

Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé

GERSON LUIZ CARLOS BRANCO

Professor de Direito Civil- ULBRA/RS e Mestre e Doutorando em Direito - UFRGS

RESUMO

Este artigo trata da autonomia da vontade como uma das manifestações da autonomia privada. Convivem como instrumentos da autonomia privada não só o princípio da vontade, mas também o princípio da boa-fé, tendo este último um papel integrativo importante, cuja finalidade é a preservação da eticidade no contrato e também da preservação da teleologia do processo obrigacional, que consiste na busca do adimplemento.

Palavras-chave: *Autonomia da vontade, autonomia privada, princípio da boa-fé*

ABSTRACT

This paper deals with the autonomy of the will as an expression of private autonomy. The autonomy of the will and the principle of good faith are structural principles of private autonomy. Good faith plays an important integrative role, which is the preservation of ethics in the agreement and the preservation of teleology of the obligational process, that is payment.

Key words: *Autonomy of will, private autonomy, good faith principle*

Direito e Democracia	Canoas	vol.1, n.1	1º sem. 2000	p.95-112
----------------------	--------	------------	--------------	----------

INTRODUÇÃO

Os Códigos Oitocentistas foram feitos pela ideologia liberal, consagrando a propriedade privada e a liberdade de iniciativa, que no Direito das Obrigações se concretiza através da autonomia da vontade. Todo o sistema de divisão ou atribuição de riscos e a forma de criação das relações obrigatórias foram concebidas neste molde. Porém tais relações eram singulares e não de massa, como hoje. Assim como a produção desindividualizou-se, tornando-se em série, também os adquirentes destes produtos não são mais sujeitos facilmente identificáveis, pois, em geral, o consumidor é anônimo.¹

Uma nova concepção sobre o fenômeno contratual implica um redimensionamento dos principais efeitos das relações jurídicas, em especial dos deveres. Porém, este redimensionamento não é um fenômeno simplesmente jurídico.

Os princípios da boa-fé e da autonomia da vontade são a principal base sobre a qual se estrutura a malha contratual moderna em suas transformações. Tais princípios, embora jurídicos, são também princípios de um determinado ordenamento moral que é vigente no meio social.

A nova sociedade em que vivemos não se afastou significativamente dos seus dogmas, mas deu-lhes nova cor, nova feição.

Se, por um lado, o ideal liberal de construção de uma esfera privada, livre de intervenção estatal, como forma de emancipação econômica e social, não foi bem sucedido no âmbito da sociedade, por outro, a sociedade moderna criou o Shopping Center, imitando este ideal, embora dirigido a uma parcela restrita da sociedade, que tem segurança, liberdade e sofre pouco a intervenção do Estado.

1. Sobre o papel do consumidor, relação de consumo no mercado, artigos *tipificados* e os utentes *anônimos* veja-se. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros — **As Relações de Consumo e o Crédito ao Consumidor** — Revista de Direito Mercantil, n. 82, p. 13 e ss. Cita como exemplo a compra e venda, na qual o Direito prevê uma relação individualizada e não em série. Permite a lei uma grande liberdade na estipulação do conteúdo do contrato, mas não prevê tipos diferenciados de contatos “conforme se relacionem com a aquisição de bens de produção ou de consumo” (p. 14). É irrelevante na compra e venda a relação de consumo subjacente, tratamento formal igualitário da ordem liberal que conduz a discriminações em virtude da desigualdade das partes contratantes, notadamente pelo poder econômico de uma. Por outro lado, reduziu-se o controle do revendedor sobre os produtos, que são prontos e acabados na fábrica. Por isso se impõe uma “relação jurídica direta, que ultrapasse o nexa vendedor-comprador e que vincule o fabricante e dito adquirente, de forma apta a responsabilizá-lo, caso ocorram eventualmente lesões no consumidor, causadas pelo produto” (p.14).

Como uma nação não é constituída somente de consumidores, mas fundamentalmente de cidadãos que são potencialmente consumidores, é que surge a necessidade de um direito do consumidor, adequado a uma sociedade cujos entes econômicos pretendem transformá-la num imenso Shopping Center onde só há lugar para consumidores e não para cidadãos.

Nesse ponto reside, fundamentalmente, a transformação social do contrato. Deixou de ser um mero instrumento de exercício da liberdade econômica, para ser um meio eficiente para a construção de uma sociedade de consumo, na qual o indivíduo não é somente e propriamente o sujeito de direito, mas fundamentalmente um consumidor.

A malha contratual que sustenta a sociedade contemporânea é regida por princípios cuja feição externa continua a mesma do século passado, mas seus efeitos sobre os velhos problemas produzem novas conseqüências.

Assim, ao lado da autonomia da vontade, ganha espaço e relevância, na teoria geral dos contratos, o princípio da boa-fé, que tradicionalmente só tinha lugar quando se tratasse de interpretação dos contratos, mas que, assumem uma nova funcionalidade jurídica, como se verá nos tópicos a seguir.

I. A AUTONOMIA PRIVADA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO PARA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

Para compreender a incidência da autonomia da vontade e a boa-fé, nos contratos modernos, tratar-se-á de distinguir e caracterizar duas figuras distintas: a autonomia privada e autonomia da vontade, não obstante sejam tratadas como sinônimos.

À esfera pública burguesa, constituída com o advento da Revolução Americana e Francesa, foi atribuído o papel de ser o princípio organizativo dos Estados de Direito burgueses, com base em governos parlamentares.² Porém, o pressuposto do Estado de Direito burguês é um mercado livre da

2. Sobre o tema ver NOVAIS, Jorge Reis - *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito* - Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1987; HABERMAS, Jürgen - *Mudança Estrutural na Esfera Pública* - Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984; TIGAR, Michael E. e LEVY, Madaleine R. — *O Direito e a Ascensão do Capitalismo* — 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, entre outros.

intervenção estatal, um mercado destinado à regulamentação privada e às próprias leis de mercado, no qual houvesse a livre disposição da propriedade.

A base do direito privado será justamente esta, com o contrato (formado pela livre manifestação de vontades) copiado dos processos de troca de mercadorias na livre concorrência.³

Isto faz nascer uma nova concepção de política, que antes era só atributo da esfera pública, pois os sujeitos privados podem normatizar através de sua declaração de vontade. Se a política é sempre processo de criação do direito⁴, o particular passa a agir politicamente sobre a normatividade através de sua vontade.

Uma concessão positiva para sistematização de interesses individuais, contribuindo, segundo seus formuladores, para a possibilidade do bem comum, pois a liberdade de contrato não é um fim, mas um meio, como afirma Galgano.⁵ A esta idéia da liberdade de iniciativa econômica associa-se a idéia de que o egoísmo privado produz resultados sociais.

Junto com tal concepção, segue um processo, de cunho histórico e ideológico, que aponta no sentido inverso, que é o de despolitizar o direito, eliminando sua teleologia, transformando o jurista num técnico neutro.⁶ As figuras jurídicas utilizadas neste processo, são justamente aquelas que incorporam de forma mais profunda o dogma da 'vontade': o sujeito

3. "A concepção de negócio jurídico como um contrato à base da livre declaração de vontades é copiado do processo de troca entre donos de mercadorias na livre-concorrência. Ao mesmo tempo, um sistema de Direito privado que, por princípio, reduz as relações das pessoas privadas entre si a contratos privados, pressupõe como modelares as relações de troca que se estabelecem segundo leis do mercado livre de trocas". HABERMAS, Ob. Cit., p. 94.

4. Fontes genéticas, segundo NEVES, Castanheira — **Fontes do Direito - Contributo para Revisão de Seu Problema** — Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p. 172 e ss.

5. A autonomia privada é poder normativo e o negócio jurídico é fonte do direito, reconduzidos à unidade do sistema estatal, que aposta na "virtù sociali dell'individuo, capace di affermarsi al legislatore na riconstituzione d'un nuova polis aristotelica". GALGANO, Francesco — **Autonomia Privata, Creazione Del Diritto e Concetto di Política** — Rivista di Diritto Civile, 1959, Padova: Cedam, p. 338.

6. "Galgano sostiene che il problema del negozio giuridico è un problema di *politica* della costruzione giuridica, e che la teoria dello stesso negozio giuridico, elaborata dalla pandettistica tedesca e culminata nel BGB., corrispose a una scelta di política della costruzione giuridica, basata sulla presunzione di poter soddisfare e coordinare tra loro, nell'ambito di una categoria giuridica unitaria, gli interessi più diversi o addirittura contrapposti, astraendo, peraltro, dalla reale tipologia storico-sociale...". DE CUPIS, Adriano — **Postilla sul problema del Negozio Giuridico** — Rivista del diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni, Milano, n. 3-4, 1976, p. 85.

de direito, o negócio jurídico e o direito subjetivo.⁷

Por outro lado, o fundamento da autonomia da vontade está na concepção de que o homem, por ser dotado de inteligência, é livre, diferentemente dos animais que são presos aos seus instintos, motivo pelo qual as ações daquele não são meramente impulsos, mas atos de decisão tomados após reflexão. Esta liberdade para decidir implica no homem a responsabilidade de cumprir os pactos que fizer.⁸ É a concepção Kantiana de vontade, fonte de obrigações jurídicas, e por si só de justiça: “qui dit contractuel, dit juste.”⁹

Se, durante o feudalismo, os homens eram qualificados pela sua posição social, por ser senhor ou servo, com a construção da figura do ‘sujeito de direito’ as pessoas deixam de ser identificadas pelo que são, mas pelo que têm para trocar.

O direito, tendo como centro a propriedade e o contrato, transforma-se num corpo abstrato de normas, afirmando a igualdade, ao menos sob o ponto de vista jurídico, condição para que toda e qualquer declaração de vontade tenha o mesmo valor.

Esta concepção, forjada pelo jusracionalismo e positivada com a codificação, traz junto de si a noção de que a justiça é inerente e natural ao contrato, por exigência da livre concorrência, e qualquer intervenção, a qualquer pretexto (de uma imaginária equidade),¹⁰ provocará injustiça.

7. “L'individualità del soggetto di diritto, com tutti gli attributi proprii della sua unità logica, rappresenta la nota differenziale del sistema, così che la teoria dei diritti soggettivi, degli atti giuridici e del negozio giuridico, sono, indefinitiva, aspetti diversi di una medesima realtà. Del resto anche nella parte generale delle trattazioni sistematiche della scienza del diritto si rinviene lo stesso procedimento logico di costruzione del sistema, per cui, posto quale centro l'individualità, il sistema giuridico viene edificato su quella misura. La teoria del soggetto di diritto indica i predicati del soggetto individuale, la teoria dei diritti soggettivi le attribuzioni connesse, ed, infine, gli atti giuridici le sue attività”. GABRIELLI, Enrico - **Appunti su Diritti Soggettivi, Interessi Legittimi, Interessi Collettivi** - Rivista del Diritto e Procedura Civile, outubro-dezembro de 1984, n. 4, p. 974.
8. A partir das construções de Grotius é que se concebe o princípio da autonomia da vontade, cuja essência está na liberdade e igualdade dos homens que não recebem comandos de outras vontades, resultando num princípio fundamental do direito positivo : “pacta sunt servanda”. GUESTIN, Jacques — **Utile et le Juste dans les Contrats** — Archives de Philosophie du Droit, Paris, 1981, tomo 26, p. 36.
9. Idem, ibidem, p. 36.
10. Idem, ibidem, p. 37.

Pela justiça inerente e natural, o contrato é colocado ao lado da lei,¹¹ tão obrigatório quanto ela, nas suas essenciais características: **consensualidade e efeitos relativos**. Mas tal concepção revela apenas uma igualdade formal, pois as desigualdades econômicas nas relações sociais aumentam, e a possibilidade de negociação efetiva e de declaração de vontade diminuem ao passo em que ocorre a massificação das relações sociais.

Se o contrato é declaração de vontades, no plural, a elaboração unilateral do regulamento contratual começa a suscitar aos juristas e para sociedade como um todo que a desigualdade gera injustiça, pois os mais fortes protegem seus interesses em detrimento do geral, principalmente quando os mais fortes são alguns poucos membros da sociedade.¹²

Tais desigualdades sempre existiram, mas ficaram flagrantes quando o processo de industrialização trouxe à baila questões relativas à fixação de salários, locação de habitações, contratos de adesão e de elaboração unilateral.

O clamor geral pela justiça que se generalizou no período compreendido entre as grandes guerras deste século, além de mudanças na esfera pública, atingiu diretamente o contrato.

A conseqüência foi a interferência estatal na esfera privada, ‘limitando’ a chamada liberdade contratual em dois aspectos: liberdade de contratar¹³ e liberdade de estipulação do conteúdo do contrato¹⁴. O estado intervém para proteger agricultores, consumidores, trabalhadores, loca-

11. “...a vontade como a lei, pode criar direito”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos — **A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional** — Revista de Direito Civil, n. 46, p. 14.

12. “...Sin embargo la realidad nos muestra otra faceta, y es que los hombres viven en condiciones de enorme desigualdad económica y social que obviamente limitan la libertad de poder ligarse jurídicamente”. WEINGARTEN, Célia — **La Prevalencia de los Contratos de Adhesion** — Capítulo do livro GUERSI, Carlos A., Org, *Contratos 2, Problemática Moderna*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996, p. 38.

13. A liberdade de contratar foi restringida pela diminuição do poder de autoregulação de interesses. Exemplos desta limitação foi o surgimento de contratos ditados (telefone, energia elétrica, etc.), o estabelecimento de deveres funcionais a determinadas atividades profissionais (médicos, advogados, etc.), obrigatoriedade de seguros, inclusive seguridade social, sem contar o aumento da eficácia horizontal dos direitos constitucionais, antes só impostos ao Estado.

14. Clausular livremente é outro poder que foi restringido, protegendo-se certos bens, considerados indisponíveis, bem como pela criação do entendimento de que certas estipulações por serem violação do equilíbrio contratual são inválidas, principalmente se integrantes de contratos de adesão ou contratos submetidos a condições gerais dos negócios

tários e outros injustiçados pelo mercado, restabelecendo a estas categorias sociais a possibilidade da igualdade, em função do interesse social de tais grupos. Porém tal intervenção, se constitui em limite aos particulares, não pode ser considerada um limite à ‘autonomia da vontade’.

Assim, os textos, discussões e contrapontos que problematizam o tema **autonomia da vontade**, têm como ponto forte a afirmação de que a tendência legislativa brasileira dos últimos 50 anos, culminando com o advento do Código do Consumidor, reduziu o espaço da chamada ‘autonomia da vontade’, pela ingerência estatal na autonomia privada, reduzindo a possibilidade dos indivíduos administrarem por si só os seus interesses.

Porém, o Código de Defesa do Consumidor, bem como todo um conjunto de estatutos promulgados a partir da década de 30, regulamentando as relações de família, habitação, trabalho, meio ambiente, agrárias, dentre outros tantos estatutos por muitos denominados ‘microssistemas’, não visam reduzir a liberdade dos cidadãos, mas, pelo contrário, aumentá-la,¹⁵ como forma de garantir a própria liberdade de iniciativa econômica garantida constitucionalmente.¹⁶

Se, por um lado, a legislação consumerista tutela os indivíduos, impedindo que certas operações sejam realizadas validamente e até penalizando outras ações, que no regime do Código Civil eram plenamente livres, por outro lado há um notório aumento da autonomia do consumidor.

Busca-se a manutenção do equilíbrio contratual através da intervenção na liberdade, em virtude da concepção de que há justiça quando cada um defende seus interesses. Há livre defesa dos interesses quando a vontade é livre de vícios e não quando há equilíbrio entre as prestações ou entre as posições econômicas dos co-contratantes.¹⁷

Uma vontade livre para o legislador contemporâneo continua sendo uma vontade independente, não subjugada à outra.

15. Como prefere a professora Célia Weingarten, “en rigor de verdad, no se trata de igualdad, sino de igualación, es decir, en el de otorgar un tratamiento a las relaciones jurídicas, valorando previamente a quienes deben ser igualados”. Op. Cit., p. 38.

16. “Galgano sostiene che l’autonomia contrattuale dovrà essere reinterpretata, a livello costituzionale, como libertà di iniziativa economica privata (...) ‘con tutte le implicazioni costituzionali che questa operazione comporta’”. DE CUPIS, Adriano, Op. Cit., p. 94-95.

17. A justiça contratual não é compreendida como atribuição de vantagens em função de justas causas de desigualdade (justiça distributiva), mas de manter ou restabelecer um estado de coisas preexistente entre credor e devedor sobre uma base de igualdade. GUESTIN, J. Ob. Cit., p. 47.

Se é certo que o desequilíbrio das prestações, ou uma postura anti-ética das partes contratantes são motivos relevantes para a incidência de regras sancionadoras, protetoras do consumidor, não é verdade que se pretenda eliminar o papel da autonomia da vontade, mas apenas adequá-la a novos tempos.

Numa sociedade massificada, em que a concorrência é algo que não sai dos discursos, com efeitos restritos, prevalecendo o monopólio, a ação daqueles que põem os produtos no mercado é dirigida, planificada. O fornecedor, nestes casos, é um agente econômico que, além de expressar uma vontade 'jurídica', exercita uma estratégia econômica através de mecanismos contratuais, geralmente em áreas carentes de regulamentação, com a conseqüência de que um regulamento privado, pelo alcance derivado da massificação, acaba transformando-se num regulamento com largo alcance social.

Assim, se num contrato de adesão não existe espaço nenhum para o consumidor negociar, este espaço também é restrito para o próprio fornecedor, que age por meio de representantes, sem poderes para realizar uma alteração contratual, que é possível somente na presença de planejamento e de certas condições econômicas.

Nesta circunstância, a incidência do Código de Defesa do Consumidor tem o papel de garantir aquilo que as legislações liberais se propuseram, mas não conseguiram: **a liberdade e a igualdade** (nem se fale da fraternidade).

As regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, embora busquem alcançar os mesmos objetivos, encaram o contrato numa outra ótica, distinta daquela fixada para o Código Civil. No novo regime, não é exceção o contrato ser por adesão, ou submetido a condições gerais, mas sim a regra.

Não existe somente aquele esquema contratual fundado na tratativa e na negociação do consenso. Por sinal, um esquema raro que cedeu lugar para um novo modelo,¹⁸ mais ágil e hábil para regulamentação das

18. "Qui intendiamo subito enunciare il nostro pensiero, anticipando che non è affatto vero che il «prototipo ideale» di contratto sia quello schema nel quale sussiste la trattativa o la contrattualità effettiva; comunque, non è da escludere che a questo rango di dignità possa aspirare anche il contrapposto modello delle condizioni generali di contratto, soprattutto se sarà ritoccato con regole normative più soddisfacenti per gli interessi in gioco". CESÀRO, Ob. Cit., p. 58. No mesmo sentido afirma que o contrato submetido a condições gerais não é um desvio do modelo geral e central do sistema contratual, porque "non esiste, a nostro avviso, una categoria normativa generale di contratto, né tantomeno un sistema unitario". Idem, p. 59.

relações de massa. Porém se, por um lado, tal contrato facilitou as relações econômicas, por outro, trouxe uma série de restrições jurídicas à liberdade e à igualdade.

Sabe-se que tanto a liberdade como a igualdade são problemas jurídico-filosóficos que consomem muito tempo e atenção, tanto de juristas como de filósofos em torno de sua melhor definição. Mas, se não há um consenso absoluto, é certo que existem algumas distinções mínimas que podem ser aproveitadas juridicamente, que são as noções de liberdade e igualdade formal e material.

Formalmente, no regime da liberdade contratual do nosso Código Civil, supõe-se que todos os indivíduos são livres e iguais, porém é sabido que materialmente não existem condições mínimas para que um consumidor se oponha a conglomerados financeiros para discutir cláusulas contratuais em condições de igualdade.

É justamente neste sentido que a legislação de proteção ao consumidor exerce ingerência sobre as relações privadas. Resgata para as relações de consumo a idéia de que devem prevalecer alguns princípios ético-jurídicos,¹⁹ em função de preservar os elos mais fracos da corrente social.

O novo estatuto trouxe algumas inovações (regras) importantes, que incidem sobre os contratos, restringindo a capacidade normativa do fornecedor e permitindo ao consumidor uma autonomia maior, principalmente pela sumária nulidade de cláusulas contratuais que impliquem a renúncia de certos direitos. Autonomia esta, que também é dilatada pela criação de ações, para garantia das promessas, realizadas através da publicidade e dos contratos.

Isto implica garantir uma mínima igualdade de condições para que o adimplemento obrigacional seja realizado de acordo com a boa-fé.

19. "A aplicação de princípios éticos, no campo dos contratos, passou a ser, assim, uma das características da nossa época.

Quando a doutrina e a jurisprudência encontram no ordenamento jurídico uma disposição normativa que lhes possa servir de apoio, a criação jurídica possui, desde logo, a base para se desenvolver de modo sistemático. Por vezes, o legislador tarda em acudir a essa exigência da dogmática jurídica, deixando de regular a espécie por dilatado espaço de tempo". SILVA, Clóvis do Couto e — **O Princípio da Boa-fé e as Condições Gerais dos Negócios** — Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Económica. Curitiba: Ed. Juruá, 1988, p. 31.

II. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO CONTRATUAL

Tradicionalmente, a incidência do princípio da boa-fé nos contratos é vista como um limitador da autonomia da vontade. Porém, se entendermos a autonomia da vontade como um dogma construído a partir de que os indivíduos podem decidir sobre sua própria vida, auto-regulamentando suas relações privadas no contexto social, dentro de uma sociedade constituída de cidadãos, a melhor leitura é outra.

A autonomia da vontade tem, da mesma forma que o princípio da boa-fé, uma origem ética, cujo modelo é um sujeito moral auto-responsável. E é justamente em virtude da responsabilidade social de cada indivíduo, que somente se pode vislumbrar a autonomia da vontade ao lado da boa-fé, ambos dentro de uma esfera privada, reservada para as relações intersubjetivas. Fora deste paralelo, o sistema de responsabilidades e riscos derivados do convívio social, das relações de trabalho, consumo, circulação e acumulação de riquezas não é assumido eqüitativamente, sendo transferido de forma desigual sobre grupos sociais distintos.

O princípio da boa-fé objetiva, cuja aplicação encontra espaço no direito das obrigações (sejam civis, comerciais ou de consumo), foi positivado no direito brasileiro, pela primeira vez, no art. 131, 1, do Código Comercial de 1850, ditando regra para interpretação dos contratos.²⁰

No Código Civil a **boa-fé objetiva**, regra de conduta, não teve espaço político, não existindo artigo que lhe faça referência, em razão de que, pela forte influência do positivismo legalista da Escola da Exegese francesa, no direito brasileiro, estigmatizava-se a possibilidade de que regras como a da **boa-fé objetiva** outorgassem poderes excessivos ao juiz.

Predominava a idéia de que o juiz é a ‘boca da lei’, com papel meramente instrumental frente ao direito. Negava-se que a jurisprudência fosse fonte autônoma de normas jurídicas, motivo pelo qual uma regra semelhante ao §242 do Código Civil Alemão foi rejeitada.

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

O legislador admitiu apenas a figura da **boa-fé subjetiva**, ligada à posse e à proteção de certas situações de ‘aparência’, que criam confiança indevida. Em geral, o princípio nesta formulação tem aplicação para perquirir a consciência ou não, por parte de um adquirente, da ilicitude da coisa adquirida. Por esta razão, é subjetiva.

Ao contrário, a **boa-fé objetiva** é regra de conduta, segundo a qual todos devem se comportar com lealdade e de forma cooperativa, preservando a confiança alheia, nas suas relações sociais, principalmente nos contratos e nos ‘contatos sociais’ juridicamente relevantes:

“modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.”²¹

Apesar da regra do Código Comercial, a boa-fé objetiva teve historicamente estreita aplicação no direito brasileiro, dificilmente citada como regra.

Verdadeiramente a positivação da boa-fé objetiva no direito brasileiro deu-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor, não obstante exista posição doutrinária de que sempre esteve presente no direito brasileiro, na interpretação, limitando o exercício de direitos na formação e na execução dos contratos²².

O professor Clóvis do Couto e Silva, em quase todos os seus textos, afirmou que o princípio da boa-fé teve papel harmonizador e conciliador do rigor lógico-dedutivo do sistema, muitas vezes consagrando posições nem sempre explicitadas como incidência da boa-fé, mas fundados na idéia de ‘homem médio’, bom pai de família, e de bons costumes.

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

22. Apesar disso, mesmo antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, foram proferidas algumas decisões aplicando diretamente o princípio da boa-fé, como, por exemplo, as transcritas no artigo de MARTINS-COSTA, *O Princípio da Boa-Fé* — *Ajuris*, v. 50, p. 207 -227, Porto Alegre, 1992, todos de lavra do então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado do Aguiar Júnior.

Porém, mesmo no Código de Defesa do Consumidor, o legislador foi tímido ao consagrar o princípio da boa-fé, elencando-o ao lado da equidade, como causa de nulidade de cláusula contratual e dentro da política nacional de consumo, de uma forma periférica.

Foi pela forte influência da doutrina, que já conhecia este instituto do Direito Civil português, alemão e italiano, que ganhou relevo o princípio da boa-fé no contexto do Código de Defesa do Consumidor, com grandes reflexos sobre a jurisprudência pátria.

Exemplo da tardia consagração deste princípio, pode-se ver no texto do acórdão abaixo transcrito, que julgou inválida cláusula de mandato inserida em contrato de adesão:

“A respeito pertine ressaltar, como o fez o eminente Prof. e Des. Galeno Lacerda, que o mandato caracteriza-se pela defesa e administração de interesse alheio, (...) jamais de interesse do mandatário. (...). Essa é a essência jurídica e moral do instituto . (...)”

Jurídica porque é da essência do mandato que o mandatário defenda estritamente os interesses do mandante. Moral, porque o mandato, volta-se a dizer, funda-se, se esteia, no elemento confiança que deve imperar entre mandante e mandatário (...).”²³

No trecho do acórdão acima citado, pode-se perceber que a situação de **‘confiança’** tem um cunho eminentemente moral, auxiliando supletivamente na tomada da decisão, enquanto que, com a positivação da boa-fé, as **situações de confiança** são de forma expressa, tuteladas juridicamente.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a juridificação do princípio permitiu decisões fundadas somente na proteção da confiança e de outras situações protegidas pela boa-fé, que adquiriu posição suficientemente forte para dotar direitos secundários e paralelos de exigibilidade.

23. TARGS, Ap. Civ. N. 188 094 122, 1ª C.Civ., Rel. Juiz Osvaldo Stefanello, j. em 13.12.88.

O princípio da boa-fé tem o papel, justamente, de proteger as situações de ‘confiança’, que não são fortes ao ponto de constituírem-se em contrato, mas fortes suficientes para gerar danos, se frustradas, gerando responsabilidade.²⁴

O princípio imputa deveres de informação, de lealdade, de cooperação, entre duas pessoas com proximidade social, situações de relacionamento específico, contratuais, reservando-se a cláusula dos bons costumes para disciplinar o relacionamento de pessoas estranhas.

Para as concepções legalistas, o papel da boa-fé está fundamentalmente na interpretação do contrato, restringindo-se a ser reforço às proposições estritas, regra para impor veracidade e lealdade nas relações intersubjetivas, reforçando o poder das declarações negociais no seu sentido habitual. Para esta concepção a boa-fé tem papel secundário na interpretação, que continua predominantemente a ser regida pela regra do art. 85 do Código Civil.

Para as concepções que tendem ao jusnaturalismo, o princípio da boa-fé é forma de realizar a justiça contratual, condicionada historicamente e circunstancialmente à realidade da conclusão e execução do contrato, dentro de um ideal social. A regra de que ‘as partes devem proceder de boa-fé’ é diferente dos comandos normativos comuns, pois a sua concreção é mais difícil, sem subsunção imediata, constituindo-se em chamada constante do julgador para o sistema.

Sem dúvida, embora seja um instrumento para garantir o ‘equilíbrio econômico’ do contrato, para não se falar em justiça, é no campo da interpretação que a boa-fé objetiva tem grande campo de atuação, delimitando obrigações, deveres e prestações contratadas. Sua atuação se estende por todo o processo da contratação, desde a fase pré-contratual (responsabilidade pré-contratual), no curso do desenvolvimento dos deveres contratuais (em especial na violação positiva do contrato) e após a extinção das obrigações contratuais principais (*culpa pos pactum finitum*, ou responsabilidade pós-contratual).

24. A diferença básica, no âmbito do Direito Civil, de um **dever moral** e de um **dever jurídico**, está no fato de que no primeiro há reconhecimento da existência de um comando, um imperativo que impõe um padrão de conduta, mas o direito correspectivo não é dotado de pretensão, nem ação, enquanto o direito que corresponde ao dever jurídico é dotado de pretensão e/ou ação.

Ressalve-se que os direitos potestativos não são dotados de pretensão, e, em algumas vezes, sequer de ação, pelo fato de que a um direito potestativo corresponde um estado de sujeição e não um dever.

Este princípio não tem um conteúdo definido, mas definível no caso específico.²⁵ É cláusula geral que impõe deveres secundários de conduta, acessórios ao contrato, com a conseqüente limitação no exercício dos direitos. Inclusive, preenchendo os vazios da elaboração do contrato, fixando preceito ausente da declaração de vontade, conforme os usos do tráfico e as situações de confiança criadas no caso concreto.

Os deveres que surgem diretamente da boa-fé passam pelo contrato como se ele fosse um mero fato em sentido estrito, criando deveres acessórios. Outros deveres pertencem ao conteúdo do contrato, cujo real significado é descoberto através da interpretação, conduzindo o contrato de acordo com sua finalidade e utilidade econômica. Tanto num caso como no outro, além da interpretação propriamente dita, há atividade integradora, justamente pela ausência de um conteúdo próprio e pré-definido do princípio, o que outorga um vasto poder para o julgador interferir no conteúdo do contrato, fato que ensejou sua rejeição quando da elaboração do Código Civil.

Ressalve-se, porém, que no âmbito do direito do consumidor, o art. 47 da Lei n. 8.078/90²⁶ não trata de interpretação conforme a boa-fé, mas sim trata-se de intervenção do Estado na esfera privada, para garantir o equilíbrio, proteger a parte mais débil, presumidamente confiante na ação do fornecedor, superior economicamente e intelectualmente. É regra que cria critério de interpretação objetiva do contrato, mas de outro tipo, assim como os recursos aos bons costumes, a iniquidade das cláusulas e a desproporcionalidade excessiva: a boa-fé contribui, mas já não se trata meramente de interpretação.

A positivação do princípio da boa-fé parte do pressuposto de que as pessoas devem se comportar de acordo com padrões histórico-culturais. Como tem conteúdo vago e impreciso, a ser determinado, atribui ao juiz um papel importante na criação e descoberta de deveres acessórios, a partir das necessidades das relações negociais, impostas por normas de conotação ética que protegem situações de confiança, e que dificilmente são disciplinadas previamente pelas partes.

25. Conceitos indeterminados, cláusulas gerais, conceitos normativos, normalmente possuem um núcleo de consenso, mas uma área periférica que a partir do elemento volitivo jamais se descobrirá seu alcance, motivo pelo qual deve-se apelar para a boa-fé. LARENZ, Karl. **Derecho Civil. Parte General**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 88 e 91.

26. "Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

A boa-fé não é fonte de obrigações, mas apenas norma que regula certos fatos, que são fontes de obrigações. Sua atuação se dá, através do negócio jurídico, determinando que “as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação social, venham a emergir da situação em que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam — deveres de lealdade — nem calar ou falsear a actividade intelectual externa que informa a convivência humana — deveres de informação.”²⁷

Constitui-se, também, em ponto de mobilidade do sistema jurídico,²⁸ outorgando à autoridade judicial poder para normatizar e intervir na ordem privada. Por isso, deve-se ressaltar que a boa-fé nunca atua sozinha, pela vaguidão material de seu conteúdo, dependendo de sub-princípios, conceitos periféricos ou diretivas, que sob sua unidade resultam em alcance sobre o problema, como ‘situações de confiança’, ‘usos de tráfego’, ‘bons costumes’, ‘agir como um bom pai de família (homem médio), protegendo o próprio contrato, sua continuidade, em direção ao adimplemento das prestações pendentes, buscando neste processo a preservação do equilíbrio entre as partes.

CONCLUSÃO

Os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé se interligam e são essenciais ao contrato.

Sem uma declaração de vontade o contrato não nasce, pois a declaração de vontade é gênese do regulamento contratual. Sem que as partes ajam de boa-fé o contrato não resulta em adimplemento, que é a finalidade do nascimento do próprio vínculo obrigacional.

É primordial, portanto, que o princípio da boa-fé, seja visto não como limite externo ao princípio da autonomia da vontade, mas sim como um princípio estruturante do direito contratual, que consiste na normatização necessária para uma inflexão ética do direito civil.

27. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes, Op. Cit., p. 646.

28. MARTINS-COSTA, *As Cláusulas Gerais como Fatores de Flexibilização do Sistema jurídico* — Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, v. 112, p. 13 - 32, Brasília, 1992.

Tal inflexão ética é indispensável para a preservação do ‘equilíbrio econômico’ do contrato, delimitando obrigações, deveres e prestações contratadas, com o objetivo de que seja alcançada a finalidade do próprio contrato, que é o adimplemento.

Embora com um núcleo certo, mas com uma “zona marginal”²⁹ sem um conteúdo prévio definido, mas definível no caso específico a boa-fé impõe deveres secundários de conduta, acessórios ao contrato, com a consequente limitação no exercício dos direitos. Inclusive, preenchendo os vazios da elaboração do contrato, fixando preceito ausente da declaração de vontade, conforme os usos do tráfico e as situações de confiança criadas no caso concreto.

Por outro lado, a visualização da autonomia da vontade dentro da perspectiva da autonomia privada, associada às operações econômicas que o contrato visa formalizar, é necessária para que se possa compreender a constante intervenção estatal no contrato, mesmo naqueles considerados atípicos, por meio da interpretação e integração judicial, sempre no sentido maior do próprio processo obrigacional: o adimplemento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional. In: **Revista de Direito Civil**, n. 46.
- CESÀRO, Ernesto. Condizioni generali di Contratto ed Elencazione delle Clausole Vessorie. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1991, p. 59-60.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984.
- DE CUPIS, Adriano. Postilla sul problema del Negozio Giuridico. **Rivista del diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni**, n. 3-4, 1976, p. 85.
- GABRIELLI, Enrico. Appunti su Diritti Soggettivi, Interessi Legittimi, Interessi Collettivi. **Rivista del Diritto e Procedura Civile**, outubro-dezembro de 1984, n. 4, p. 974.

29. LARENZ, K. Op. Cit., p. 91.

- GALGANO, Francesco. *Autonomia Privata, Creazione Del Diritto e Concetto di Política*. **Rivista di Diritto Civile**, 1959, Padova: Cedam.
- GUESTIN, Jacques. *L'utile et le Juste dans les Contrats*. **Archives de Philosophie du Droit**, 1981, tomo 26.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984.
- LARENZ, Karl. **Derecho Civil. Parte General**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *As Relações de Consumo e o Crédito ao Consumidor*. **Revista de Direito Mercantil**, n. 82.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Novas Regras Sobre a Proteção do Consumidor nas Relações Contratuais*. **Ajuris**, n. 52, julho de 1991.
- MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. *As Cláusulas Gerais como Fatores de Flexibilização do Sistema jurídico*. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, v. 112, p. 13 - 32, Brasília, 1992.
- MARTINS-COSTA, Judith. *O Princípio da Boa-Fé*. **Ajuris**, v. 50, p. 207 -227, Porto Alegre, 1992.
- NEVES, Castanheira. *Fontes do Direito - Contributo para Revisão de Seu Problema*. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, p.169-285.
- RAISER, Ludwig. **Il Compito del Diritto Privato**. Milão: Giuffrè, 1990.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- SILVA, Almiro do Couto e. *Princípios da Legalidade da Administração e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. **Revista de Direito Público**, v. 63, SP: Revista dos Tribunais.
- SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação Como Processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, Clóvis do Couto e. **O Princípio da Boa-fé e as Condições Gerais dos Negócios — Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica**. Curitiba: Juruá, 1988.
- TIGAR, Michael E. e LEVY, Madaleine R. **O Direito e a Ascensão do Capitalismo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

- VALADÃO, Haroldo. O Código Civil Brasileiro e sua Reforma. Estrutura e Sistemática. Códigos Multiplicados, Especiais e Autônomos. **Revista do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, 1978, p. 15-35.
- VILLEY, Michel. Essor et Décadence du Volontarisme Juridique. **Archives de Philosophie du Droit**, (le role de la volonté dans le droit), Paris: ed. Sirey.
- WEINGARTEN, Célia. La Prevalencia de los Contratos de Adhesion. In: GUERSI, Carlos A., Org, **Contratos 2, Problemática Moderna**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996.