* haveria a emergência de uma posição jurídica. Portanto, a *surrectio* consistiria na emergência de uma pretensão em virtude de um comportamento, sem qualquer direito correlato.

Por exemplo, se há uma distribuição de lucros em uma empresa de forma diversa da prevista em seus documentos societários durante um longo decurso de tempo, tal forma de distribuição deverá prevalecer por força da tutela da confiança e das expectativas das partes.

Nesse caso, trata-se da emergência do direito de distribuição dos lucros por conta de sua existência fática durante um decurso de tempo suficiente para estabelecer novas expectativas entre os interessados¹⁸⁹.

4.4. Abuso de direito e boa-fé objetiva

O abuso de direito diz respeito ao exercício jurídico, configurando um exercício desmedido, disfuncional, desviado dos fins a que foi cometida a permissão configurada num direito subjetivo¹⁹⁰.

Giovanni Ettore NANNI escreve que, apesar de o abuso de direito estar ligado à boa-fé, ambos os institutos não se confundem.

Contudo, se de um lado não é apenas a violação da boa-fé – mas também de outros valores – que gera o abuso de direito, de outro a boa-fé possui funções mais amplas do que uma espécie de ato ilícito¹⁹¹.

¹⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, António *A Boa-Fé no Direito Civil*, p. 800.

¹⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 581.

¹⁹¹ NANNI, Giovanni Ettore. Abuso de Direito. In.: *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 755.

Conforme define Judith MARTINS-COSTA, o exercício de um direito corresponde, em sentido amplo, a uma atuação humana relevante para o Direito, abrangendo atos jurídicos *lícitos* e *ilícitos*, ou seja, uma *atuação prática* do conteúdo previsto abstratamente nas normas jurídicas.¹⁹²

A configuração de um ato ilícito pelo exercício de um direito configura-se como uma exceção, a ser verificada com base nos critérios estabelecidos no artigo 187 do Código Civil.

Com relação à boa-fé objetiva, a configuração de um ato ilícito dar-se-ia por exercício de direito que *excede os limites impostos pela boa-fé*.

Entretanto, com relação especificamente à boa-fé objetiva, a delimitação do que seria um exercício que “excede os limites impostos pela boa-fé” apresenta dificuldades para sua determinação.

A primeira dificuldade é a delimitação do próprio conteúdo da boa-fé objetiva (ou seja, quais seriam os seus limites internos).

A segunda dificuldade seria delimitar o que é um exercício de direito que excede os limites impostos pela boa-fé (dificuldade essa que, a rigor, depende da superação da primeira dificuldade indicada acima).

Referindo-se à dificuldade de delimitação precisa do campo normativo referido por expressões como a indicada acima do artigo 187 do Código Civil, ensina Judith MARTINS-COSTA que, sendo possível apreender, na fixidez das regras legisladas, todas as possibilidades de *atuação concreta* do conteúdo das normas, as leis, modo geral, adotam um modelo misto: para alguns dos institutos típicos do exercício, adota-se um regramento detalhado; para outros, é traçada uma moldura a ser jurisprudencialmente desenvolvida de acordo com determinados *standards* comportamentais.

¹⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 609.

Ao mesmo tempo, as legislações ora arrumam, sob um mesmo setor, as principais balizas do exercício jurídico em *standards* ou “noções-quadro” (auxiliando, pela reunião sequencial, a sistematização das hipóteses), ora dispersam as normas regulamentadoras do exercício entre a responsabilidade civil, os direitos reais e os contratos, por exemplo, neste caso apontando a uma regulação mais fortemente marcada pela casuística.¹⁹³

Diferentemente da regra prevista no artigo 186, a configuração do ato ilícito pelos casos abrangidos pelo artigo 187 do Código Civil não exige que haja uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência do agente.

Nesse sentido, escreve Judith MARTINS-COSTA:

Com efeito, no vigente artigo 187 é qualificado como ilícito também o ato cometido pelo 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’. A noção legalmente estabelecida de ilicitude civil recobre, portanto, não apenas a ilicitude subjetiva, isto é, o ato (doloso ou culposo, voluntário, negligente ou imprudente; comissivo ou omissivo) que viola direito e causa dano a outrem (art. 186), **mas igualmente a chamada ‘ilicitude objetiva’ – porque independente de intenção emulativa -, e configurada no momento do exercício de posições**

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 609. Nesse sentido, escreve Judith MARTINS-COSTA que “o art. 187 prevê, portanto, uma ilicitude no modo de exercício de posições jurídico-subjetivas – não apenas direitos subjetivos, em sentido técnico, porém, por extensão, também poderes, liberdades, pretensões e faculdades. Por esta razão, delinea uma ilicitude que só se pode apreender em concreto, isto é, como resultado de uma ponderação entre os elementos circunstanciais fáticos e normativos envolventes, precisamente, deste *modo de exercício*. Sendo o direito subjetivo substancialmente funcional, os poderes que carrega são instrumentais. São os elementos fático-contextuais que permitem descobrir, por detrás de uma atuação *formalmente* adequada, a ilicitude, no exercício, vale dizer: um modo de se exercerem direitos, poderes ou faculdades contrárias aos vetores axiológicos fundamentais do sistema jurídico”. Ainda segundo a jurista, é justamente por conta dessas características que a ilicitude no modo de exercício não é detectável *a priori*, inexistindo um conteúdo pré-definido pelo legislador do que seja o exercício *regular e funcionalmente adequado*. São as circunstâncias presentes no momento do exercício do direito, liberdade, poder ou faculdade que vão configurar, ou não, a sua admissibilidade, isto é, a sua conformidade com o respectivo fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes. Desse modo, ensina a jurista que, para pautar o exercício jurídico, paralelamente às hipóteses previstas pontualmente nas leis, doutrina e jurisprudência vêm construindo ao longo do tempo numerosas figuras, resultantes da conjugação entre uma conduta segundo a boa-fé (como norma de correção e de consideração aos legítimos interesses do *alter*) e outros princípios, vetores e características das variadas relações contratuais. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 612-613).

jurídico-subjetivas, quando tido, este, como inadmissível ou disfuncional, segundo certas balizas que o enunciado legal pontua (ênfase nossa).¹⁹⁴

Um outro aspecto a ser ressaltado com relação ao artigo 187 do Código Civil é que é possível a configuração de um *ato ilícito sem dano*, diferentemente do quanto previsto no artigo 186.

Vejamos: conforme prevê o artigo 186 do Código Civil, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito *e causar dano a outrem*, ainda que exclusivamente moral, *comete ato ilícito*”.

Ou seja, conforme prevê tal regra, a configuração do ato ilícito é condicionada à ocorrência de um dano, o que fica claro na sentença aditiva que vincula a violação do direito à causação de um dano para a configuração do ato ilícito.

Por outro lado, a configuração de um ato ilícito pelo artigo 187 não prevê que haja a causação de um dano (“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 outras palavras, poderá haver um ato ilícito configurado conforme os termos do artigo 187 *sem a causação de um dano a outrem*.

Conforme ensina Judith MARTINS-COSTA, as figuras parcelares do exercício jurídico ilícito podem gerar eficácias indenizatórias, caso haja danos e os demais pressupostos do dever de indenizar. Caso contrário, *a eficácia será a de paralisar o exercício jurídico ou permitir o exercício de tutelas de remoção do ilícito*.¹⁹⁵

Escreve Judith MARTINS-COSTA acerca das consequências da violação da boa-fé prevista no artigo 187:

¹⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 610.

¹⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 613.

Situado no art. 187 como uma das balizas ao exercício jurídico lícito, **o princípio da boa-fé acaba por atuar como fator de conformação ao exercício de direitos subjetivos ou de direitos formativos ora determinando a ineficácia, ora a eficácia apenas parcial, ora a eficácia indenizatória, ora apanhando, inclusive, hipótese de perda ou de “paralisação” do direito subjetivo para além dos casos de prescrição e decadência**, nos casos de *suppressio* e *surrectio* (ênfase nossa).¹⁹⁶

Enfatizamos que não se limitam aqui as hipóteses do artigo 187 no que diz respeito à violação à boa-fé objetiva ao chamado “abuso de direito”.

Além de entendermos que a figura do abuso não é suficiente para abarcar as hipóteses abrangidas pelo artigo 187, tal figura historicamente conota um ato emulativo (como ainda disposto no artigo 1228, §2º, do Código Civil¹⁹⁷), o que não condiz com o caráter de ilicitude objetiva do artigo 187.

Conforme escreve Marcos TAKAOKA, não restam dúvidas de que a teoria do ato emulativo precede a do abuso de direito.

A teoria do ato emulativo remonta às fontes romanas, desenvolvendo-se continuamente desde o direito comum.

Já a teoria do abuso de direito é mais recente, fruto da jurisprudência francesa dos séculos XIX e XX.¹⁹⁸

Segundo TAKAOKA, o que distingue a espécie (ato emulativo) do gênero (abuso de direito) encontra-se basicamente no *animus nocendi*. Assim, é possível concluir que o

¹⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 610.

¹⁹⁷ Art. 1228 do Código Civil. *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (...) §2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.*

¹⁹⁸ TAKAOKA, Marcos. *Do ato emulativo ao abuso de direito*, p. 87.

ato emulativo consiste no abuso de direito, caracterizado por um elemento subjetivo e outro objetivo.

Por suas características, o ato *ad aemulationem* foi a primeira espécie de abuso do direito a receber tratamento sistemático. Por evidente, o seu caráter de imoralidade, ou ainda a perversidade anímica, chamou a si a reprovação social (e desse modo a jurídica). Trata-se de hipótese explícita de ato imoderado, marcado por egoísmo extremo e inaceitável.¹⁹⁹

Embasando tal entendimento, segundo Judith MARTINS-COSTA:

(...) a ilicitude do artigo 187 não está limitada ao abuso e tampouco reduzida ao exercício de um direito subjetivo em sentido estrito, atingindo na verdade vetores fundamentais à ordem jurídica nas relações obrigacionais, como a lealdade, a confiança, a finalidade e a utilidade.²⁰⁰

O artigo 187, ainda segundo MARTINS-COSTA, não se limita à figura do abuso e não requer a intenção emulativa, abarcando três formas de exercício:

- (i) o exercício *contraditório*, quando desleal;
- (ii) o exercício *disfuncional* (pois divorciado da função atribuída ao direito subjetivo, potestativo ou faculdade); e
- (iii) o exercício *desmesurado* ou desmedido de direito subjetivo, potestativo ou faculdade, sendo que apenas nesse último sentido a fórmula “abuso de direito” pode ser tecnicamente empregada, desde que desvinculada da intenção emulativa para a sua caracterização.²⁰¹

¹⁹⁹ TAKAOKA, Marcos. *Do ato emulativo ao abuso de direito*, p. 89.

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 610-612.

²⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 612.

4.5. Plano da eficácia e boa-fé objetiva

Com relação à atuação da boa-fé objetiva no plano da eficácia contratual, para além da atuação de paralisação do exercício do direito exercido mencionado acima, entendemos que poderia ser dividida em:

- (i) fator de ineficácia interruptivo;
- (ii) fator de ineficácia postergatório; e
- (iii) fator de eficácia antecipatório.

Haverá um *fator de ineficácia* quando um negócio existente, válido e produzindo efeitos venha, por causa superveniente, a se tornar ineficaz.

Por outro lado, haverá um *fator de eficácia* quando um negócio existente e válido, mas que não esteja produzindo efeitos, passe a produzi-los.

Passaremos a seguir a analisar essas três formas de atuação da boa-fé objetiva no plano da eficácia nos contratos.

4.6. Boa-fé objetiva como fator de ineficácia interruptivo

A boa-fé objetiva atuará como um fator de ineficácia interruptivo quando a sua incidência implicar uma interrupção dos efeitos de determinado direito no plano da eficácia jurídica (o que, conforme indicamos acima, não se confunde com o plano de eficácia real).

Para exemplificar e analisar a atuação da boa-fé objetiva como fator de ineficácia interruptiva, analisaremos o Recurso Especial nº 1.338.432, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 24 de outubro de 2017.²⁰²

²⁰² RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE COMBUSTÍVEIS. OBRIGAÇÃO DO POSTO DE GASOLINA DE ADQUIRIR QUANTIDADES MÍNIMAS MENSAS DOS PRODUTOS. REITERADO DESCUMPRIMENTO TOLERADO PELA PROMITENTE VENDEDORA. CLÁUSULA PENAL DESCABIDA.

Trata-se de ação proposta pela Petrobrás Distribuidora S.A. em face de Tupiniquim Auto Posto Ltda., pela qual a autora postulou multa contratual compensatória no valor de R\$802.502,92.

Na inicial, a autora relatou que celebrara, em 14 de dezembro de 1989, um contrato de promessa de compra e venda com a ré, pelo prazo de vigência de 76 meses.

Nos termos de tal contrato, a ré se obrigou a adquirir, com exclusividade, quantidades mínimas mensais de produtos derivados de petróleo e álcool hidratado da autora.

Ocorre que, em 10 de abril de 1995, a ré notificou a autora denunciando o contrato. Embora tal denúncia tenha sido exercitada dentro do prazo estipulado contratualmente, a ré, durante o prazo em que o contrato vigeu, não cumpriu a sua obrigação de aquisição das quantidades mínimas mensais de combustível.

Tendo em vista esse descumprimento, a autora postulou o pagamento de multa compensatória prevista no contrato em virtude da não aquisição dos produtos pela ré.

No julgado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a inércia da autora em exigir o adimplemento da obrigação pactuada (aquisição das quantidades mínimas mensais de combustível), somada ao longo decurso do tempo (quase seis anos), configuraria a figura da *suppressio*.

1. Como de sabença, a *suppressio* inibe o exercício de um direito, até então reconhecido, pelo seu não exercício. Por outro lado, e em direção oposta à *suppressio*, mas com ela intimamente ligada, tem-se a teoria da *surrectio*, cujo desdobramento é a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente despertada por ação ou comportamento.

2. Sob essa ótica, o longo transcurso de tempo (quase seis anos), sem a cobrança da obrigação de compra de quantidades mínimas mensais de combustível, suprimiu, de um lado, a faculdade jurídica da distribuidora (promitente vendedora) de exigir a prestação e, de outro, criou uma situação de vantagem para o posto varejista (promissário comprador), cujo inadimplemento não poderá implicar a incidência da cláusula penal compensatória contratada.

3. Recurso especial não provido.

O longo decurso do tempo sem a cobrança da obrigação de compra de quantidades mínimas mensais de combustível suprimira a faculdade jurídica da autora de exigir a prestação.²⁰³

No caso analisado acima, a boa-fé objetiva atuou como um *fator de ineficácia interruptivo* do direito à multa contratual, configurado pela inércia na exigência do adimplemento contratual somado ao longo decurso do tempo, fazendo com que o direito de exigir a multa, apesar de existente e válido, se tornasse ineficaz, por exercício em violação à boa-fé objetiva.

Trata-se, pois, de uma relação que pode ser estabelecida entre a figura parcelar da *suppressio* e sua atuação no plano da eficácia contratual, como fator de ineficácia interruptivo.

Dessa forma, com base na interpretação da disposição contratual, levando-se em conta aspectos de racionalidade econômica e comportamento das partes após a conclusão do negócio, concluiu-se que houve a supressão de um direito subjetivo.

Nesse sentido, é possível relacionar o postulado da boa-fé objetiva com sua atuação no plano da eficácia, conforme detalharemos mais adiante.

4.7. Boa-fé objetiva como fator de ineficácia postergatório

A boa-fé objetiva poderá atuar também postergando o início da eficácia de determinado direito estabelecido contratualmente, nesse caso atuando como um fator de ineficácia postergatório.

Para análise da atuação da boa-fé objetiva como *fator de ineficácia postergatório*, analisaremos o Recurso Especial nº 1.555.202, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 13 de dezembro de 2016.²⁰⁴

²⁰³ STJ. REsp 1.338.432/SP. Quarta Turma. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento em 24/10/2017. DJe de 29/11/2017.

²⁰⁴ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CLÁUSULA CONTRATUAL. RESILIÇÃO UNILATERAL. DENÚNCIA IMOTIVADA. VULTOSOS INVESTIMENTOS PARA REALIZAÇÃO DA ATIVIDADE. DANO INJUSTO. BOA-FÉ OBJETIVA. FINS SOCIAL E ECONÔMICO. OFENSA

A Marçal & Fonseca, Assessoria em Cobranças Ltda – ME e Salvio Fonseca ajuizaram uma ação de indenização por danos morais e materiais em face do Banco Santander Brasil S.A., do Santander Leasing S/A Arrendamento Mercantil, da Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A, da Companhia de Arrendamento Mercantil Renault do Brasil e da Companhia de Crédito Financiamento e Investimento Renault do Brasil, sob a alegação de que as rés teriam encerrado o contrato firmado com os autores de forma unilateral e abusiva, causando-lhe prejuízos.

AOS BONS COSTUMES. ART. 473, PARÁGRAFO ÚNICO DO CC/2002. PERDAS E DANOS DEVIDOS. LUCROS CESSANTES AFASTADOS.

1. É das mais importantes tendências da responsabilidade civil o deslocamento do fato ilícito, como ponto central, para cada vez mais se aproximar da reparação do dano injusto. Ainda que determinado ato tenha sido praticado no exercício de um direito reconhecido, haverá ilicitude se o fora em manifesto abuso, contrário à boa-fé, à finalidade social ou econômica do direito, ou, ainda, se praticado com ofensa aos bons costumes.

2. Tendo uma das partes agido em flagrante comportamento contraditório, ao exigir, por um lado, investimentos necessários à prestação dos serviços, condizentes com a envergadura da empresa que a outra parte representaria, e, por outro, após apenas 11 (onze) meses, sem qualquer justificativa juridicamente relevante, a rescisão unilateral do contrato configura-se abalada a boa-fé objetiva, a reclamar a proteção do dano causado injustamente.

3. Se, na análise do caso concreto, percebe-se a inexistência de qualquer conduta desabonadora de uma das partes, seja na conclusão ou na execução do contrato, somada à legítima impressão de que a avença perduraria por tempo razoável, a rescisão unilateral imotivada deve ser considerada comportamento

contraditório e antijurídico, que se agrava pela recusa na concessão de prazo razoável para a reestruturação econômica da contratada.

4. A existência de cláusula contratual que prevê a possibilidade de rescisão desmotivada por qualquer dos contratantes não é capaz, por si só, de afastar e justificar o ilícito de se rescindir unilateralmente e imotivadamente um contrato que esteja sendo cumprido a contento, com resultados acima dos esperados, alcançados pela contratada, principalmente quando a parte que não deseja a rescisão realizou consideráveis investimentos para executar suas obrigações contratuais.

5. Efetivamente, a possibilidade de denúncia "por qualquer das partes" gera uma falsa simetria entre os contratantes, um sinalagma cuja distribuição obrigacional é apenas aparente. Para se verificar a equidade derivada da cláusula, na verdade, devem ser investigadas as consequências da rescisão desmotivada do contrato, e, assim, descortina-se a falácia de se afirmar que a rescisão unilateral era garantia recíproca na avença.

6. O mandamento constante no parágrafo único do art. 473 do diploma material civil brasileiro se legitima e se justifica no princípio do equilíbrio econômico. Com efeito, deve-se considerar que, muito embora a celebração de um contrato seja, em regra, livre, o distrato é um ônus, que pode, por vezes, configurar abuso de direito.

7. Estando claro, nos autos, que o comportamento das recorridas, consistente na exigência de investimentos certos e determinados como condição para a realização da avença, somado ao excelente desempenho das obrigações pelas recorrentes, gerou legítima expectativa de que a cláusula contratual que permitia a qualquer dos contratantes a rescisão imotivada do contrato, mediante denúncia, não seria acionada naquele momento, configurado está o abuso do direito e a necessidade de recomposição de perdas e danos, calculadas por perito habilitado para tanto. Lucros cessantes não devidos.

8. Recurso especial parcialmente provido.

Afirmaram os autores que, em 18 de maio de 2009, celebraram com as rés um "Contrato de Prestação de Serviços de Cobrança Amigável e Extrajudicial". Esclareceram também que os serviços foram prestados de forma exemplar e que os resultados alcançados na realização dos serviços de cobrança foram acima do esperado (ou seja, não houve qualquer frustração às expectativas quanto ao desempenho na prestação das obrigações contratuais).

Não obstante, em 14 de abril de 2010 (ou seja, aproximadamente 11 meses após a assinatura do contrato), os autores da ação foram convocados para uma reunião, ocasião em que receberam a comunicação informal de que as rés resiliariam unilateralmente o contrato (o qual fora firmado por prazo indeterminado).

Diante de tal manifestação informal das rés, e antes da formalização da rescisão, os autores tentaram dissuadi-las, argumentando acerca dos vultosos investimentos feitos para a execução de tal contrato (tais como, por exemplo, os investidos na compra de *softwares* e na mudança da sede social).

Não obstante, em 27 de maio de 2010, as rés formalizaram a rescisão contratual, sob o argumento de que a continuidade da relação contratual não atendia mais aos seus interesses.

Antes de analisarmos especificamente o julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca da disputa, cabe ressaltar que, em sede de recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso das rés para declarar *improcedente* o pedido indenizatório pleiteado pelos autores, sob o fundamento de que, se o contrato fora firmado livremente entre as partes, deveria prevalecer a regra do *pacta sunt servanda*, pois cada um dos contratantes deve arcar com a responsabilidade assumida contratualmente.²⁰⁵

²⁰⁵ Conforme previsto no Contrato de Prestação de Serviços de Cobrança Amigável e Extrajudicial: "Cláusula Décima Terceira: O presente contrato é firmado por tempo indeterminado e poderá ser rescindido a qualquer tempo, por qualquer das partes, mediante comunicação formal à outra, com antecedência mínima de 05 (cinco) dias úteis. Parágrafo primeiro: Rescindido o contrato, o CONTRATADO continuará obrigado a prestação de serviços aqui estabelecida, pelos 10 (dez) dias seguintes à assinatura do Instrumento de Rescisão Contratual, devendo, ainda, entregar ao CONTRATANTE os documentos relativos aos seus créditos que porventura detenha."

Entretanto, na reapreciação do caso pelo Superior Tribunal de Justiça, foi decidido que as rés agiram em flagrante comportamento contraditório ao exigirem, por um lado, investimentos necessários à prestação dos serviços, condizentes com a envergadura das empresas que as recorrentes representariam, e por outro, após 11 meses, sem qualquer justificativa juridicamente relevante, resilirem unilateralmente o contrato.

O STJ rechaçou o entendimento estabelecido no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendendo que a mera existência de cláusula contratual permissiva da rescisão unilateral a qualquer tempo, sob condição exclusiva de aviso prévio datado de 5 dias úteis do encerramento do pacto e de prestação de serviços pelos 10 dias seguintes à assinatura do instrumento de rescisão contratual, não elidiria a responsabilidade pela rescisão nas condições em que tal direito fora exercido.

Em outras palavras, apesar da previsão contratual quanto à possibilidade de rescisão contratual por uma das partes, entendeu-se ter havido uma violação da boa-fé objetiva.

Adicionalmente, o STJ indicou como fundamento para tal entendimento a previsão do artigo 473 do Código Civil.

Conforme prevê tal artigo, “*a rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte*”, ressaltando em seu parágrafo único que “*se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos*”.

Desse modo, a geração de uma expectativa legítima em uma das partes contratantes é protegida por um efeito na eficácia do exercício do direito de rescisão unilateral, o qual terá seus efeitos suspensos e postergados para o fim do prazo considerado como compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Além disso, são estabelecidos alguns critérios para determinar tal prazo (*natureza e vulto dos investimentos*).

Há dificuldades em se definir qual seria exatamente tal “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

Certo é que a lei não visou a impedir a possibilidade de rescisão de tal contrato (ou seja, o artigo não tem como objetivo impossibilitar a rescisão unilateral, obrigando assim que o contrato seja cumprido até o término de sua vigência – ou, no caso de um contrato por prazo indeterminado, que seja mantido indefinidamente).

No caso, a finalidade da regra é apenas que haja uma postergação dos efeitos da rescisão unilateral, de modo a compatibilizar o exercício do direito de rescisão com a expectativa da outra parte refletida nos investimentos realizados para a execução do contrato.

Adicionalmente, ressalte-se que a regra prevista no artigo 473 em si não leva em consideração se o contrato está sendo cumprido de forma satisfatória ou não pela outra parte, uma vez que outros dispositivos legais e contratuais deverão ser considerados para os casos de rescisão contratual motivada.

Considerando o exposto acima, a decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.555.202 merece algumas observações críticas.

A primeira crítica a ser feita é a de que a rescisão unilateral prevista no artigo 473 do Código Civil não considera a motivação para o seu exercício.

Nesse sentido, a decisão coloca que:

(...) a existência de cláusula contratual que prevê a possibilidade de rescisão desmotivada por qualquer dos contratantes não é capaz, por si só, de afastar e justificar o ilícito de se rescindir unilateralmente e imotivadamente ***um contrato que esteja sendo cumprido a contento, com resultados acima dos esperados, alcançados pela contratada***, principalmente quando a parte que não deseja a rescisão realizou consideráveis investimentos para executar suas obrigações contratuais. (ênfase nossa)

(...)

Efetivamente, a possibilidade de denúncia ‘por qualquer das partes’ gera uma falsa simetria entre os contratantes, um sinalagma cuja distribuição obrigacional é apenas aparente. Para se verificar a equidade derivada da cláusula, na verdade, devem ser investigadas as consequências da rescisão desmotivada do contrato, e, assim, descortina-se a falácia de se afirmar que a rescisão unilateral era garantia recíproca na avença. Estando claro, nos autos, que o comportamento das recorridas, consistente na exigência de investimentos certos e determinados como condição para a realização da avença, **somado ao excelente desempenho das obrigações pelas recorrentes**, gerou legítima expectativa de que a cláusula contratual que permitia a qualquer dos contratantes a rescisão imotivada do contrato, mediante denúncia, não seria acionada naquele momento, configurado está o abuso do direito e a necessidade de recomposição de perdas e danos, calculadas por perito habilitado para tanto. Lucros cessantes não devidos. (ênfase nossa)

O ato ilícito das empresas que resiliaram o contrato não está relacionado ao fato de terem exercido tal rescisão imotivadamente (ou seja, não considerando os resultados alcançados pelos contratados), uma vez que, além da permissão prevista no artigo 473, havia cláusula contratual específica prevendo tal possibilidade, mas sim ao prazo com que tal rescisão foi feita.

Ou seja, não haveria qualquer violação à boa-fé objetiva caso houvesse a rescisão unilateral e desmotivada, desde que fosse mantida a vigência do contrato por um prazo compatível com os investimentos feitos pela outra parte, ainda que os resultados alcançados pelas contratadas fossem acima do esperado.

Entender de outra forma seria considerar que a cláusula contratual prevendo a rescisão unilateral não poderia ser exercida em qualquer hipótese que não a de

desempenho abaixo do esperado, inclusive pois, em um contrato com performance acima do esperado, é previsível que haja um relativo prejuízo à contratada.

Em linha com tal entendimento, escreve Judith MARTINS-COSTA

(...) o parágrafo único do artigo 473 *não obriga a manter a relação jurídica obrigacional*. O que ocorre é a *postergação da eficácia* da denúncia para data que viabilize o transcurso de ‘prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos’ feitos em razão de contrato com indeterminação de termo final.

Se não obedecida a regra, e denunciado o contrato antes da fluência do ‘prazo razoável’ ali referido, o caso há de se resolver em perdas e danos em razão da violação da regra legal, cabendo concretizar, em vista do *id quod plerumque accidit*, dos lucros até então advindos, da natureza dos negócios e das demais circunstâncias do caso, qual seria o ‘prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos’, para, assim, quantificar os prejuízos.²⁰⁶

Ainda segundo MARTINS-COSTA, é preciso, pois, distinguir se não é garantido o “prazo razoável” à parte que fez investimentos consideráveis, caso em que caberá ao contratante que exercitou o direito formativo de denúncia, em desrespeito à regra do parágrafo único, indenizar a outra parte pelos prejuízos daí resultantes.

No caso de exercício imoderado (“abusivo”) do direito formativo extintivo da denúncia, haverá violação à boa-fé e, portanto, ilicitude, na forma do artigo 187 do Código Civil, de modo que, havendo dano causalmente ligado ao ato ilícito, surgirá o dever de indenizar.

A indenização em perdas e danos será decorrência, portanto, do dano e do nexo causal entre esse e o ato ilícito (não concessão de aviso prévio), caracterizado justamente

²⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, p. 666-667.

pela violação à boa-fé (ilicitude no modo do exercício jurídico, Código Civil, art. 187), e a concreção da hipótese do parágrafo único do artigo 473²⁰⁷.

Portanto, a descontinuidade do contrato por resilição unilateral nos termos do artigo 473 do Código Civil não é condicionada à investigação de qualquer motivação pela parte que exerce tal direito, e a violação ao postulado da boa-fé objetiva neste caso dá-se somente pelo prazo no qual foi feita tal resilição em face da legítima expectativa da outra parte com relação à execução do contrato, tendo em vista os investimentos realizados para tanto.

A segunda crítica a ser feita ao julgado é relativa aos parâmetros para o cálculo da indenização concedida às autoras, uma vez que o correto aqui seria justamente a determinação do cabimento de lucros cessantes.

Com base no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil (“*dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos*”), nota-se que a resilição unilateral em violação à boa-fé objetiva pela incidência do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil não se trata de recompor danos materiais de modo a ressarcir os investimentos feitos pela outra parte, mas sim o de *indenizar os lucros cessantes contados da data da resilição até o final do “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”* para vigência contratual, uma vez que há uma eficácia jurídica prevista sem uma correspondente eficácia fática.

Conforme já indicado anteriormente, há aqui uma dificuldade para a determinação de qual seria o prazo razoável compatível com a natureza e o montante dos investimentos da outra parte.

Caberia à doutrina e à jurisprudência estabelecer os critérios para determinação de tal prazo razoável para fins de cálculo da indenização devida, sem prejuízo da análise de cada caso concreto.

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, p. 666-667.

Portanto, nos casos em que há a atuação da boa-fé objetiva como *fator de ineficácia postergatório*, haverá uma postergação dos efeitos de um determinado direito quando houver um exercício em violação à boa-fé objetiva, tomando em consideração um critério de investimentos das partes realizados com base na confiança estabelecida (ou esperada) entre elas.

4.8. Boa-fé objetiva como fator de eficácia antecipatório

Por fim, a boa-fé objetiva poderá atuar no plano da eficácia antecipando a eficácia de determinado direito estabelecido contratualmente, de modo a que esse direito passe a surtir efeitos *antes* do contratualmente previsto.

Para análise da atuação da boa-fé objetiva como *fator de eficácia antecipatório*, analisaremos a Apelação Cível nº 582000378, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 8 de fevereiro de 1983.

No Direito brasileiro, conforme escreve Judith MARTINS-COSTA, a doutrina do inadimplemento antecipado se apresentou primeiramente na doutrina, tendo um caso pioneiro julgado em 1983 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela lavra do então desembargador Athos Gusmão Carneiro. (TJRS. Ap. Cív. 582000378. Primeira Câmara Cível Relator Des. Athos Gusmão Carneiro. Julgamento em 08.02.1983).²⁰⁸

O inadimplemento antecipado é proveniente do *common law*, da jurisprudência inglesa de 1853.

Conforme escreve Arthur CORBIN, o *leading case* de uma série de casos que estabeleceram a doutrina de que uma ação de indenização poderia ser mantida no caso de um inadimplemento antecipado é o caso *Hochster v. De la Tour*.

Escreve CORBIN:

The leading case in the long line of cases that have established the

²⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 686.

doctrine that an action for damages can at once be maintained for an anticipatory breach is *Hochster v. De la Tour*. The facts and the reasoning of this case deserve some special consideration here.

In April, 1852, the parties had made a bilateral contract for the employment of the plaintiff by the defendant in the capacity of a courier, service to begin on the following June 1 and to continue for a period of three months, at a specified salary.

On May 11 the defendant sent a communication to the plaintiff totally repudiating the contract. The plaintiff asserted that this repudiation was a breach of contract by the defendant and on May 22 brought his action for damages, this action being ten days before actual performance under the contract was to begin. The defendant objected to the action, on the ground that it was premature, and that there could be no breach of contract before June 1. (CORBIN, Arthur L. *Corbin on Contracts*, p. 942).

It was argued for the defendant “that an announcement of an intention to break the contract when the time comes is no more than an offer to rescind. It is evidence till retracted of a dispensation with the necessity of readiness and willingness on the other side; and, if not retracted, it is, when the time for performance comes, evidence of a continued refusal; but till then it may be retracted”.

Thereupon, Compton, J. asked: “May not the plaintiff, on notice that the defendant will not employ him, look out for other employment so as to diminish the loss?”

The defendant’s barrister replied: “If he adopts the defendant’s notice, which is in legal effect an offer to rescind, he must adopt it altogether.”

Lord Campbell, C. J., then added: “So that you say the plaintiff, to

preserve any remedy at all, was bound to remain idle.²⁰⁹

Conforme escreve Arthur CORBIN, o inadimplemento antecipado do contrato por um promitente é a repudição de um dever contratual antes do tempo estabelecido no contrato.

Tal repudição pode ser evidenciada por meio de palavras ou por meio de atos.

Se o promitente fizer uma declaração definitiva para a outra parte de que ele ou não irá ou não poderá cumprir o contratado, essa será uma repudição e irá operar como um inadimplemento antecipado, a menos que o promitente tenha alguma causa justificativa para tal declaração.

Do mesmo modo, se o promitente realiza um ato voluntário, tornando a performance do contrato impossível, isso operará também como um inadimplemento antecipado. Se alguém que tenha contratado a venda de algo para uma pessoa, vende ou contrata a venda para um terceiro do mesmo objeto, esse ato é uma repudição do contrato.

Nem a venda nem um contrato para vender um objeto específico torna a performance do contrato anterior absolutamente impossível. No entanto, eles tornam a performance mais difícil, e equivalem a uma manifestação positiva da intenção de não

²⁰⁹ Em tradução livre: “O *leading case* de uma série de casos que estabeleceram a doutrina de que uma ação de indenização poderia ser mantida no caso de um inadimplemento antecipado é o caso *Hochster v. De la Tour*. Em resumo, em abril de 1852, havia sido firmado um contrato de trabalho pelo qual De la Tour empregaria Hochster como mensageiro. Os serviços seriam iniciados no dia 1º de junho de 1852 e continuariam pelos 3 meses subsequentes, por um salário específico.

Entretanto, em 11 de maio de 1852, De la Tour enviou uma notificação a Hochster repudiando completamente o contrato.

Hochster compreendeu que essa repudição era uma ruptura do contrato e, em 22 de maio de 1852, entrou com uma ação de indenização contra De la Tour, 10 dias antes do início previsto para execução do contrato.

O réu contestou a ação, sob o argumento de que tal ação era prematura, e de que não poderia haver uma ruptura do contrato antes de 1º de junho. Foi sustentado pelo réu que “o anúncio quanto à intenção de quebra do contrato equivale a uma oferta de rescisão, que poderia ser aceita pelo autor. Além disso, até o início de vigência do contrato, poderia haver uma retratação pelo réu”.

Sobre esse argumento, o advogado do autor respondeu: “Não pode o autor, dada a notificação de que o réu não o empregaria mais, procurar um outro emprego para diminuir seus danos? Ao que o advogado do réu respondeu: “Sim. Contudo, caso ele aceite a notificação do réu, que é, para efeitos legais, uma oferta de rescisão, ele deve aceitá-la completamente”. Ao que foi respondido: “Então o que você está dizendo é que, para que o autor conserve qualquer remédio contratual, ele é obrigado a permanecer inerte.” (CORBIN, Arthur L. *Corbin on Contracts*, p. 942).

cumprir o primeiro contrato.²¹⁰

O inadimplemento antecipado encontra-se previsto também na Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias.

A Convenção de Viena de 1980 possibilitou a declaração de inadimplemento antecipado, com algumas particularidades relativamente ao previsto em geral nos sistemas nacionais.

Conforme previsto no artigo 72 da CISG, “se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste”.²¹¹

Também os Princípios UNIDROIT prevêm o inadimplemento antecipado em seu Artigo 7.3.3:

*7.3.3. (Anticipatory non-performance) Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract”. (Inadimplemento antecipado – Uma parte poderá extinguir o contrato, se, anteriormente ao termo de execução do contrato, resulta claro que haverá inadimplemento essencial pela outra parte).*²¹²

Na apelação 582000378 julgada pelo TJRS, fora prometida a construção de um

²¹⁰ “An anticipatory breach of contract by a promisor is a repudiation of his contractual duty before the time fixed in the contract for his performance has arrived. Such a repudiation may be made either by word or by act. If the promisor makes a definite statement to the promisee that he either will not or can not perform his contract, this is a repudiation and will operate as an anticipatory breach unless the promisor had some justifying cause for his statement. Likewise, if a promisor does any voluntary act rendering performance of the contract impossible by him, this, too, is operative as an anticipatory breach. If one who has contracted to sell specific land, goods, or other subject matter, to another, either sells or contracts to sell to a third person the same subject matter, this act is a repudiation of his contract. Neither a sale nor a contract to sell specific subject matter makes performance of the prior contract absolutely impossible. They make performance more difficult, however, and they amount to a positive manifestation of intention not to perform the first contract.” (CORBIN, Arthur L. *Corbin on Contracts*, pp. 941-942).

²¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 685.

²¹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 685.

hospital; contudo, após o decurso de um certo tempo, nenhuma providência havia ainda sido tomada pelo responsável por tal construção.

Não obstante, os subscritores vinham adimplindo pontualmente as quotas pelas quais se haviam obrigado.

O fundamento da decisão expressado pelo Relator foi que “assim, ofende todos os princípios de comutatividade contratual pretender que os subscritores de quotas estejam adstritos à integralização de tais quotas, sob pena de protesto de títulos. Procedência da ação de rescisão de contratos em conta de participação”.²¹³

Nesse caso, portanto, a eficácia do direito à rescisão contratual por inadimplemento da outra parte fora antecipada, considerando a confiança estabelecida entre as partes e a quebra da expectativa de adimplemento contratual causada pelo não cumprimento da promessa de construção do hospital.

Desse modo, a boa-fé objetiva incide sobre a relação contratual, mais especificamente sobre o plano da eficácia, de modo a deslocar no tempo a possibilidade de exercício de um determinado direito, visando ao cumprimento do dever de boa-fé objetiva e da tutela da confiança estabelecida entre as partes.

Tal incidência da boa-fé objetiva no plano da eficácia se dá por uma interpretação de determinado direito contratual com base na boa-fé objetiva, conforme previsto no artigo 113 do Código Civil.

No caso, a incidência da boa-fé objetiva na interpretação de determinado direito previsto contratualmente faz com que seu exercício tenha potencialmente sua eficácia alterada, podendo nesse caso a boa-fé objetiva interromper, postergar ou antecipar a eficácia de determinado direito contratual, de modo a conformar o exercício de determinado direito à confiança estabelecida entre as partes e à boa-fé objetiva.

²¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 686.

Portanto, a boa-fé objetiva atua no plano da eficácia a partir de sua função interpretativa.

4.9. Eficácia perante terceiros da boa-fé objetiva

Conforme escreve Luis DIEZ-PICAZO e Antonio GUILLON, a eficácia do contrato se estende, a princípio, entre as partes que o celebraram e também a seus herdeiros e sucessores.

Não há, como regra geral, eficácia para os terceiros (princípio da relatividade dos efeitos do contrato). Para os terceiros, costuma-se dizer, o contrato é *res inter alios acta*, isto é, um assunto feito entre outros.²¹⁴

Por isso, o contrato não pode estender sua eficácia sobre a esfera jurídica dos terceiros, nem em seu benefício nem em seu prejuízo (*nec prodest, nec nocet*).

Este princípio de falta de eficácia do contrato na órbita das partes que o realizaram (*the privity of contract*, no Direito inglês) possui um fundamento claro: o contrato é um ato de exercício do poder de autonomia privada, e autonomia consiste em ditar a lei pela qual há de reger-se a própria esfera jurídica. Afetar a esfera jurídica de terceiros não seria um ato de autonomia, senão uma invasão da esfera jurídica alheia.²¹⁵

Mas é certo que o contrato, uma vez celebrado, penetra no mundo da realidade jurídica e nele se instala. Como consequência desta penetração e desta instalação do contrato no mundo da realidade jurídica, ocorre que todo o comércio jurídico tem de contar com os contratos já realizados.

Os contratos que vão se realizando contemplam e se baseiam em situações jurídicas criadas por outros contratos que se realizaram antes. O contrato, como fenômeno que se instala no mundo da realidade jurídica, não é jamais indiferente aos terceiros.²¹⁶

²¹⁴ DIEZ-PICAZO, Luis; GUILLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, p. 70.

²¹⁵ DIEZ-PICAZO, Luis; GUILLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, p. 70.

²¹⁶ DIEZ-PICAZO, Luis; GUILLON, Antonio. *Sistema de Derech\o Civil*, p. 70.

Conforme escreve Luciano de Camargo PENTEADO, existem terceiros que se relacionam ao cumprimento da prestação de maneira a por ela serem afetados ou afetá-la.

Desse modo, existem terceiros que necessitam ser considerados quando da verificação do cumprimento de determinados direitos e deveres; e existem outros terceiros que devem respeitar de modo mais estrito os direitos e deveres das partes.²¹⁷

Existem terceiros a quem se imputam direitos e deveres laterais de conduta ou deveres anexos, ou seja, os deveres derivados do princípio da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, certos terceiros necessitam estar sob a proteção e cuidado das partes ao desempenharem sua prestação. Por outro lado, os terceiros terão também obrigação de não interferir de forma a perturbar o desempenho da prestação obrigacional pelas partes.²¹⁸

Nesse trabalho, não analisaremos a eficácia perante terceiros da boa-fé objetiva, visto que tal estudo mereceria um trabalho apartado dada a complexidade da questão.

²¹⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, p. 51.

²¹⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*, p. 51. Por um lado, esse comportamento, perante o terceiro, propriamente falando não é cumprimento de obrigação, mas respeito ao direito de ter atenção à sua pessoa e ao patrimônio. Por outro lado, o comportamento do terceiro não pode manifestamente interferir, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes. Nesse último sentido, o terceiro não pode se associar a uma das partes para descumprir com a obrigação. Nesse caso, seria um terceiro-cúmplice no inadimplemento daquela prestação.

5. CONCLUSÕES

O presente trabalho objetivou abordar a boa-fé objetiva a partir dos planos da existência, validade e eficácia nos contratos, relacionando a atuação em cada um desses planos com as funções supletiva, corretiva e interpretativa da boa-fé objetiva.

Sintetizamos abaixo nossas conclusões com base nos argumentos trazidos no decurso deste trabalho:

1. A boa-fé objetiva terá consequências diferentes nos planos da existência, validade e eficácia contratuais.
2. No plano da existência, a boa-fé objetiva atuará como um elemento das circunstâncias negociais, a qual será conjugada com a declaração de vontade para a configuração do contato social.
3. Na configuração do contato social, a declaração de vontade e as circunstâncias negociais terão maior ou menor preponderância a depender do tipo de contrato e da possibilidade e capacidade das partes para negociação do contrato.
4. A boa-fé objetiva atuará no plano da existência pela imposição dos deveres anexos (tais como o dever de informação, cooperação e proteção).
5. A boa-fé objetiva atuará no plano da existência por meio de sua espécie normativa princípio, em sua função positiva.
6. A boa-fé objetiva atuará no plano da existência por sua função supletiva.
7. No plano da validade, a boa-fé objetiva atuará como norma de validade de forma graduável, a depender do contexto contratual.

8. A densidade da boa-fé objetiva em determinado contrato será determinada ou por regra específica derivada do princípio da boa-fé objetiva ou pela aplicação tópica da boa-fé objetiva a partir de categorias operativas contratuais (tais como as categorias contratos existenciais e de lucro).
9. A boa-fé objetiva atuará no plano da validade por meio de sua espécie normativa princípio, em sua função negativa.
10. A boa-fé objetiva atuará no plano da validade por sua função corretiva.
11. No plano da eficácia, a boa-fé objetiva atuará como um fator de ineficácia interruptivo, fator de ineficácia postergatório ou fator de eficácia antecipatório.
12. A boa-fé objetiva atuará no plano da eficácia por meio da interpretação e alteração da eficácia do exercício de direitos contratuais, pela aplicação das figuras parcelares (tais como o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *exceptio doli*, a inalegabilidade das nulidades formais, o desequilíbrio no exercício jurídico, a *suppressio* e a *surrectio*).
13. A boa-fé objetiva atuará no plano da eficácia por meio de sua espécie normativa postulado.
14. A boa-fé objetiva atuará no plano da eficácia por sua função interpretativa.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALPA, Guido; BONELL, Michale Joachim; CORAPI, Diego; MOCCIA, Luigi; ZENOVICH, Vincenzo. *Diritto privato comparato: istituti e problemi*. Editora Laterza, 1999.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em geral*. Volume I. 9ª edição revista e atualizada. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Advogados de São Paulo. Vol. 2, p. 58. Julho / 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. Vol. II. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª edição, ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *A boa-fé nos contratos internacionais*. In. Responsabilidade Civil, v.2 – Direito das obrigações e direito negocial / Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel. *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

BÉNABOU, Valérie-Laure; CHAGNY, Muriel. *La confiance en droit privé des contrats*. Paris: Éditions Dalloz, 2008.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução de Maria Crsitina de Cicco. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada de acordo com o novo Código Civil por Carlos Alberto Bittar Filho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

COASE, Ronald H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on Contracts – One Volume Edition*. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1952.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CORDEIRO. António Menezes. *A boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford University Press: Oxford, 1965.

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Madrid: Editorial Tecnos, 1976.

EROLES, Pedro. *Boa-fé objetiva nos contratos: especificação normativa, cogência e dispositividade*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil: À luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2ª edição revista e atualizada. Renovar: São Paulo, 2003.

FRIED, Charles. *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*. New York: Oxford University Press, 2015.

GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil – Les Effests du Contrat*. Paris: L.G.D.J, 1994.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. atual. De acordo com o Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HART, H.L.A. *The concept of law*. New York: Oxford University Press, 1994.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

HIRONAKA, Giselda. *Principiologia Contratual e a Valoração Ética no Código Civil Brasileiro*. In. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v.1 (jul./ago. 2004) – Porto Alegre: Magister, 2004.

HOGG, Martin. *Promises and Contract Law – Comparative Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. Revista dos Tribunais, vol. 774, p.11. Maio / 2000.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Direito pós-moderno e a codificação*. In. Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais).

KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality meet*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

MACQUEEN, Hector L. and ZIMMERMANN, Reinhard. *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

_____. *O Direito Privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos Tribunais. Volume 753, p. 24. Julho / 1998.

_____. *Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual*. Revista dos Tribunais, vol. 852, p. 87. Outubro de 2006.

_____. *Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro*. In. Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas. Homenagem a Tullio Ascarelli. AZEVEDO, Antonio Junqueira de, coord. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

O’CONNOR, J.F. *Good Faith in English Law*. Dartmouth Publishing Company Limited: Aldershot, 1990.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*. Revista de Direito Privado, volume 27, p. 252. Julho / 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – V.3*. 16ª edição. Revista e atualizada por Regis Fichtner. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

REALE, Miguel. *A Boa-Fé no Código Civil. História do Novo Código Civil, vol. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL. Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, abr/jun. 2008.

RODRIGUES MARTINS, Fernando. *Princípio da justiça contratual*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. Volume 3. 30ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

SCHREIBER, Anderson e TEPEDINO, Gustavo. *A Boa-Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. TEPEDINO, Gustavo, coord. Obrigações: estudos

na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

STJ. REsp 1.338.432/SP. Quarta Turma. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento em 24/10/2017. DJe de 29/11/2017.

STJ. REsp 1.555.202/SP. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 13/12/2016. DJe de 16/03/2017.

TAKAOKA, Marcos. *Do ato emulativo ao abuso de direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. Undicesima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

VOUIN, Robert. *La bonne foi – notion et role actuels en droit privé français*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1939.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 16ª edição, revista, ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Prof. Semy Glanz. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law – The Common Core of European Private Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.