



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS-FAJS
CURSO DE DIREITO - CD
NÚCLEO DE PESQUISA E MONOGRAFIA - NPM

Lívia Ofugi Hara

A NATUREZA JURÍDICA DA BOA-FÉ

BRASÍLIA

2011

Lívia Ofugi Hara

A NATUREZA JURÍDICA DA BOA-FÉ

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Danilo Porfírio de Castro Vieira.

BRASÍLIA

2011

Aos meus pais, Jorge e Neide, ao meu irmão,
Felipe e aos meus amigos que sempre me
apoiaram na realização do idealizado.

Agradecimentos

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por ter me conferido o dom da vida.

Sou grata aos meus pais, que sempre me apoiaram e me ensinaram que na vida nada acontece por acaso, mas sim depende de vontade e esforço. Ao meu pai, toda a minha estima, pelos conhecimentos, jurídicos e não jurídicos transmitidos a cada dia de trabalho.

Agradeço também ao meu orientador Dr. Danilo Porfírio de Castro Vieira, verdadeiro doutor em Filosofia do direito e em Direito Civil.

Henrique Simon, conselheiro, professor, incentivador e paciente.

Rafael Duarte, minha fonte de estímulo.

Certamente, sem suas presenças, orientações e incentivos, cada um à sua especial maneira, foram essenciais para tornar esta obra uma realidade.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo demonstrar que o instituto da boa-fé vem sofrendo mudanças no modo de sua aplicação durante todo tempo. O problema central subsiste na indefinição da natureza jurídica da boa-fé, por isso, faz-se a abordagem doutrinária, jurisprudencial e conceitual das funções e relevância jurídica da boa-fé. O objetivo geral é propiciar um estudo aprofundado acerca do tema, para que só então seja possível realizar uma análise crítica da aplicação da boa-fé. Ressalta-se que foi necessário fazer uma análise da dogmática anterior ao modelo da boa-fé, utilizando o pensamento de Platão (*A República*), Aristóteles (*Ética a nicômaco*), Immanuel Kant (*Fundamentação da metafísica dos costumes*) e Hans Kelsen, (*Teoria pura do direito*). O estudo aponta que o Código Civil de 1916 foi baseado no pensamento positivista, ou seja, as normas, em sua maioria, eram fechadas. O Código Civil de 2002 buscou evoluir com a sociedade, logo, precisou fazer uso de mecanismo que possibilitasse evolução constante de seus institutos. A saída encontrada foi a boa-fé objetiva, instituto que permeia todo o ordenamento, trazendo padrões de conduta baseados na norma. Importante informar que boa-fé objetiva é uma cláusula geral que preconiza o bom funcionamento das relações entre os indivíduos, conforme o ordenamento, diferentemente da boa-fé subjetiva, que é o bom agir nas relações, mas conforme a ética. Nas considerações finais, após a análise jurisprudencial, constata-se que o entendimento do instituto da boa-fé objetiva ocorre de maneira equivocada. A jurisprudência deve decidir conforme a boa-fé objetiva, mas a sua essência, apresenta o conceito de boa-fé subjetiva.

Palavras-chaves: Boa-fé objetiva. Subjetiva. Ética. Moral. Kant. Kelsen.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O ESTUDO DA ÉTICA PARA A COMPREENSÃO DA BOA-FÉ	9
1.1 A ética para Platão	9
1.2 A ética para Aristóteles	11
1.3 A ética para Kant.....	16
1.4 Ética e moral	17
1.5 Ética e Direito	19
1.6 Justiça e Direito.....	21
1.7 Relações entre a boa-fé, ética e moral.....	23
2 BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA	25
2.1 A evolução da boa-fé.....	25
2.1.1 <i>Teoria romanística</i>	25
2.1.2 <i>Boa-fé no direito canônico</i>	27
2.1.3 <i>Boa-fé no direito germânico</i>	28
2.2 A boa-fé.....	29
2.2.1 <i>Boa-fé como princípio constitucional</i>	30
2.2.2 A boa-fé subjetiva.....	32
2.2.3 A boa-fé objetiva	36
2.2.3.1 <i>A boa-fé objetiva e a visão de Hans Kelsen</i>	39
2.3 A boa-fé nos sistemas jurídicos fechado e aberto	41
2.3.1 <i>A boa-fé no ordenamento jurídico fechado</i>	41
2.3.2 <i>A boa-fé no ordenamento jurídico aberto</i>	42
2.4 A manifestação da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro	44
3 BOA-FÉ OBJETIVA E SUA COMPREENSÃO JURISPRUDENCIAL	46
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIA	52

INTRODUÇÃO

A boa-fé possui um vasto campo de atuação diante da sociedade. O presente trabalho monográfico tem como objetivo demonstrar que o instituto da boa-fé vem sofrendo evoluções no modo de sua aplicação, contudo, não necessariamente para melhor.

No primeiro capítulo serão abordadas as noções gerais de ética e moral, com base em autores clássicos da filosofia, tais como Platão, Aristóteles, Immanuel Kant e Hans Kelsen. Este estudo se faz necessário, pois trata-se de institutos basilares da boa-fé.

Já no segundo capítulo o foco será a boa-fé objetiva propriamente dita, além de estudos da boa-fé subjetiva e buscando interação com a teoria positivista de Hans Kelsen, a fim de dar substrato aos argumentos necessários a conclusão deste trabalho.

Para o último capítulo, utilizar-se-á dos argumentos encontrados no capítulo dois, aplicando-os em análises jurisprudenciais, com o objetivo de demonstrar se há ou não o correto entendimento do instituto da boa-fé objetiva.

Após apresentar uma breve síntese do que será discutido nos capítulos do presente trabalho monográfico, faz-se pertinente demonstrar a relevância do estudo da natureza jurídica da boa-fé.

O presente estudo é pertinente, porque, hoje, pode-se perceber que para se viver em sociedade, é necessário saber lidar com relações sociais. Para que isso ocorra de uma maneira harmônica e organizada, é necessário obedecer leis justas, claras, compreensíveis e corretas.

Ocorre, que o instituto da boa-fé, apesar de está presente em vários ramos do Direito, como por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor (art. 4, III; art. 51, IV), no Código Civil (art. 113, 187, 422), esta não dispõe na lei o conceito de boa-fé. Então indaga-se: O que é a boa-fé? A relevância encontra-se justamente aqui. Um instituto que possui tamanha abrangência concedida na lei, não possui uma conceituação clara, correta e compreensível.

Na busca de uma solução para tal problema, foi pertinente o estudo do instituto da ética e da moral. Contudo, viu-se que há muita controvérsia entre os autores contemporâneos no que tange a esses dois dispositivos. Nesse sentido, a saída foi recorrer aos filósofos que tratavam na essência sobre esses temas.

Apoiando-se nos pensamentos de Immanuel Kant, foi possível fazer uma análise filosófica da ética e da moral, e constatou-se que a boa-fé está diretamente ligada a elas. Demonstrar como esses três institutos estão interligados, também será objeto do nosso estudo no presente trabalho.

Durante a leitura dos capítulos, poderemos verificar as variadas vertentes da boa-fé e certificar também que os autores modernos e a própria jurisprudência que tratam sobre o tema da boa-fé, interpretam tal instituto de maneira confusa e errônea.

O presente trabalho, como já foi apresentado durante a breve síntese, é composto de três capítulos, sendo que o primeiro, voltado mais para uma análise filosófica acerca da ética e da moral, demonstrando uma importante relação com o instituto da boa-fé, o segundo capítulo trata-se de uma abordagem mais técnica e explicativa, apresenta-se os pensamentos de autores antigos e contemporâneos, e o terceiro capítulo faz-se uma análise jurisprudencial acerca do instituto da boa-fé.

1 O ESTUDO DA ÉTICA PARA A COMPREENSÃO DA BOA-FÉ

Para alcançar o objetivo proposto neste trabalho, que trata de modo geral sobre o instituto da boa-fé, neste primeiro capítulo faz-se uma relação entre a ética e a boa-fé, abordando aspectos relevantes e características necessárias para o aprofundamento sobre o tema.

Num primeiro momento a análise é direcionada para as principais obras que tratam sobre a questão da ética. São indispensáveis as exposições de idéias dos filósofos como Platão, Aristóteles e Kant. Após, o estudo desses filósofos, abordar-se-á a diferença entre ética e a moral, sendo o primeiro capítulo finalizado no momento em que a relação entre ética e boa-fé é concretizada.

1.1 A ética para Platão

Platão (428-438 a.C) é o primeiro grande filósofo grego a tematizar em sua obra as principais questões éticas que chegaram até nossos dias¹.

A ética de Platão está intimamente ligada a sua filosofia política, pois da sua concepção metafísica a existência de dois mundos: o mundo sensível e o mundo das ideias permanentes, eternas, perfeitas e imutáveis, que constituem a verdadeira realidade e tem como cume a ideia do bem².

De acordo com Platão, para alcançar a ideia do bem, é preciso praticar várias virtudes, que correspondem a cada uma das partes da alma e consistem no seu funcionamento perfeito: a virtude da razão é a prudência; a da vontade ou ânimo, a fortaleza; a do apetite, a temperança. Estas virtudes guiam ou refreiam uma parte da alma, a harmonia entre as diversas partes constituem a quarta virtude, ou justiça³.

É na obra “A República” em que são apresentados os mais extensos diálogos de Platão e tem importância central em seu pensamento por discutir

¹MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética**: De Platão a Foucault. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.15.

²VÁLQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 27. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 270.

³Ibidem, p. 270.

praticamente todos os grandes temas de sua filosofia. Ao apresentar uma longa reflexão sobre a decadência da democracia ateniense, o texto formula um ideal de cidade justa, em nome do qual se pode criticar a Atenas da época, considerada por Platão decadente e corrupta⁴.

A República é assim a primeira utopia de nossa tradição, uma vez propõe a cidade ideal⁵. A ética desenvolvida por Platão consiste aquela que é hoje denominada ética clássica (contraposta à ética baseada no móvel de conduta), pela qual se parte da natureza do homem para estudar seus fins e os meios disponíveis para alcançar tais fins, presumindo-se o bem como realidade perfeita ou perfeição real, e não como objeto de vontade humana ou de regras que a dirigem (doutrina do móvel da conduta)⁶.

Ainda na obra *A República*, a ética apresentada é a ética das virtudes, é apontada por Platão a capacidade dialética como instrumento para caminhar pela verdade, em direção ao próprio ser, prescindindo dos olhos e dos outros sentidos. A maneira de alcançar a verdade é conhecer o bem. Nos livros VI e VII, a forma do bem é caracterizado por Platão como “suprema forma”, ou seja, o princípio metafísico mais importante, sendo de difícil definição, por sua própria natureza de princípio supremo⁷.

A alegoria da caverna é sem dúvida o texto mais célebre da República, onde Platão, utilizando da linguagem alegórica, discute o processo pelo qual o ser humano pode passar da visão habitual que tem das coisas, “a visão das sombras”, unidirecional, condicionada pelos hábitos e preconceitos que adquire ao longo de sua vida, até a visão do sol, que representa a possibilidade de alcançar o conhecimento da realidade em seu sentido mais elevado e compreendê-la em sua totalidade. A visão do sol representa não só a verdade e, portanto, do conhecimento em sua aceção mais completa, já que o sol é “a causa de tudo”, mas também, como diz Sócrates a conclusão dessa passagem:

⁴MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética**: De Platão a Foucault. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.29.

⁵Ibidem, p.29.

⁶ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 269.

⁷MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética**: De Platão a Foucault. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.16.

Nos últimos limites do mundo inteligível aparece-me a idéia do bem, que se percebe com dificuldade, mas que não se pode ver sem se concluir que ela é a causa de tudo o que há de reto e de belo. Acrescento que é preciso vê-la se quer comportar-se com sabedoria, seja na vida privada, seja na vida pública⁸.

Analisando o pensamento de Platão na alegoria da caverna, constata-se que dependendo do processo de transformação que o indivíduo passar, ele poderá tornar uma pessoa justa e virtuosa, nesse caso para ele atingir a verdadeiro conhecimento será necessário que o indivíduo, rompa preconceitos, barreiras e condicionamentos, caso contrário não atingirá o verdadeiro conhecimento⁹.

O sábio é aquele que atinge essa percepção. Para Platão, conhecer o bem significa tornar-se virtuoso. Aquele que conhece a justiça não pode deixar de agir de modo justo¹⁰.

Conclui-se então que o reencontro da ética com a realidade na visão de Platão é dada através de uma grande reforma social, política e econômica que torne a cidade mais simples, mais desligada dos valores materiais, mais igualitária e com uma educação rígida, com a finalidade de criar a cidade perfeita guiada pela ética¹¹.

1.2 A ética para Aristóteles

Enquanto nos diálogos de Platão todas as grandes questões filosóficas se encontram bem encadeadas e passamos de uma discussão sobre a verdade e o conhecimento para outras de natureza ética, a filosofia de Aristóteles é de caráter mais sistemático e analítico, dividindo a experiência humana em três grandes áreas: o saber teórico, ou campo do conhecimento; o saber prático, ou campo da ação; e o saber criativo ou produtivo¹².

⁸Apud Ibidem, p. 31.

⁹PLATÃO, **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.210.

¹⁰MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética**: De Platão a Foucault. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 31.

¹¹Ibidem, p.29.

¹²Ibidem, p.37.

No sistema de Aristóteles, a ética juntamente com a política, pertence ao domínio do saber prático, que pode ser contrastado ao saber teórico. Enquanto o âmbito do saber teórico, que inclui a metafísica, a matemática e as ciências naturais, sobretudo a física, o objetivo é o conhecimento da realidade em suas leis e princípios mais gerais, no domínio do saber prático o intuito é estabelecer sob que condições podemos agir da melhor forma possível tendo em vista o nosso objetivo primordial que é a felicidade (*eudaimonia*), ou a realização pessoal. Esse saber prático é por vezes também denominado prudencial, por ter como faculdade definidora a prudência, como em alguns casos se traduz o termo grego *phronesis*, que pode ser traduzido ainda como razão prática, ou capacidade de discernimento, ou seja, o sentido existencial do homem, que não se encontra apenas na vontade, mas também nas ações (operatividade/interação do homem com outro e com o meio)¹³.

A interação do homem com o meio social e natural acabam por produzir problemas, dificuldades, necessidades (contingências), que devem ser superadas. Logo, a sabedoria prática tem como fim a superação dos problemas (contingências) por meio da constituição de uma vida prudente. A prudência ou a sabedoria será composta pela conjugação de diversos fatores: O conhecimento lógico, os costumes e valores sociais, as experiências pessoais e as virtudes inerentes que implicarão em uma ação equilibrada, na busca da felicidade. O homem feliz é aquele que sabe lidar com as dificuldades¹⁴.

No que consiste essa felicidade e como é possível ao ser humano alcançá-la são as questões centrais da Ética a Nicômaco. Para obter respostas, Aristóteles examina a natureza humana e suas características definidoras do ponto de vista ético: as virtudes. Grande parte da discussão do texto é dedicada, portanto, ao conceito de virtude moral (areté), ou excelência de caráter¹⁵.

¹³Ibidem, p. 37.

¹⁴ANDERY, Maria Amália Pie Abib; MICHELETTO, Nilza; SÉRIO, Tereza Maria de Azevedo Pires. **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica**. 15. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, p.95.

¹⁵MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética: De Platão a Foucault**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.37

A ideia de ética nesse caso é o protótipo da concepção de ética finalista, segundo o qual se determina a natureza necessária do homem, dela deduzindo o fim para o qual deve orientar-se a conduta humana¹⁶.

A ética de Aristóteles apresentada pelo autor Lesley Brown, consiste a investigação sobre o bem humano, o bem para todos os seres humanos¹⁷.

Aristóteles define seu objetivo como eminentemente prático e critica a concepção platônica de forma, ou idéia, do Bem, por seu sentido genérico, excessivamente abstrato e distante da experiência humana¹⁸.

A ética a nicômaco, de Aristóteles (384-22 a.C.), foi o primeiro tratado de ética da tradição filosófica ocidental e como um estudo sistemático sobre as normas e os princípios que regem a ação humana e com base nos quais essa ação é avaliada em relação a seus fins. O texto ficou conhecido como “ética a nicômaco” por ter sido dedicado a nicômaco, filho de Aristóteles. A obra marcou profundamente a discussão filosófica nessa área¹⁹.

Dos capítulos 4 ao 7 do livro I, dentre os quais destacamos capítulo 6, encontramos a caracterização aristotélica da felicidade (eudaimonia) como objetivo visado por todo o ser humano. O termo eudaimonia pode ser entendido também como bem-estar em relação a algo que se realiza. Portanto, na concepção aristotélica a felicidade está relacionada à realização humana e ao sucesso aquilo que se pretende obter, o que só se dá se aquilo que se faz é bem-feito, ou seja, corresponde a excelência humana e depende de uma virtude (areté) ou qualidade de caráter que torna possível essa realização²⁰.

Como dito anteriormente, para alcançar a felicidade, é necessário que a natureza humana aja de modo ético através das virtudes e para Aristóteles, a justiça é o principal fundamento da ordem do mundo, todas as virtudes estão

¹⁶ARENDR, Hannah. **A condição humana**, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2001, p. 206.

¹⁷BUNNIN, Nicholas e JAMES E.P Tsui, **Compêndio de filosofia**. 2. ed. São Paulo, 2002, p. 658.

¹⁸MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética**: De Platão a Foucault. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 37.

¹⁹Ibidem, p. 37.

²⁰Ibidem, p. 37.

subordinadas à justiça, por isso constata-se que para alcançar a felicidade, é necessário seguir a justiça, afim de constituir uma atitude ética e obter a virtude²¹.

Para o filósofo, a justiça é indissociável da vida em comunidade, ela se realiza a prática constante da relação com o outro. Ressalta-se que a ética e a justiça não são adquiridas nos livros ou através do pensamento, mas sim através da vida prática. A justiça considerada como virtude moral consiste essencialmente em dois fatores, a obediência às leis da polis e o bom relacionamento com os cidadãos²².

O livro V de *Ética a Nicômaco* aborda sobre a justiça e a injustiça, e de acordo com Aristóteles, dever-se-á indagar com que espécie de ações se relaciona com elas, que espécie de meio-termo é a justiça e entre que extremos o ato justo é meio-termo²³.

Nas palavras de Aristóteles (2007, p.103):

A justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto. Adotemos também nós, essa definição como base geral.

O filósofo ainda declara que o justo é o respeito a lei, respeito a igualdade, e por conta disso, até cria-se a teoria da justiça da equidade que pode ser entendida como uma forma de correção e aprimoramento da lei quando ela demonstra ser deficiente em razão de sua universalidade²⁴.

De acordo com o capítulo 7 do livro V de *Ética ao Nicômaco*, Aristóteles fala que da justiça política, uma parte é natural, a outra é legal. A natural tem em qualquer lugar a mesma eficácia, e não depende das nossas opiniões, a

²¹SANTOS, Liones. **A Justiça em Aristóteles**. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1711955-justi%C3%A7a-em-arist%C3%B3teles/>> Acesso em: 27 outubro. 2010.

²²Ibidem, Acesso em: 27 outubro, 2010.

²³ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p.103.

²⁴Ibidem, p.103.

legal é, em sua origem, indiferente que se faça assim ou de outro modo, mas, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente²⁵.

A lei suprema da moralidade consiste em realizar a essência, a natureza. O que é natural é moral, de acordo com a essência imutável. A lei natural tem sua essência no justo de acordo com a natureza. Mas, os indivíduos devem viver também na lei positiva que varia sempre, deve realizar-se na lei positiva que é meramente convencional, produto de situações particulares, meros pronunciamentos de um corpo de legisladores. A classificação aristotélica da justiça segue o princípio lógico de estabelecer as características ou propriedades do geral, para depois analisar os casos particulares. Há, desse modo, segundo Aristóteles, uma justiça geral e uma justiça particular. A justiça geral é a observância da lei, o respeito à legislação ou as normas convencionais instituídas pela polis. Tem como objetivo o bem comum, a felicidade individual e coletiva. A justiça geral é também chamada de justiça legal²⁶.

Para os gregos, a justiça legal compreendia não somente a justiça sob a forma do ordenamento jurídico positivo, mas principalmente as leis não escritas, universais e não derogáveis do Direito Natural²⁷.

Para Aristóteles, a lei positiva tem seu fundamento nos costumes, disso decorre que a lei não tem nenhuma força para ser obedecida a não ser pelo costume. As leis civis são uma garantia contra a injustiça, mas elas não têm poder para fazer os indivíduos justos e bons. A Justiça particular tem por objetivo realizar a igualdade entre o sujeito que age e o sujeito que sofre a ação, esta divide-se em justiça distributiva e justiça corretiva. A justiça distributiva consiste na distribuição ou repartição de bens e honraria segundo os méritos de cada um. A corretiva visa a correção das transações entre os indivíduos, que pode ocorrer de modo voluntário, como nos delitos em geral. Nesta forma de justiça, surge a necessidade da intervenção de uma terceira pessoa que deve decidir sobre as relações mútuas e o eventual descumprimento de acordos ou cláusulas contratuais. Surge a necessidade

²⁵Ibidem, p.117

²⁶SANTOS, Liones. **A Justiça em Aristóteles**. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1711955-justi%C3%A7a-em-arist%C3%B3teles/>> Acesso em: 27 outubro. 2010.

²⁷Ibidem, Acesso em: 27 outubro. 2010.

do juiz que, segundo Aristóteles, passa a personificar a noção do justo. A justiça corretiva é também denominada equiparadora ou sinalagmática, pois as partes estabelecem obrigações recíprocas, e são subdivididas em: Justiça comutativa que preside os contratos em geral como compra e venda, locação, empréstimo, etc. Esse tipo de justiça é essencialmente preventiva, uma vez que a justiça prévia iguala as prestações recíprocas antes mesmo de uma eventual transação. E Justiça reparativa que visa reprimir a injustiça, a reparar ou indenizar o dano, estabelecendo, se for o caso, a punição²⁸.

Aristóteles argumenta que; num mundo onde a maioria dos indivíduos se encontra submetida às paixões, é preciso conceber uma polis dotada de leis justas. Para isso, é necessário estudar a ciência da legislação a qual é uma parte da Política. É melhor ser governado por leis do que por excelentes governantes, porque as leis não estão sujeitas as paixões, enquanto que os homens, por mais excelentes que sejam não estão livres delas²⁹.

1.3 A ética para Kant

Neste item, abordar-se-á o entendimento de Kant em relação à moral, ética e direito, e seus desdobramentos.

Primeiramente, é necessário fazer distinção entre imperativo hipotético e categórico. Kant ensina que o imperativo hipotético é a ação condicionada, ou seja, ação que, para ser realizada, precisa utilizar-se de determinado meio. O imperativo hipotético está ligado à ética, pois ética são regras subjetivas de determinado ser, regras que não podem ser universalizáveis. Já o imperativo categórico, este busca a universalização de determinada regra: se for possível universalizar uma regra, estamos diante da moral; se não for, é caso de ética³⁰.

Para se saber se um determinado princípio é moral ou não, é preciso fazer uso de regras de universalização. Isso significa que temos que perguntar se

²⁸SANTOS, Liones. **A Justiça em Aristóteles**. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1711955-justi%C3%A7a-em-arist%C3%B3teles/>> Acesso em: 27 outubro. 2010.

²⁹Ibidem, Acesso em: 27 outubro. 2010.

³⁰TERRA, Ricardo. **Kant e o Direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 12.

aquele determinado princípio é ou não passível de universalização. É exatamente isso que o imperativo faz. Imperativo é procedimento utilizado para testar regras subjetivas. Portanto, a moral para Kant é procedimental, formal, já que propõe um procedimento formal para testar qualquer princípio moral³¹.

A moral é procedimental. Isso significa que ela não é material, ou seja, não possui conteúdo³². Essa conclusão é de grande importância ao desenvolvimento do tema proposto.

Em resumo, Kant formula seu célebre princípio do imperativo categórico, age somente de acordo com aquela máxima pela qual possa ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal. Este princípio determina que a ação moral é aquela que pode ser universalizada. Trata-se assim de um princípio formal, isto é, independente do que fazemos, nossa ação será moral se puder ser universalizada. Por exemplo: devemos cumprir o que prometemos e manter a nossa palavra porque esperamos que as outras pessoas também o façam, e se não fizerem toda a prática de fazer promessas desmorona. Mas ninguém pode racionalmente desejar isso, pois mesmo aquele que viola as suas promessas espera que os outros as cumpram e que suponham que ele mesmo as cumprirá. Do contrário, promessas não terão efeito algum. Agir moralmente é portanto, agir de acordo com este princípio³³.

1.4 Ética e moral

A ética é o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, a ciência do comportamento deontológico dos homens em sociedade.³⁴

De acordo com Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins, a moral é o conjunto de regras de condutas admitidas em determinada

³¹Ibidem, p. 12-13.

³²Ibidem, p. 13.

³³ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002, p. 285.

³⁴PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p.98.

época ou por um grupo de homens, nesse sentido, o homem moral é aquele que age bem ou mal na medida em que acata ou transgride as regras do grupo.³⁵

A ética ou filosofia moral é a parte da filosofia que se ocupa com a reflexão a respeito das noções e princípios que fundamentam a vida moral. Essa reflexão pode seguir as mais diversas direções, dependendo da concepção de homem que se toma como ponto de partida.

Nos dizeres de Guilherme Assis de Almeida e Martha Ochsenhofer Christmann, entende-se que o comportamento moral não se baseia uma reflexão, mas nos costumes de determinada sociedade em determinado lugar em um preciso tempo histórico. Ele é portanto costumeiro, tradicional e não filósofo.³⁶

Outro autor que aclara a distinção entre a ética e moral é Gilberto Contrim que explica a moral como conjunto de normas e condutas reconhecidas como adequadas ao comportamento humano por uma comunidade humana. A moral estabelece princípios de vida capazes de orientar o homem para ação moralmente correta. A ética é um estudo sistematizador das diversas morais, no sentido de explicitar os seus pressupostos, ou seja, as concepções sobre o ser humano e a existência humana que sustentam uma determinada moral. Neste sentido, a ética é uma disciplina teórica sobre uma prática humana, que é o comportamento moral.³⁷

Ainda na visão de Mariana Pretel, a ética seria um verdadeiro estudo da moral e ambas se caracterizariam como verdadeiros elementos formadores que influenciam a legislação escrita e lhes dão os necessários substratos e apoio³⁸.

E complementando, Guilherme Assis de Almeida e Martha Ochsenhofer Cristmann dizem que uma vez exposto o conceito de ética e moral, é possível concluir que a moral baseia-se no comportamento da sociedade e que a

³⁵ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**, 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002, p. 274.

³⁶ALMEIDA, Guilherme Assis de e CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e direito: Uma perspectiva integrada**, São Paulo: Atlas, 2002, p. 15.

³⁷CONTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia: História e Grandes Temas**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 264.

³⁸PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**, Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 99.

ética, com a reflexão desse comportamento criará normas universais com a finalidade de estabelecer as melhores ações³⁹.

Não obstante os pensamentos sobre ética e moral dos autores nesse item, entende-se que boa parte deles preconiza de forma contrária a Kant: ética é princípio restrito ao subjetivismo dos indivíduos e moral é princípio capaz de universalização. Conclui-se, portanto, que as normas éticas não necessitam de força estatal para seu cumprimento (isso é moral), mas são a base para a criação da legislação estatal⁴⁰.

1.5 Ética e Direito

Tanto a ética quanto o direito têm em vista a conduta humana. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que tanto a moral quanto a ética possuem um objetivo idêntico, qual seja, o ordenamento do comportamento social. Segundo Stoco, a vida ética supõe contínuo esforço direcionado a consecução da perfeição e da justiça (Mariana Pretel, p. 100).

Mariana Pretel e Pretel⁴¹ diz que a moral constitui substrato do direito, e que a aproximação dos valores éticos ao direito é deveras importante no sentido de alcance da justiça. Ocorre que tal afirmação não é verdadeira, pois, como foi visto em Kant, o direito é universal e a ética é pessoal, sendo incompatível a inserção de mecanismos éticos no ordenamento jurídico.

O professor Antônio Jorge Pereira nos ensina que o direito modernamente para alguns, pode ser entendido como lei, mas existem leis injustas, então é possível constatar que o direito não é somente lei. O direito é encarado como também lei.

O direito serve para solucionar problemas, se esse problema estiver presente em uma relação contratual, o direito irá se manifestar de modo que

³⁹ALMEIDA, Guilherme Assis de e CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e direito: Uma perspectiva integrada**, São Paulo: Atlas, 2002, p.15.

⁴⁰PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**, Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 99.

⁴¹Ibidem, p. 100.

aproxime a parte novamente do livre arbítrio perdido. Ocorre que em diversas relações contratuais, as partes têm o poder de liberdade, mas como elas não conseguem controlar esse poder, acabam se distanciando do livre arbítrio, abusando do direito e quebrando o equilíbrio da relação contratual.

Abuso de direito, afastamento do livre arbítrio e quebra do equilíbrio da relação jurídica, são muitas vezes conseqüências geradas pela má-fé, pelas atitudes antiéticas e pela quebra da confiança e da lealdade. Por isso, o direito surge para regular e solucionar essas situações, aproximando novamente o livre arbítrio das relações contratuais.

O filósofo Luiz Paulo Rouanet, entende que Kant mostrou que nenhum Estado de direito poderia subsistir se não houvesse por parte dos cidadãos uma adesão a esse sistema, e não uma mera obediência em virtude da coerção. No mesmo sentido é a cita Rousseau que disse que colocar a lei acima do homem é um problema em política. E que tem que resolver bem esse problema e o governo fundado sobre essa solução será bom e sem abuso. Mas até lá onde acreditarem fazer reinar as leis serão os homens que reinarão⁴².

Dessa forma, o professor e filósofo Luiz entende que é preciso desenvolver a ética da nação. E que em primeiro lugar, é preciso *criar* os cidadãos, pois estes só se tornam efetivamente cidadãos quando têm seus *direitos* respeitados, e quando, em contrapartida, observam seus *deveres*. Parafraseando Erasmo, o homem não nasce cidadão, mas se torna tal através da educação (ver Rouanet 2000). O cidadão só é despertado para a necessidade de seu comportamento ético quando, em contrapartida, percebe que é a ética que torna possível sua convivência em sociedade. Mas para isso é preciso que valorize essa convivência, que a sociedade lhe mostre que essa convivência pacífica vale a pena, é para sua vantagem também e não apenas para a vantagem de uns poucos que não ele. De certo modo, é o motivo que, segundo Hobbes e os demais contratualistas, o leva a abrir mão de sua liberdade em nome da liberdade de todos, ou da preservação da vida, de seus bens etc. Enquanto o ser humano não tiver

⁴²ROUANET, Luiz Paulo. **A Justiça em Aristóteles**. Disponível em: <http://www.faac.unesp.br/pesquisa/tolerancia/texto_etica_rouanet.htm> Acesso em: 9 novembro. 2010.

acesso a essas garantias, continuará vivendo em estado de natureza, pois este lhe parecerá como mais vantajoso, e em muitos casos efetivamente o é⁴³.

Ainda Luiz, caracteriza o comportamento moral como a universalização do próprio comportamento. É a situação em que o indivíduo se pergunta se pode ou não universalizar, isto é, estender a todos, a máxima do comportamento que presentemente está adotando. Se puder fazê-lo sem cair em contradição com sua própria máxima, então este comportamento é moral, ou justo⁴⁴.

1.6 Justiça e Direito

Justiça vem do latim *justitia* e significa conformidade com o direito, dar a cada um o que por direito lhe pertence, praticar a equidade. Direito vem do latim *directu* e significa o que é reto, probo, numa acepção mais restrita, o conjunto de disposições legais que regulam obrigatoriamente as relações dentro de uma determinada comunidade⁴⁵.

Os dois conceitos surgem, assim, aparentados, algumas vezes podem aparecer em confronto, mas a maioria das vezes correspondem a formas complementares de encarar o que é justo, logo devido e de impor o que é devido, por ser justo. Tratam-se, também, de conceitos filosóficos utilizados pelos pensadores da antiguidade e retomados por outros, até aos nossos dias, encontrando acolhimento a ciência jurídica e na filosofia. São conceitos estruturantes a uma ética de valores e de conduta⁴⁶.

No pensamento de Platão, a justiça era vista como harmonia, harmonia desde logo entre as três classes da cidade, os filósofos, os guardas, e os operários, harmonia entre as três partes da alma: o apetite, o coração e a razão. A sua obra *A República*, Platão coloca na boca de Sócrates que a justiça quer que o

⁴³Ibidem, Acesso em: 9 novembro. 2010.

⁴⁴Ibidem, Acesso em: 9 novembro. 2010.

⁴⁵CREDIDIO, Olavo Príncipe. **Justiça.** Disponível em: <<http://blog.hsn-advogados.com.br/2008/08/29/justica/>> Acesso em: 9 novembro. 2010.

⁴⁶Ibidem, Acesso em: 9 novembro. 2010.

homem administre bem os seus assuntos domésticos, que tome o comando de si mesmo, que ponha ordem em si mesmo e ganhe a sua própria harmonia⁴⁷.

Já na visão de Aristóteles, a justiça é concebida como algo que devemos uns aos outros, consistindo uma certa equidade pela qual a justa e definitiva exigência do outro (nem mais, em menos) é satisfeita. A justiça respeita aos outros já que ninguém deve justiça a si próprio. Aristóteles distingue a justiça distributiva que se ocupa da repartição equitativa dos bens e honras a cidade, da justiça coercitiva que se ocupa em aplicar punições às vantagens obtidas pela força e com desrespeito do que é devido⁴⁸.

Kant equivale à justiça ao livre arbítrio, pois toda ação é justa quando pode fazer coexistir a liberdade e o arbítrio de cada um com a liberdade do outro segundo a lei universal e na medida em que o máximo (do arbítrio e da liberdade) permita essa coexistência⁴⁹.

Outro filósofo que é interessante abordar é John Rawls que afirma que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais tal como a verdade o é para os sistemas de pensamento. Uma teoria, por mais elegante que seja deve ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, não obstante serem eficazes e bem concebidas devem ser reformadas e abolidas se forem injustas. Cada um beneficia do bem-estar da sociedade como um todo pode ser eliminada⁵⁰.

O direito é, por sua vez, identificado como que é legítimo, com o que deve ser, em oposição ao que existe, o que é. O conceito introduz uma preocupação normativa, ordenadora, reguladora e, assim, fala-se em direito positivo querendo referir o conjunto de leis, usos e costumes que regem as relações entre os homens em dada comunidade política, que são assumidos pelo seus membros como algo vinculativo e obrigatório, sujeitando-se, quem os desrespeite, as sanções; em direito

⁴⁷Ibidem, Acesso em: 9 novembro. 2010.

⁴⁸ROUANET, Luiz Paulo. **A Justiça em Aristóteles**. Disponível em: <http://www.faac.unesp.br/pesquisa/tolerancia/texto_etica_rouanet.htm> Acesso em: 9 novembro. 2010.

⁴⁹Ibidem, Acesso em: 9 novembro. 2010.

⁵⁰Ibidem, Acesso em: 9 novembro. 2010.

natural quando se afirma que subsistem um conjunto de prerrogativas que cada homem tem o direito de reivindicar, a todo o tempo e em qualquer condição, pois são parte da natureza da espécie humana. As quais no limite devem iluminar a feitura das leis⁵¹.

1.7 Relações entre a boa-fé, ética e moral

Primeiramente, faz-se necessário uma pequena introdução com o objetivo de evitar maiores confusões. Trata-se de assunto do próximo capítulo, mas se adiantará algumas informações a fim de tornar a leitura mais didática. A boa-fé pode se apresentar de duas formas, objetiva ou subjetiva. De forma resumida, a boa-fé subjetiva está intrincada com a ética, enquanto que a boa-fé objetiva, com a moral. Haverá momentos em que se falará de boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, tendo como elemento identificador somente o assunto ao qual está ligado: boa-fé subjetiva – ética e boa-fé objetiva – moral.

Henrique C. Lima Vaz entende que a ética é um subsistema relacional do ser humano (ao lado da ciência, da política e da técnica), com características de subsistema cognoscitivo, prático e instrumental, ao lado do subsistema estrutural, que inclui os subsistemas orgânico, psíquico e espiritual. Seu objeto é a realidade histórico-social manifestada pela ação social e individual ordenada de acordo com fins, que são os valores nela presentes. O agir ético pressupõe uma interação dialética entre razão e liberdade, na qual a relação de consciência moral com o bem define o invariante fundamental da vida ética. Assim, o agir ético individual possui um elemento estrutural, que consiste o ato do sujeito ético, e um elemento teleológico-normativo, que é a finalidade do agir concretizado na realidade⁵². Em resumo, o agir ético é ato de vontade, guiado pela auto-realização do ser.

Camila de Jesus Mello Gonçalves ensina que referir-se ao conteúdo ético da boa-fé, portanto, envolve os dois aspectos filosóficos da ética: um

⁵¹Ibidem, Acesso em: 9 novembro. 2010.

⁵²LIMA VAZ, Henrique C. **Introdução à ética filosófica 2**. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 15-16.

relacionado à ação e o outro, à sua finalidade do bem⁵³. De fato a boa-fé consiste em regra moral, por se preocupar com a análise da ação e fixar parâmetros de conduta, independente do elemento interno de cada um.

Para entender melhor a relação entre o instituto da boa-fé, ética e moral, não poderíamos deixar de citar Immanuel Kant, pois o referido autor aborda com profundidade no que tange a ética e a moral. Com as suas afirmações, e com os estudos realizados até o presente momento, é possível relacionar à ética e a moral ao instituto da boa-fé.

Kant defende que a ética não pode ser universalizável porque é um elemento interno e individual de cada pessoa. Traçando um parâmetro com o instituto da boa-fé é possível afirmar que a boa-fé subjetiva está estritamente ligada a conceituação da ética de Kant, pois a boa-fé subjetiva é o agir com lealdade, honestidade e confiança perante uma outra pessoa, trata-se de virtude. A boa-fé subjetiva está ligada a índole, no bem agir de uma relação entre pessoas.

Quanto à moral, pode-se constatar que de acordo com Kant, é universalizável, ou seja, o que importa não é a índole, o arbítrio e a virtude da pessoa, o que realmente importa é se a pessoa seguiu estritamente a lei universal do direito. Através dessa análise sobre a moral, é possível afirmar que a boa-fé objetiva está relacionada diretamente com a moral universalizada de Kant, pois um exemplo é a relação contratual atual, as partes não dão importância ao elemento interno e individual da outra parte, elas simplesmente realizam o contrato com o elemento básico: a universalidade da lei.

Finalmente, pode-se concluir a relação da boa-fé, ética e moral baseado nos pensamentos kantianos e de alguns autores contemporâneos, porém vale ressaltar que existem autores atuais e modernos que confundem os três institutos, como veremos nos itens 2.2.2 e 2.2.3 do próximo capítulo.

⁵³GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da boa-fé: perspectiva e aplicações**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 25.

2 BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA

Após introdução filosófica feita no capítulo anterior, estudar-se-á mais a fundo, os tipos de boa-fé, quais sejam, boa-fé objetiva e subjetiva, a fim de pontuar suas diferenças e peculiaridades. O principal objetivo desse capítulo é o estudo da boa-fé objetiva, fazendo análise de sua evolução e entendimento atual.

2.1 A evolução da boa-fé

2.1.1 Teoria romanística

A gênese da boa-fé está interligada ao direito romano.⁵⁴ A expressão possui origem latina, em *fides*⁵⁵, que significa agir com lealdade, confiança, honestidade e sinceridade, conceitualmente a *fides* pressupõe o saber o que disse, cumprir o que se diz ou o que se promete, a palavra evidencia uma exigência de respeito⁵⁶.

Menezes Cordeiro, Judith Martins Costa e Célia Barbosa Abreu Slawinski, fizeram uma análise sob o prisma semântico da *fides* que referiam a três conotações: a *fides sacra* (conotação religiosa), a *fides fato* (despida de qualquer conotação religiosa, presente em garantias do tipo pessoal, as relações de clientela) e a *fides ética* (vertente ética, expressa na qualidade da pessoa)⁵⁷.

No período arcaico e pré-clássico romano, a *fides* não possuía grande força vinculativa, o que foi adquirido somente com o passar dos anos. Foi no período clássico que a palavra *fides* foi agregada ao qualificativo “*bona*”, que constringe aquele que prometeu a cumprir o pactuado ou prometido segundo o seu espírito⁵⁸.

⁵⁴MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumin Juris, 2001, p.31.

⁵⁵CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**, Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p.53.

⁵⁶MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumin Juris, 2001, p.31 e 32.

⁵⁷PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**, Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p.26.

⁵⁸Ibidem, p. 26.

De acordo com Menezes Cordeiro, a *fides* era a matéria mais importante para o cumprimento da obrigação⁵⁹. É na *fides bona* que a natureza da norma jurídica objetiva tem um comportamento honesto, correto e respeitador da lealdade dos costumes de tráfico⁶⁰. A *fides* era, portanto, o ponto de partida para a confiança, tratava-se, em síntese, de um conceito ético que passou ao mundo jurídico. Para Menezes Cordeiro, inclusive, a *fides* poderia ter inspirado o severo tratamento dado ao devedor na Lei das doze tábuas⁶¹.

Judith Martins Costa leciona que no período clássico a *bona fides* transmuta-se nas relações negociais romanas para a atuação como tópico e expediente técnico-jurídico de uso da jurisdição (é a *bonae fidei in iudicium ou iudicia bonae fidei*)⁶².

O surgimento da *iudicia bonae fidei*, traz ao juiz um campo de atuação e apreciação mais amplo na hora de julgar determinado caso⁶³. Ainda, Judith Martins Costa ensina que tais procedimentos perante o juiz, nos quais se sentenciava com arrimo na boa-fé no campo dos negócios jurídicos, nas hipóteses em que não havia texto expresso em lei, conferindo-se ao magistrado um especial poder para decidir de acordo com as circunstâncias concretas. O juiz deveria sentenciar conforme os ditames da boa-fé⁶⁴. Tais procedimentos eram aplicados indistintamente a todos os que em Roma se encontravam, fossem civis ou peregrinos.

Pelo entendimento de Nelson Rosendal, é possível, então aferir a proximidade entre a *iudicia bonae fidei* e o princípio da boa-fé objetiva do direito das obrigações como espécie de cláusula geral a ser atuada pelo magistrado diante do caso concreto em valioso estudo sobre boa-fé o direito romano.

⁵⁹CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**, Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 106.

⁶⁰MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 33.

⁶¹NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para a interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 37.

⁶²PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 27.

⁶³MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 34.

⁶⁴MARTINS-COSTA, Judith, **A boa-fé no direito privado**, 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 74.

Depois da criação do “*fides bona*”, Menezes Cordeiro entende que:

(...) a “*fides*” ficou novamente disponível para traduzir também, o sentido que lhe deu o cristianismo nascente e que se mantém: FÉ. Pode-se dizer que nessa linha de raciocínio nasce a feição da boa-fé subjetiva⁶⁵.

Na análise dos fatos, de acordo com Mariana Pretel, constata-se que é imprescindível um estudo do direito romano, uma vez que nosso ordenamento jurídico possui fundamentos em seus valores consagrados no que tange a boa-fé⁶⁶.

2.1.2 Boa-fé no direito canônico

Durante a Idade Média, sob a influência do direito canônico, conferiu-se a boa-fé uma tonalidade ética que se equiparava à ausência do pecado, traduzindo-se em um desvio de aplicação; faltar com a palavra empenhada ou não agir de boa-fé era pecado⁶⁷.

Mariana Pretel afirma que veio um verdadeiro fenômeno de subjetivação da boa-fé entendendo-se esta apenas como um estado de ciência individual, requerendo a consciência íntima e subjetiva da ausência do pecado, desaparecendo por completo a boa-fé garantia⁶⁸.

O autor Nelson Rosenvald entende que ao contrário do direito civil romano, o direito canônico estendeu a boa-fé aos “*nula pacta*”, ou seja, ao acordos meramente consensuais por ela abrangidos, em virtude da transcendência do respeito da palavra dada. A boa-fé adquire uma dimensão ética e axiológica por se situar em uma escala que traduz a concretização da lei divina⁶⁹.

⁶⁵CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 75.

⁶⁶PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 27.

⁶⁷MARTINS, Flávio Alves, **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumin Juris, 2001, p. 37.

⁶⁸PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 29.

⁶⁹ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**, 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76-77.

2.1.3 Boa-fé no direito germânico

O famoso código alemão, em suas disposições, adotou a distinção entre a boa-fé, admitindo a existência do instituto em seus aspectos objetivo e subjetivo⁷⁰.

De acordo com a autora Judith Martins Costa, a contribuição germânica se deu no sentido de que, no domínio da boa-fé, ocorreu a inserção de um conjunto de novos valores. E esses valores eram relacionados à ideia de boa-fé subjetiva, com adstrição do comportamento social, em seus aspectos de lealdade, vedação de conduta contraditória e exato cumprimento dos deveres assumidos⁷¹.

De acordo com pensamento já firmado noutra oportunidade, o código alemão marcou o início de uma nova época, sendo que, a doutrina e jurisprudência alemã foram principais responsáveis pela real concretização do princípio da boa-fé, especialmente no período imediatamente posterior à 1ª Guerra Mundial. Foi necessária uma superação do princípio da autonomia da vontade, do liberalismo burguês e da visão católica e excessivamente subjetiva a boa-fé. Os doutrinadores germânicos se mostram sensíveis às exigências de equidade, preferencialmente aos princípios logicamente deduzidos e criados pelo sistema⁷²..

Nos ensinamentos de Célia Barbosa Abreu Slawinski, ao estudar o tema da boa-fé objetiva na Alemanha, mencionou os ensinamentos contidos na obra clássica; Tratado de derecho civil, de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Marti Wolff, onde explicou que a boa-fé tem um sentido absoluto e supremo que domina todo o direito das obrigações, estando em todas as relações obrigacionais sujeitas a seu império. A boa-fé também proíbe que se cometa o abuso de pretensões jurídicas formais ou aparentemente fundadas. Ela protege o devedor contra as exigências impertinentes que se choquem contra o direito e a equidade. O parágrafo 242 do Código Alemão (BGB) protege, igualmente, o credor contra a conduta do devedor que viole a boa-fé. Trata-se uma regra que pode ser aplicada de ofício pelo

⁷⁰PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 30.

⁷¹Apud Ibidem, p. 30.

⁷²PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 30.

juiz, independente de requerimento das partes. Em determinadas circunstâncias, a boa-fé pode acarretar uma ampliação de prestação devida, em virtude de contrato ou da lei. De outro lado, a boa-fé pode, por vezes ensejar a atenuação da prestação devida. A jurisprudência alemã teria entendido, ainda em razão do parágrafo 242, que a boa-fé justifica a revalorização das prestações afetadas pela desvalorização sofrida pelo dinheiro em consequência da guerra e da inflação⁷³.

É de fácil constatação que a noção de boa-fé objetiva da boa-fé, relacionada à confiança geral, estabelecida em nível de comportamento coletivo e reciprocidade de deveres⁷⁴.

Mariana Pretel nos ensina que o sistema romano germânico passou a buscar uma nova adequação à vida, mormente com a atuação conjunta dos magistrados, tornando-se, por conseguinte, um instrumento para o cumprimento da função social a que é precipuamente destinado. A partir daí, o princípio da boa-fé passou a ser incorporado a quase toda a totalidade dos códigos europeus⁷⁵.

2.2 A boa-fé

Após analisar a boa-fé no direito romano e canônico e germânico, iremos analisar a boa-fé como princípio, constitucional. No item a seguir, citamos inicialmente, o ordenamento jurídico aberto e fechado, e ainda afirmamos que o sistema brasileiro é composto de um ordenamento jurídico aberto. Contudo a explicação desse dispositivo será feita mais a frente, no item 2.3 deste mesmo capítulo.

Ainda nesse item, tentou-se demonstrar através de análises de pensamentos de autores contemporâneos, a interpretação atual da boa-fé como princípio constitucional.

⁷³PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 31.

⁷⁴Ibidem, p. 31.

⁷⁵PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 32.

2.2.1 Boa-fé como princípio constitucional

Adiantando o que será visto com mais profundidade logo a frente, os ordenamentos jurídicos podem ser classificados em sistemas abertos e fechados. Hoje, a maioria dos ordenamentos jurídicos (incluindo o brasileiro) se encontra dentro de um sistema aberto, esse fato gera a possibilidade da aplicação de normas e princípios jurídicos⁷⁶.

Noberto Bobbio ensina que o jurista deve retirar as regras jurídicas da dinâmica das relações entre as variadas forças sociais e não de regras mortas dos códigos, uma vez que o direito enuncia um fenômeno social. E, pondera, ainda, que o positivismo deve ser abandonado em determinados aspectos⁷⁷.

Pretel diz que o sistema deve ser dinâmico e, conseqüentemente, mutável, posto que modificável é a sua base de sustentação, quais sejam, as relações sociais. E ainda, pode-se afirmar que dentro deste contexto, o pós-positivismo promoveu um encontro da norma com a ética, com a introdução aos ordenamentos de ideais de justiça e valores sociais materializados sobre forma de princípio⁷⁸.

A boa-fé objetiva é caracterizada, em uma de suas facetas, como um princípio jurídico, mais precisamente, um princípio constitucional. Para entender o real significado deste instituto, é pertinente o estudo aprofundado sobre o significado e o entendimento do que é um princípio e suas funções diante do nosso sistema.

Miguel Reale define princípios como verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à da porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da

⁷⁶Ibidem, p. 39

⁷⁷BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compilado pelo Dr. Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995, p. 45.

⁷⁸PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 40.

validez de um sistema particular de conhecimentos como seus pressupostos necessários⁷⁹.

O termo princípio não é de fácil definição, uma vez que pode ser utilizado em vários contextos e com diversos significados. Os autores são unânimes neste sentido. A Filosofia, a Sociologia e o Direito, dentre outras ciências, utilizam a palavra princípio em suas definições, cada qual sob sua ótica.

Ronald Dworkin preceitua que Direito é princípio, no sentido que tudo deve ser analisado com base no caso concreto. O filósofo trabalha o Direito na sua forma integral, sendo que este Direito, enquanto princípio, somente se realizará de forma efetiva a partir do momento que o aplicador do Direito, fornecer uma decisão pautada pela análise daquele caso específico, de maneira tal que todos os indivíduos, formadores daquela lide sejam tratados com igual consideração e respeito⁸⁰.

Judith Martins-Costa disciplina que, hoje, os princípios, o ordenamento jurídico brasileiro, podem se encontrar expressos por dicção legislativa ou inexpressos (implícitos), sendo formulados por meio judicial⁸¹.

Paulo Adyr Dias do Amaral dispõe que boa-fé é um princípio constitucional, da categoria dos implícitos, pois se trata de um princípio subjacente

⁷⁹REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p.60. Ainda com o conceito de princípio, José Afonso da Silva nos ensina que (2001, p.96) “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais’. Roque Antônio Carrazza (2002, p.33), mestre de todos nós, também nos fornece uma definição de princípio, ‘Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam’. O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, também os ensina que princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

⁸⁰DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Vide: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resenhas/filosofiadodireito/1345-resenha-da-obra-uma-questao-de-principio-ronald-dworkin.html>.

⁸¹MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**.1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.74.

ao sistema constitucional brasileiro e que emerge do texto expresso, imperativamente⁸².

O princípio da boa-fé decorre diretamente de um dos *Princípios Fundamentais* assentados logo no primeiro artigo da Carta Maior. Isso porque a República Federativa do Brasil tem, como um de seus fundamentos, a *dignidade da pessoa humana* – art. 1º, inciso III. Celso Ribeiro Bastos nos ensina que: “um dos fins do Estado é propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas”. E nenhuma pessoa alcança o patamar da *dignidade humana* se sua boa-fé não é respeitada ou se, em torno de suas atitudes, o Estado faz operar presunção de má-fé⁸³.

Dignidade humana é valor incompatível com tratamento de desconfiança, gratuito e implausível, por parte do Estado para com seus administrados. Em suma: não é desconfiando de seus súditos que o Estado realizará o princípio da dignidade humana, mas, ao revés, fazendo prevalecer à presunção de boa-fé. Dai constituir a boa-fé princípio constitucional, da categoria dos inexpressos, mas com a mesma força e imperatividade dos princípios expressos⁸⁴.

Diante da exposição dos pensamentos dos autores modernos, cabe ressaltar que apesar das justificativas e afirmações sobre a conexão do instituto da boa-fé e o princípio da dignidade da pessoa humana serem plausíveis, é pertinente informar que na realidade atual, o instituto da boa-fé objetiva não é interpretado dessa forma no que tange o pensamento kantiano com relação à aplicação nos outros ramos do direito.

2.2.2 A boa-fé subjetiva

A primeira concepção remonta ao art. 550 do Código Civil francês, que não exige mais do que o simples desconhecimento do fato para a caracterização da boa fé. Nessa concepção psicológica, boa-fé contrapõe-se à má

⁸²AMARAL, Paulo Adyr Dias do. **A proteção da confiança legítima, o princípio constitucional da boa-fé e a resistência à tributação.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34796/prote%C3%A7%C3%A3o_confian%C3%A7a_leg%C3%ADtima_amaral.pdf?sequence=1> Acesso em: 23 abril. 2011.

⁸³Ibidem, Acesso em: 23 abril. 2011.

⁸⁴Ibidem, Acesso em: 23 abril. 2011.

fé, ou seja, a pessoa ignora os fatos, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa fé, ou não ignora, e está de má fé.

A boa-fé subjetiva denota estado de consciência, a intenção do sujeito da relação jurídica, seu estado psicológico ou íntima convicção. Para sua aplicação analisa-se a existência de uma situação regular ou errônea aparência, ignorância escusável ou convencimento do próprio direito⁸⁵.

A boa-fé subjetiva revela um estado de ignorância sobre a real situação jurídica que se apresenta, capaz de causar lesão a direitos de outrem. Ela se manifesta na consciência do indivíduo, cujo estado psicológico demonstra a convicção de ter um comportamento conforme a sua ignorância de existência do direito do outro⁸⁶.

Nas palavras de Nalin:

A boa-fé subjetiva encontrava-se em sintonia com a razão lógica do sistema voluntarista e individualista, o que tornava o contrato caracteristicamente convencional: “O contrato é pura manifestação da autonomia da vontade, expressada por meio da *auto-decisión*, *auto-regulación*, *auto-obligarse*”⁸⁷.

Na visão de Aguiar Júnior:

A boa-fé subjetiva aparece como o estado de consciência do indivíduo no momento da contratação, pois protege o indivíduo que tem consciência de estar agindo de acordo com o direito, apesar do estado de ignorância no sentido do desconhecimento da situação verdadeira, sendo outra a realidade dos fatos⁸⁸.

⁸⁵ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para a interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, p. 14.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 14.

⁸⁷ NALIN. Paulo R. Ribeiro. **Ética e boa-fé no adimplemento contratual**. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro. Renovar, 1998, p. 191.

⁸⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p.243. Também nesse sentido, vale registrar a lição de Fernando Noronha que refere: “na situação da boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que a realidade não tem, porque só existe na *aparência*. A situação da aparência gera um estado de *confiança* subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas”. NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, p. 132.

Nas palavras de Judith Martins, a boa-fé subjetiva é interpretada na seguinte forma:

A expressão boa-fé subjetiva denota um estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como intenção de lesar outrem⁸⁹.

Discute-se na doutrina os elementos que caracterizam a boa fé subjetiva: se a simples ignorância do interessado acerca da situação jurídica que caracteriza a boa fé psicológica ou se seria exigível um estado de ignorância desculpável no chamado entendimento ético da boa fé.

Menezes Cordeiro enumera 03 (três) pressupostos necessários para a proteção da confiança na boa-fé subjetiva: 1) Uma situação de confiança conforme com o sistema é traduzida na boa-fé subjetiva e ética, própria da pessoa que sem violar os deveres de cuidado e de indagação que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias; 2) Uma justificação para essa confiança expressa na presença de elementos objetivos capazes de, em abstrato, provocarem uma crença plausível; 3) Um investimento de confiança consistente em da parte do sujeito, ter havido um assentar efetivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada, em termos que desaconselham seu preterir⁹⁰.

Para exemplificar como a boa-fé subjetiva era aplicada a prática, buscar-se-á adentrar ao instituto possessório, em análise feita por Pontes de Miranda. Cita-se:

A 5ª Câmara do tribunal de apelação do Distrito Federal, a 26 de junho de 1946 (RF 109/448), disse que considera-se a boa-fé subjetiva, quem tem a coisa em virtude de sentença judicial. Seria preciso acrescentar: trânsito em julgado, ou não provocada pelo que recebeu a posse.

⁸⁹MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

⁹⁰CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1248.

Também a 3ª Câmara civil do tribunal de apelação de São Paulo, a 19 de fevereiro de 1941 (RT135/102) disse que não pode dizer de má-fé quem receber a posse ou ela foi mantido por mãos da justiça, como o que obteve in *limine litis*, mandado de manutenção. Mas com isso se faria a tábua rasa da provisionalidade do mandado in *limine lites* e, pois, da possibilidade de se declarar injusta a posse do autor, ou até, a sua carência de posse⁹¹.

Ainda as questões possessórias com Pontes de Miranda:

O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente, não admite essa presunção”. (Supremo Tribunal Federal, 10 de dezembro de 1947, RT 183/934: “A posse titulada faz presumir a boa-fé de adquirente: a que se pode chamar de propriamente de psicológica, é que ao é preciso que o adquirente haja indagado da inexistência dos defeitos; ao lhe compete isso para que se caracterize a boa-fé; ao contrário, antes do código, pela orientação ética, a boa-fé consistia em ter o adquirente a certeza de que sem o vício do título se tornava proprietário)⁹².

Cabe lembrar que a boa-fé subjetiva, contrapõe-se a má-fé, remonta raízes na bona fides da usucapio romana e já se encontrava positivada em diversos dispositivos esparsos do código civil de 1916, mormente quando se referia a questões possessórias e o regime jurídico de benfeitorias⁹³.

Na concepção ética da boa fé exige-se, para que se possa falar em boa fé subjetiva, uma ignorância que seja desculpável da situação de lesão do direito alheio. A ignorância seria indesculpável quando a pessoa houvesse desrespeitado deveres de cuidado; ela estaria de má fé mesmo quando se pudesse atribuir-lhe um desconhecimento meramente culposo⁹⁴.

Conclui-se que a boa-fé subjetiva resulta no real querer do agente quando da exteriorização de sua vontade, ela está ligada a uma avaliação individual do sujeito. Discute-se que a boa-fé subjetiva é simplesmente a ignorância do

⁹¹MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. T. 10. São Paulo. Revista dos tribunais, 1984, p. 154.

⁹²Ibidem, p. 160.

⁹³PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 21.

⁹⁴Ibidem, p. 21.

interessado acerca da situação jurídica e que o estado de aparência leva a confiança subjetiva, o que permite ao titular criar expectativas que creem legítimas⁹⁵.

2.2.3 A boa-fé objetiva

Atualmente, uma das facetas do instituto da boa-fé objetiva é ser apresentada como uma cláusula de um contrato, onde as partes da relação contratual têm a única e exclusivamente a obrigação de seguir as normas do contrato, deixando de lado o que realmente interessa em uma relação contratual, como valores que cada pessoa possui, a conduta humana personificada, a índole e a maneira do “ser” de cada um. Hoje, com a massificação da sociedade consumerista, as partes em uma relação contratual tem a obrigação, apenas de cumprir as cláusulas do contrato. Ocorre que muitos autores contemporâneos possuem uma visão equivocada do instituto da boa fé objetiva.

Na interpretação da autora Judith Martins, a boa-fé objetiva possui uma tríplice função, na sua visão a boa-fé objetiva se conduz nos contratos: como forma de interpretação e integração para determinar o comportamento devido; como limite ao exercício de direitos subjetivos, sistematizando e especificando casos na ausência de cláusula geral, estariam dispersos entre vários institutos diversos; e como fonte autônoma de direitos e deveres e pretensões as partes contratantes, os quais passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a com uma totalidade completa⁹⁶.

Diante de uma sociedade consumerista é de suma importância que esses deveres, dotados como sendo de informação, lealdade, proteção, estejam presentes na relação contratual.

Na verdade o contrato é uma relação obrigacional complexa, pois as partes são entremeadas por uma teia de direitos e obrigações, os quais podem surgir a qualquer momento do inter-obrigacional. Tudo isto tendo em vista que o

⁹⁵Ibidem, p. 21.

⁹⁶MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais o projeto do código civil brasileiro**. Revista dos tribunais, vol.753, jul. 1998, p. 43.

contrato se dirige a uma finalidade, cuja consecução requer essa trama complexa de deveres⁹⁷.

A terceira função de Judith Martins atribuída à boa-fé consiste o limite ao exercício de direitos subjetivos. Ela é limitadora da autonomia da vontade. Nesse sentido a boa-fé pode limitar o exercício de direitos subjetivos quando na análise do caso concreto demonstrar a abusividade de uma das partes. É o caso das rescisões unilaterais prevista contratualmente, mas abusivas pela jurisprudência, principalmente nos contratos de longa duração⁹⁸.

A boa-fé objetiva aplicada ao contrato gera dever de conduta das partes com relação as cláusulas do contrato, dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados. Ela pretende proteger a expectativa criada em função do dado comportamento. A boa-fé objetiva não importa com a consciência individual, tal como acontece na boa-fé subjetiva, o que interessa é o padrão objetivo da conduta verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico⁹⁹.

A boa-fé objetiva se manifesta como norma de conduta, de modo que se pretende proteger a expectativa criada em função de dado comportamento¹⁰⁰.

A boa-fé objetiva está ligada aos contratos que é considerada uma cláusula implícita nos negócios jurídicos, cuja funcionalidade reside na integração e interpretação dos mesmos¹⁰¹.

Segundo Clóvis do Couto e Silva, no setor das obrigações, a boa-fé se manifesta como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constituir¹⁰².

⁹⁷CANALI, Regina Helena Marchiori. **A Cláusula geral da boa-fé objetiva como possibilidade de solução de conflitos contratuais perante a concepção sistêmica autopoiética do direito.** 2007. 138f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Nível Mestrado em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

⁹⁸Ibidem.

⁹⁹Ibidem.

¹⁰⁰PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 21

¹⁰¹Ibidem.

Agathe Schmidt da Silva aponta três pressupostos para a caracterização da boa-fé objetiva: 1) Existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma em relação a outra; 2) Padrões de conduta exigíveis de bom cidadão, do profissional competente, enfim, o que costuma ser traduzido pela noção de “*bonus pater familias*”; 3) Reunião de condições suficientes para criar na outra parte um estado confiança no negócio celebrado e só então a expectativa desta será tutelada, ou seja, considera-se a posição de ambas as partes que estão em relação¹⁰³.

Nas palavras de Martins:

A boa-fé no sentido objetivo é dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta, leal, mais especificamente; caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido¹⁰⁴.

A boa-fé objetiva possui dois sentidos diferentes: um sentido negativo e um positivo. O primeiro diz respeito à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais; o segundo diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada, com todas as informações necessárias ao seu bom desempenho e conhecimento (como se exige, principalmente, nas relações de consumo)¹⁰⁵.

É importante lembrar que de acordo com Immanuel Kant, a moral é universalizável e a boa-fé objetiva está estritamente interligada com a idéia de Kant, pois a boa-fé objetiva é encarada como um mero procedimento, em que as partes da relação contratual, só seguem a lei universalizada e nada mais. Desarte pode-se constatar que foi apresentado neste item, algumas idéias incompatíveis com o pensamento de Kant, como por exemplo, as palavras do autor Flávio Alves Martins, que diz que a boa-fé no sentido objetivo caracteriza-se na confiança, lealdade,

¹⁰²SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 29.

¹⁰³SCHMIDT, Agathe. **Cláusula geral da boa-fé os contratos de consumo**. Revista de direito consumidor v. 17.mar./mai. 1996, p. 155.

¹⁰⁴MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileira**. 2.ed. Lumen Juris, 2000, p. 15.

¹⁰⁵Ibidem. p. 15.

retidão e honradez na maneira de agir dos sujeitos. Ressalta-se que Martins fez confusão ao conceituá-lo boa-fé objetiva, pois na verdade, essa conceituação é da boa-fé subjetiva e infelizmente o conceito da boa-fé subjetiva não é utilizada mais nas relações sociais.

Conclui-se que a boa-fé objetiva não está afeita ao sujeito, é uma cláusula geral que tem como um sentido maior no campo do direito obrigacional. A boa-fé objetiva, como dever jurídico que é, obriga a uma certa conduta, no que diferencia da boa-fé subjetiva, uma vez que se limita a operar como uma justificativa para um determinado comportamento¹⁰⁶.

E por último, Mariana Pretel salienta, ainda, que, a edição de conceitos como o da boa-fé, não repercute apenas o campo obrigacional, como muitos acreditam que sim, atribui ao juiz um maior poder, cabendo-lhe adequar a aplicação judicial às modificações sociais, procedendo sempre a uma análise do caso concreto. A influência se revela em todas as relações jurídicas existentes¹⁰⁷.

Clóvis de Couto defende que a boa-fé endereça-se, sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é individualizadora em que o juiz exerce atividade similar a do pretor romano, criando o direito do caso. O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade¹⁰⁸.

2.2.3.1 A boa-fé objetiva e a visão de Hans Kelsen

Para entender os pensamentos de Kelsen, no prisma da boa-fé objetiva, é preciso entender o positivismo. Kelsen defendia a autonomia do Direito como ciência, com seus próprios métodos de estudo. Esses métodos excluíam o subjetivismo da ciência jurídica, ou seja, somente o direito pelo direito é válido.

¹⁰⁶NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Reovar, 1998, p. 15.

¹⁰⁷PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 21.

¹⁰⁸APUD, PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 24.

Disso, depreende que o Direito não pode valorar as manifestações do emissor ou criador da norma¹⁰⁹.

A boa-fé objetiva trata de critérios, como o próprio nome diz, objetivos. Esses critérios excluem o subjetivismo. Quando falamos de boa-fé objetiva no contrato, estamos falando da necessidade de se observar as regras do contrato, que nada tem a ver com critérios valorativos.

A obediência ao contrato que a boa-fé objetiva prega é, na verdade, obediência à norma, pois a boa-fé é uma cláusula geral do contrato, ou seja, é uma cláusula que deve ser observada, pois tem sua previsão em norma legal.

Hans Kelsen, ainda, preceitua que se o direito for entendido e definido exclusivamente a partir das ideias de normatividade e validade, então seu campo nada tem a ver com Moral Procedimental¹¹⁰.

Kelsen diz que as regras morais e jurídicas são inconciliáveis e, portanto, que o Direito poderia existir sem critérios morais. Assim sendo a busca pela pureza do Direito consistiria em conseguir explicar o fenômeno jurídico apenas a partir da sua estrutura formal. Ocorre que tal pensamento é falho, pois cria a possibilidade de qualquer conteúdo poder ser considerado legítimo e, além disso, uma estrutura unicamente formal é incapaz de absorver as modificações decorrentes da evolução da sociedade no ritmo necessário. Faz-se pertinente ainda, observar a hierarquia das normas jurídicas, a chamada pirâmide normativa de Kelsen. Como o próprio nome diz, a pirâmide trata da hierarquia entre as normas, ou seja, a norma que for inferior deve observar os preceitos existentes nas normas superiores.

Dito isso, o contrato, sendo norma entre as partes, precisa observar as leis superiores para ter validade. Encontra-se aqui, a validade da boa-fé objetiva, ou seja, a boa-fé objetiva, sendo cláusula geral de um contrato, é a observância das normas superiores, observância da lei.

¹⁰⁹COELHO, Tângari Luiza. **O positivismo jurídico de Hans Kelsen**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18443/o-positivismo-juridico-de-hans-kelsen>> Acesso em: 13 maio. 2011.

¹¹⁰Ibidem, acesso em: 13 maio. 2011.

2.3 A boa-fé nos sistemas jurídicos fechado e aberto

Uma classificação interessante relacionado com a extensão do instituto da boa-fé é a caracterização de um sistema fechado ou aberto no ordenamento jurídico. Para a autora Mariana Pretel, um ordenamento jurídico fechado é aquele em que há apenas e exclusivamente regras codificadas, a supremacia absoluta e incontestável da lei, enquanto que um ordenamento jurídico aberto é fundado em regras, mas também em princípios, sendo, portanto flexível e mais adaptável aos anseios da vida¹¹¹.

2.3.1 A boa-fé no ordenamento jurídico fechado

Ordenamento jurídico fechado significa obedecer às leis e as regras imposta por um código, no qual a autoria é o Estado. Em destaque os códigos napoleônico e o alemão demonstravam exatamente esse ocorrido, pois as leis descritas configuravam o supremo poder da ordem jurídica. Era necessário seguir exatamente o que lei proporcionava, para que obtivesse o direito garantido. Se um direito não está garantido em lei, simplesmente, não é tido como direito¹¹².

A escola de exegese, também reconhecida como escola dos glosadores ou ainda escola filosófica foi desenvolvida nesse mesmo período (século XIX, a partir do código Napoleônico), onde estudantes de direito aprendiam e estudavam apenas e somente as leis e os códigos, não resolviam os problemas aplicando propriamente o direito, constatava-se que lei era uma expressão da razão. O artigo 4º do Código Napoleônico afirmava que o juiz jamais poderia evitar julgar algo que lhe fosse dado, sempre a interpretação deveria pautar na intenção do legislador de modo que a interpretação deveria ser mecânica, não permitindo nenhum tipo de cláusula geral ou aplicação flexível da lei. Neste contexto, a figura do juiz passou a ser meramente um aplicador das disposições legais, sua atividade era pacífica e inerte e conseqüentemente os princípios jurídicos perderam a sua efetividade e relevância¹¹³.

¹¹¹PRETEL, Mariana Pretel e, **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 32.

¹¹²Ibidem, p. 32.

¹¹³Ibidem, p. 32.

Nas palavras de Mariana Pretel:

Nota-se que, numa época em que se valoriza demasiadamente a liberdade, há prevalência do princípio da autonomia da vontade sobre a boa-fé objetiva

Neste contexto pode-se afirmar que a boa-fé existe como pertencente ao Código, mas se encontra esvaziada de conteúdo próprio.

Pode se constatar que se a noção dominante é do primado da certeza sobre a razão, a boa-fé tem seu conceito diluído, servindo para designar coisas diversas, misturando-se a outros conceitos, confundindo-se com a equidade, não se prestando às suas finalidades precípuas.

Ou seja, num sistema fechado, como todo ordenamento jurídico fica adstrito às disposições de um Código, e, por isso, não há como se promover um grande desenvolvimento do instituto da boa-fé¹¹⁴.

2.3.2 A boa-fé no ordenamento jurídico aberto

Teresa Negreiros sustenta que a abertura do sistema jurídico significa admitir mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas; significa por outras palavras, admitir que o Direito, como um dado cultural, não se traduz num sistema de 'auto referência absoluta'¹¹⁵.

O ordenamento jurídico aberto é aquele que permite que o direito seja flexibilizado, admite-se uma harmonia entre os princípios e regras. Num sistema jurídico em que o código não visa à perfeição ou a plenitude.

Mariana Pretel diz que do sistema podem ser deduzidos princípios, os quais, em um momento posterior, servem de vetores do mesmo ordenamento jurídico. Há a concepção dos "princípios gerais do direito", recolhidos no código e com a função de suplementar as leis. Podem ser conciliados valores opostos. O juiz não é mero aplicador da lei, não devendo seguir um raciocínio lógico-dedutivo, próprio das ciências exatas, mas pelo contrário, deve aplicar a lei após a realização

¹¹⁴PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 33.

¹¹⁵NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Reovar, 1998, p. 137.

de uma reflexão em sede de caso concreto, analisando a doutrina, a jurisprudência, os costumes, os princípios. Os doutrinadores ensinam o direito e não as leis, que podem ser eivados de diversos vícios e incompletudes. Há maior abertura das decisões judiciais à doutrina. O legalismo não é predominante. É reduzida a importância do dogma da vontade¹¹⁶.

Ainda no raciocínio de Teresa Negreiros, a abertura do sistema passa a radicar em postulados valorativos, e não mais lógicos formais – ou melhor, que confere às propriedades racionais do pensamento sistemático contornos valorativos, no sentido de exigências de otimização da justiça -, representa, em relação à normatização dos princípios, a outra face da mesma moeda. Assim, o grau de eficácia normativa conferido aos princípios, na fase pós-positivistas, não assenta sobre imperativos lógicos, mas de ordem valorativa, invertendo-se a hierarquia entre regras e princípios¹¹⁷.

Clóvis do Couto e Silva preceitua que a concepção de sistema aberto permite que se componham valores opostos, vigorantes em campos próprios e adequados, embora dentro de uma mesma figura jurídica, de modo a chegar-se a uma solução que atenda a diversidade de resultantes de determinada situação. Somente o sistema aberto pode abranger todas as situações¹¹⁸.

De acordo com Judith Martins-Costa, o sistema aberto possui uma espécie de “energia expansiva” capaz de exprimir ulteriores princípios e de preencher lacunas¹¹⁹.

Mariana Pretel conclui que a constituição e os princípios nesta embutidos condicionam a interpretação das demais normas e possibilitam o desenvolvimento de cláusulas gerais e outros princípios, como é o caso da boa-fé. A

¹¹⁶PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 33.

¹¹⁷NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Reovar, 1998, p. 161.

¹¹⁸Apud. PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 34.

¹¹⁹Apud. PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 35.

boa-fé pode ser encontrada como norma de conduta, como forma de preenchimento de lacunas na lei, como o critério de interpretação de uma norma¹²⁰.

2.4 A manifestação da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro

A primeira manifestação da boa-fé no Brasil, ocorreu no ano de 1850, no artigo 131 do Código Comercial da época, que dispusera:

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 a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras¹²¹.

Infelizmente, nesse período o referente artigo supracitado em epígrafe, não obteve êxito, conseqüentemente, tal dispositivo não foi bem compreendido pela doutrina e nem pela jurisprudência, razão pela qual não houve receptividade. Teresa Negreiros, explica que isso ocorreu em razão de a boa-fé ter sido restringida a mera função de interpretação/integração do contrato, sem que fosse reconhecido o seu papel de criadora de deveres. Assim, a boa-fé foi colocada em contraposição ao sentido literal das cláusulas contratuais, na medida em que deveria incidir não apenas na relação entre o declarado e o suposto, mas igualmente sobre o núcleo mesmo da vontade intencionada, podendo inclusive redundar em sua desconsideração¹²².

O instituto da boa-fé reapareceu no Código Civil Brasileiro de 1916, mas ainda não permitiram a inserção de cláusulas gerais e, por essa razão, a boa-fé ficou restrita a hipóteses de ignorância escusável, mormente em matéria de direito de família e em questões possessórias¹²³.

O código de defesa do consumidor, de 1990, trouxe a consagração da boa-fé objetiva no Brasil. Nesse período, a boa-fé passou a ser utilizada tanto

¹²⁰PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 35.

¹²¹BRASIL. **Lei n° 556**, 25 de junho de 1850. Código Comercial Brasileiro, art. 131.

¹²²HENTZ, André Soares. **Origem e evolução histórica da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10427/origem-e-evolucao-historica-da-boua-fe-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acessado em: 19 abril. 2011.

¹²³Ibidem, Acessado em: 19 abril. 2011.

para a interpretação de cláusulas contratuais como também para a integração das obrigações pactuadas, revelando ser fundamental que as partes se comportem com correção e lealdade até o cumprimento de suas prestações¹²⁴.

Atualmente, pode-se concluir que o Código Civil de 2002, trata-se da boa-fé objetiva como uma mera norma procedimental.

No capítulo três do presente trabalho, será apresentado julgados do Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de demonstrar a manifestação da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro.

¹²⁴MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 86.

3 BOA-FÉ OBJETIVA E SUA COMPREENSÃO JURISPRUDENCIAL

Para o último capítulo, analisar-se-á julgados que utilizam a boa-fé objetiva, no intuito de demonstrar se há ou não correto entendimento sobre o assunto, aos moldes de Kant e Kelsen.

Para demonstrar como o instituto da boa-fé ocorre na prática, utilizar-se-á de um julgado do STJ¹²⁵. O acórdão está assim ementado:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. RESCISÃO. PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA. NECESSIDADE. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. REQUISITOS. NULIDADE PARCIAL. MANUTENÇÃO DO NÚCLEO DO NEGÓCIO JURÍDICO. BOA-FÉ OBJETIVA. REQUISITOS.

A ausência de interpelação importa no reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, não se havendo considerá-la suprida pela citação para a ação resolutória. Precedentes.

A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. Estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la sob a conjectura de que este não satisfará a que lhe corre. Já aquele que detém o direito de realizar por último a prestação pode postergá-la enquanto o outro contratante não satisfizer sua própria obrigação. A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da arguição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo.

Nos termos do art. 184 do CC/02, a nulidade parcial do contrato não alcança a parte válida, desde que essa possa subsistir autonomamente. Haverá nulidade parcial sempre que o vício invalidante não atingir o núcleo do negócio jurídico. Ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total. O princípio da conservação do negócio jurídico não deve afetar sua causa ensejadora, interferindo na vontade das partes quanto à própria existência da transação.

A **boa-fé objetiva** se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse

¹²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 981750/MG. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 13/4/2010, DJ em 23/04/2010.

modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escoreita e leal. Tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, há como inquirar seu comportamento de violador da **boa-fé objetiva** (grifo nosso).

Do exposto, apresentamos um típico caso de rescisão contratual, onde a boa-fé objetiva foi violada por uma das partes da relação contratual, pois o comprador, na visão da Ministra, agiu de forma contrária à cláusula geral do contrato, o que gerou violação à boa-fé objetiva.

Ao analisar o julgado, nota-se que a Ministra confunde-se ao caracterizar a boa-fé objetiva, trazendo características de boa-fé subjetiva: “pessoa honesta, escoreita e leal”, essas são características que importam a ética, ou seja, trata-se de subjetivismo.

O próximo julgado apresenta mesma confusão do julgado passado¹²⁶. O acórdão está assim ementado:

COBRANÇA - NOVA TEORIA CONTRATUAL - PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA - GARANTIA CONCEDIDA A CLIENTES ESPECIAIS - ENTREGA E PENCHIMENTO DO CONTROLE DE MANUTENÇÃO ESPECÍFICO - DIREITO RECONHECIDO. - Dentre os princípios orientadores da nova teoria contratual, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva, como padrão de lealdade e honestidade que deve balizar as relações jurídicas contratuais.- Assim, as relações jurídicas contratuais devem se basear na vontade e, principalmente, na confiança, causa dos chamados deveres anexos ou laterais, quais sejam, o dever de informação, de cooperação e de proteção. Quanto ao dever de informação, vale lembrar que ambas as partes devem fornecer todas as informações necessárias para que o contratante manifeste sua vontade de forma consciente, sob pena de se lesar a confiança mútua que deve reger os contratos. - A doutrina do ônus da prova repousa no princípio de que, visando a sua vitória na causa, cabe à parte o encargo de produzir provas capazes de formar em seu favor, a convicção do juiz.

Voto

(...) Alega o apelante que no ato de compra do veículo, além da garantia de fábrica, foi entregue o manual da SUPERGARANTIA JORLAN. Lembra que todos os campos do documento de fls. 19

¹²⁶BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.06.223795-3/001 (1)/MG. 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Lacerda, Julgada em 17/11/2007, DJ em 15/11/2007.

estão datados, carimbados e assinados pela concessionária, comprovando a inclusão da autora no programa de supergarantia.

Aduz que a correia dentada do veículo arrebentou ao completar 41.196 KM, sendo o carro enviado para conserto, no prazo da garantia fornecida pela concessionária, sendo obrigada a pagar pelo conserto para não ficar sem o carro.

Consigna ocorrência de violação ao princípio da boa-fé e prática de publicidade enganosa, pleiteando seja reformada a r. sentença, sendo condenada a apelada a devolução em dobro do valor indevidamente cobrado.

(...)

Dentre os princípios orientadores da nova teoria contratual, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva, como padrão de lealdade e honestidade que deve balizar as relações jurídicas contratuais.

Quanto ao dever de informação, vale lembrar que ambas as partes devem fornecer todas as informações necessárias para que o contratante manifeste sua vontade de forma consciente, sob pena de se lesar a **confiança mútua que deve reger os contratos**.

Para que se caracterize a ocorrência de publicidade enganosa é necessário prova de que as informações dela constantes não se conformam com os dados da realidade ou podem levar o consumidor a erro.

Nessa seara, deve se considerar, inicialmente, que, dentre os princípios orientadores da **nova teoria contratual, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva, como padrão de lealdade e honestidade que deve balizar as relações jurídicas contratuais.**

A boa-fé objetiva possui funções interpretativa, integrativa e de controle, consoante previsto, respectivamente, nos artigos 113, 422 e 187 do CC/2002, que seguem in verbis:

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

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

"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".

Como se vê dos dispositivos citados, **as relações jurídicas contratuais devem se basear na vontade e, principalmente, na confiança**, a causa dos chamados deveres anexos ou laterais, que se caracterizam como condutas impostas às partes contratantes que, apesar de não estarem previstas no instrumento contratual, independem da vontade das partes, porque surgem da boa-fé objetiva, da confiança com que devem se relacionar as pessoas.

São denominados deveres anexos ou laterais porque não estão relacionados com a prestação principal que surge com a vontade das partes, mas sim com a boa-fé objetiva, que impõe aos contratantes os deveres de proteção, cooperação e informação (grifo nosso).

Mais uma vez a jurisprudência se engana ao trazer institutos iminentemente subjetivos, a fim de tratar de boa-fé objetiva.

Como vimos, a boa-fé objetiva está relacionada com a moral, pois ela não busca saber das convicções internas de um indivíduo, mas, sim, das regras universais. Especificamente no caso da boa-fé objetiva e os contratos, a moral que permeia este instituto preconiza a necessidade de obedecer as normas do contrato, o que, conseqüentemente, gera a observância das leis propriamente ditas. Lembrando de Kelsen, as normas jurídicas são estudadas pela ciência do Direito, enquanto que as normas éticas são estudadas por outra ciência. Conclui-se, portanto, que o certo ou errado, bom ou mau não fazem parte do estudo do Direito, mas, sim, o que é lícito ou ilícito. Nesse mesmo raciocínio, Kant entende a moral como sendo procedimental, já que propõe um procedimento formal para testar qualquer princípio moral. Ao juntar o entendimento dos dois filósofos, tem-se que a boa-fé objetiva é baseada em regras morais, tais regras são somente procedimentais, ou seja, não possuem conteúdo algum.

Finalmente, a boa-fé era aplicada em sua forma subjetiva, importando a ética de cada um, ou seja, existia um conteúdo. Com o passar do tempo, houve a necessidade de evoluir. Essa evolução acabou por tornar a boa-fé em um instituto “vazio”, ou seja, a natureza jurídica da boa-fé objetiva é meramente procedimental, sem conteúdo algum.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico buscou pela natureza jurídica da boa-fé objetiva. Primeiramente viu-se conceitos básicos como ética e moral na visão de autores clássicos, a fim de possibilitar uma base sólida para a argumentação proposta. Em seguida, utilizou-se os conceitos vistos no primeiro capítulo como base para explicar a boa-fé em todas as suas formas. Como destaque, fez-se análise das propostas de Kelsen, aplicando-as à boa-fé. Com os ensinamentos de Kelsen no positivismo e Kant no imperativo categórico, foi possível concluir a natureza jurídica da boa-fé objetiva, qual seja, natureza jurídica meramente procedimental, sem conteúdo material. Tal conclusão é de grande importância, pois demonstra que o Direito vem “mecanizando” a sociedade de tal forma que as convicções pessoais do indivíduo não mais possuem valor algum. Finalmente, no último capítulo, fez-se análise da forma como a jurisprudência vem aplicando a boa-fé objetiva, e foi possível constatar que nem mesmo a jurisprudência consegue conceituar corretamente a boa-fé objetiva.

Após explicar de modo sucinto e objetivo todos os passos tomados para se chegar a essa conclusão final da pesquisa, faz-se pertinente demonstrar alguns pontos cruciais e relevantes para o alcance da natureza jurídica da boa-fé.

Ao analisar os conceitos básicos da ética e moral, pode-se perceber que os doutrinadores modernos apresentam muitas controvérsias acerca dos dois dispositivos. Por isso, fez-se necessário recorrer a Immanuel Kant, no que tange a conceituação desses dois temas. Para Kant, a ética é uma regra que não pode ser universalizada, pois são regras que estão no íntimo individual do ser de cada pessoa, ou seja, são valores, virtudes inserida em cada indivíduo. Traçando um paralelo com a boa-fé, pode-se dizer que nesse caso, trata-se de boa-fé subjetiva.

Em outro patamar, fala-se de moral. Para Kant, a moral é procedimental, é uma regra não universalizada, e um exemplo de uma regra universal, é a lei. A lei é universal porque ela está disponível para todas as pessoas. Traçando um paralelo com a boa-fé, pode-se dizer que a boa-fé está diretamente ligada a uma boa-fé no seu sentido objetivo, porque a boa-fé objetiva é a mera observância da lei.

Pode-se concluir que a boa-fé objetiva é a observância da lei e isso resulta em uma boa-fé objetiva procedimental, ou seja, ela é um mero procedimento, sem conteúdo algum. Diferentemente da boa-fé no seu sentido subjetivo, que possui conteúdo, ou seja, observância dos valores e virtudes do próximo.

Diante da evolução, é possível perceber o Direito vem mecanizando a sociedade, e a ela está estritamente dependente da lei. A sociedade perdeu os seus valores, não se fala mais em observar a virtude e a ética do próximo. Hoje, a sociedade não consegue resolver, por si só, os seus problemas, por isso ela se torna tão dependente do judiciário.

REFERÊNCIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALMEIDA, Guilherme Assis de e CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e direito: Uma perspectiva integrada**, São Paulo: Atlas, 2002.

AMARAL, Paulo Adyr Dias do. **A proteção da confiança legítima, o princípio constitucional da boa-fé e a resistência à tributação**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34796/prote%C3%A7%C3%A3o_confian%C3%A7a_leg%C3%ADtima_amaral.pdf?sequence=1> Acesso em: 23 abril. 2011.

ANDERY, Maria Amália Pie Abib; MICHELETTO, Nilza; SÉRIO, Tereza Maria de Azevedo Pires. **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica**. 15. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compilado pelo Dr. Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995.

BRASIL. **Lei nº 556**, 25 de junho de 1850. Código Comercial Brasileiro

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 981750/MG. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 13/4/2010, DJ em 23/04/2010.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível nº 1.0024.06.223795-3/001 (1)/MG. 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Lacerda, Julgada em 17/11/2007, DJ em 15/11/2007.

BUNNIN, Nicholas e TSUI-JAMES, E. P. **Compêndio de filosofia**. 2. ed. São Paulo, 2002.

CANALI, Regina Helena Marchiori. **A Cláusula geral da boa-fé objetiva como possibilidade de solução de conflitos contratuais perante a concepção sistêmica autopoietica do direito.** 2007. 138f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Nível Mestrado em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

COELHO, Tângari Luiza. **O positivismo jurídico de Hans Kelsen.** . Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18443/o-positivismo-juridico-de-hans-kelsen>> Acesso em: 13 maio. 2011.

CONTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia: História e Grandes Temas**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**, Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

CREDIDIO, Olavo Príncipe. **Justiça.** Disponível em: <<http://blog.hsn-advogados.com.br/2008/08/29/justica/>> Acesso em: 9 novembro. 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da boa-fé: perspectiva e aplicações**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HENTZ, André Soares. **Origem e evolução histórica da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10427/origem-e-evolucao-historica-da-boa-fe-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acessado em: 19 abril. 2011.

LIMA VAZ, Henrique C. **Introdução à ética filosófica 2.** São Paulo: Edições Loyola, 2000.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética: De Platão a Foucault.** 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, Judith. **O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais o projeto do código civil brasileiro.** Revista dos tribunais, vol.753, jul. 1998

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumin Juris, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. T. 10. São Paulo. Revista dos tribunais, 1984.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. **Ética e boa-fé no adimplemento contratual**. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para a interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PLATÃO, **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p.98.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROUANET, Luiz Paulo. **A Justiça em Aristóteles**. Disponível em: <http://www.faac.unesp.br/pesquisa/tolerancia/texto_etica_rouanet.htm> Acesso em: 9 novembro. 2010.

SANTOS, Liones. **A Justiça em Aristóteles**. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1711955-justi%C3%A7a-em-arist%C3%B3teles/>> Acesso em: 27 outubro. 2010.

SCHMIDT, Agathe. **Cláusula geral da boa-fé os contratos de consumo**. Revista de direito consumidor v. 17.mar./mai. 1996.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

TERRA, Ricardo. **Kant e o Direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

VÁLQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 27. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.