



Centro Universitário de Brasília – Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais

JULIENE DE ALBUQUERQUE FERREIRA

**O PROBLEMA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA BOA FÉ OBJETIVA: UMA
ANÁLISE ÉTICA DENTRO DA PERSPECTIVA JUSPOSITIVA.**

**Brasília
2012**

JULIENE DE ALBUQUERQUE FERREIRA

**O PROBLEMA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA BOA FÉ OBJETIVA: UMA
ANÁLISE ÉTICA DENTRO DA PERSPECTIVA JUSPOSITIVA.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Msc. Danilo Porfírio de
Castro Vieira

Brasília
2012

JULIENE DE ALBUQUERQUE FERREIRA

**O PROBLEMA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA BOA FÉ OBJETIVA: UMA
ANÁLISE ÉTICA DENTRO DA PERSPECTIVA JUSPOSITIVA.**

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

Brasília, 07 de novembro de 2012

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Danilo Porfírio de Castro Vieira

Prof. Einstein Lincoln Borges Taquary

Prof. Júlio Cesar Lérias

AGRADECIMENTO

Agradeço,

A Deus, à Nossa senhora e a São Francisco.

Ao meu João que veio a este mundo me ensinar a ser uma pessoa melhor, por sua maturidade e compreensão, nos muitos momentos em que precisei estar ausente.

Ao meu Jerson, eterno amor e companheiro, pelo incentivo, confiança e paciência.

À minha mãe Leo, a pessoa mais linda que conheço, melhor mãe, melhor amiga, um exemplo de bondade, força e coragem.

Ao meu pai Walter Luiz (*In Memoriam*), por ter me ensinado que, ainda cansados, devemos lutar, minha eterna saudade e amor.

À minha avó Maria, sem sua ajuda essa conquista não seria possível.

Ao meu tio Ricardo, por ser exemplo de profissional, por sua seriedade e compromisso com o Direito e com as pessoas.

Ao meu irmão Gustavo, por ser tão diferente de mim, à minha irmã Maíra, por sempre me mostrar o lado bom.

Ao meu Orientador Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira, por ter me guiado em direção às luzes do conhecimento, com dedicação e paciência, por ter sido muito mais que um professor, um verdadeiro amigo.

Aos amigos, de perto e de longe...

RESUMO

O presente trabalho monográfico busca apresentar um estudo sobre a natureza jurídica do princípio da boa fé objetiva. A origem do princípio e sua divisão em duas vertentes, sua evolução ao longo dos séculos e dos diferentes sistemas jurídicos até sua atual configuração dentro do modelo juspositivo. Para tanto, necessária a análise de dois teóricos do Direito que influenciaram sobremaneira a concepção moderna deste princípio, quais sejam, Kant e Kelsen. Em Kant será possível perceber o deslocamento da moral do indivíduo para o momento de elaboração das leis enquanto o resultado de um procedimento racional prático que as transformem em máximas universais. Em Kelsen haverá um efetivo afastamento da moral do campo da ciência do Direito, bastando que as condutas estejam de acordo com as normas. Por fim, será analisado como essas correntes teóricas foram responsáveis pelo esvaziamento do conteúdo moral deste princípio, o que resultou em prejuízo tanto em sua conceituação pelos doutrinadores quanto na dificuldade de sua aplicação pelos juízes.

Palavras – chave: Princípio da boa fé. Boa fé objetiva. Boa fé subjetiva. Moral. Kant. Kelsen.

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
INTRODUÇÃO.....	6
1 O PRINCÍPIO DA BOA FÉ.....	9
1.1 Origem.....	9
1.2 Vertentes da boa fé	13
1.3 O princípio da boa fé no ordenamento brasileiro.....	16
1.4 Moralidade e o princípio da boa fé	18
2 KANT E KELSEN: PERSPECTIVAS SOBRE MORAL E DIREITO E O PRINCÍPIO DA BOA FÉ.....	22
2.1 Moralidade e direito	22
2.2 Moralidade e direito no racionalismo naturalista de kant.....	25
2.3 Moralidade e direito no positivismo jurídico de Kelsen.....	30
3 O PROBLEMA DA NATUREZA JURÍDICA DA BOA FÉ OBJETIVA.....	37
3.1 Boa fé objetiva: lealdade normativa	37
3.2 A aplicação da boa fé objetiva pela jurisprudência	42
4 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

Segundo Flávio Alves Martins, “não é fácil definir a boa fé. Alguns códigos o fizeram, mas não conseguiram esgotá-la ante a sua riqueza”.¹

O princípio da boa fé não é uma novidade no mundo jurídico, no entanto, o entendimento sobre suas vertentes (subjetiva e objetiva) sofreram diversas alterações ao longo do tempo e, ainda hoje, existem dificuldades em suas aplicações.

Neste sentido, torna-se necessário compreender as principais mudanças históricas e de pensamentos que influenciaram e consolidaram a concepção moderna da boa fé.

E, ainda que seja difícil definir conceitos sobre este princípio, Martins afirma que:

“Pode-se dizer, porém, que, em sentido objetivo, é um dever das partes de uma relação jurídica comportarem-se, tomando-se por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se com retidão e honradez dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido; em sentido subjetivo, é a crença de não estar lesando o direito de outrem, o sujeito age sem conhecimento de que prejudica melhor direito”.²

No Código Civil Brasileiro, em termos quantitativos, é maior o número de artigos que tratam da boa fé em sua concepção subjetiva, limitando-se a aplicação da vertente objetiva apenas ao campo do direito das obrigações, conforme afirma Teresa Negreiros:

“As numerosas remissões expressas à boa fé existentes no Código, salvo algumas esparsas e casuísticas exceções, importam uma apreciação subjetiva da conduta, não se confundindo esta com a vertente chamada objetiva da boa fé incidente sobre o direito obrigacional”.³

¹ MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2000. p. 7.

² *Ibidem*, p. 9.

³ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 72.

No entanto, a concepção objetiva tem maior destaque em relação à subjetiva. Talvez a maior facilidade no estabelecimento de critérios para aferição da conduta, já que se deve agir de acordo com a lei, com as regras contratuais, com as “normas expressas”, permitindo que o julgador mantenha-se afastado do áspero campo da subjetividade seja um importante fator para explicar essa supremacia.

Além disso, ainda de acordo com a autora supracitada:

“A boa fé objetiva é reconhecida como um princípio jurídico pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, cujo posicionamento se reflete nos projetos legislativos atinentes ao campo obrigacional que a consagram expressamente em forma de cláusula geral”.⁴

Por outro lado, a diminuição da importância da boa fé subjetiva, ou concepção psicológica da boa fé, possa ser explicada pelas frequentes críticas em razão do seu elevado grau de subjetividade e de sua abrangência, de modo que muitos entendem ser uma vertente inaplicável na prática.

Este trabalho pretende analisar qual a natureza jurídica da boa fé objetiva e de que modo as filosofias jurídicas de Kant e Kelsen contribuíram para a atual definição e supremacia desta vertente relativamente à vertente subjetiva da boa fé. O objetivo é romper com a visão preconceituosa sobre a vertente subjetiva discutindo e aprofundando temas que reforcem a possibilidade de sua aplicabilidade.

Necessário ressaltar alguns critérios que foram utilizados. A presente pesquisa utilizou o método dedutivo bibliográfico amparando-se na literatura jurídico-filosófica.

Para fins de estudo estarão excluídos da análise os contratos de massa, pois estes não representam a real intenção de quem contrata limitando as vontades dos contratantes e impondo restrições a outro princípio igualmente caro ao direito obrigacional, qual seja, o da autonomia da vontade.⁵

Considerando-se que a vontade deve ser plenamente livre, bem como, o reflexo da intenção que orienta a formação dos contratos, esta modalidade

⁴ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 83.

⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002. p. 7.

contratual contemporânea se distancia da concepção moderna de contrato e prejudica elementos que obrigatoriamente devem existir na relação obrigacional.⁶

No primeiro capítulo será apresentada a origem da boa fé, sua evolução histórica, sua subdivisão em duas vertentes e seus conceitos atuais. Além disso, será identificado seu aparecimento e desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo será feita uma análise acerca da relação entre Ética e Direito. O objetivo é demonstrar através dos pensamentos de Kant e Kelsen que ao longo do tempo houve um esvaziamento do conceito de ética aplicado nos sistemas jurídicos ocidentais refletindo prejudicialmente no princípio da boa fé em razão de sua forte vinculação com tais questões.

Pretende-se, no último capítulo, demonstrar o problema acerca da natureza jurídica do princípio da boa fé objetiva para a doutrina e jurisprudência, bem como, a viabilidade de junção dos dois conceitos, afastando-se o ceticismo daqueles que buscam a pureza das normas acreditando ser impossível uma análise ética dentro da perspectiva juspositiva.

⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002. p. 7 e 8.

1 O PRINCÍPIO DA BOA FÉ

Neste primeiro capítulo o trabalho monográfico terá como objetivo ampliar o entendimento sobre o princípio da boa fé, para tanto, será apresentada a origem romana deste princípio.

Além disso, será necessário aprofundar o estudo sobre importante instituto obrigacional, o contrato, com o objetivo de estabelecer sua origem, determinar os princípios que o norteiam, dentre os quais, o da boa fé, apresentar as principais correntes de pensamento que contribuíram na definição moderna de contrato e analisar um dos seus requisitos mais importantes, a vontade.

Também será discutida a subdivisão deste princípio em duas vertentes, quais sejam, a vertente subjetiva e a vertente objetiva, as transformações sofridas por tais concepções ao longo dos séculos, até a elevação da boa fé objetiva a um *status* de supremacia em relação à vertente subjetiva.

Será apontado em que momento este instituto passou a ter previsão no ordenamento jurídico brasileiro e como a maior parte dos civilistas entende ser a boa fé a mais importante diferença entre o Código Civil de 1916 e o de 2002.

E, por fim, será apreciada a relação entre moral e a boa fé com a finalidade de se determinar qual o conteúdo ético da boa fé objetiva, de que modo a separação do princípio em duas vertentes representou um esvaziamento à moralidade deste princípio, bem como as implicações jurídicas de sua aplicação prática.

1.1 Origem

Diversos estudiosos afirmam que o princípio da boa fé tem suas origens no direito romano e que sua subdivisão em duas vertentes também teria ocorrido neste momento histórico.

No entanto, antes de adentrarmos na análise do princípio em si se faz necessário estudar um dos mais expressivos institutos do Direito das Obrigações, qual seja, o contrato. Carlos Roberto Gonçalves sustenta que “o contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico”.⁷

Neste sentido, importante reconhecer que as relações contratuais são regidas por diversos princípios, dentre os quais, o princípio da boa fé. Orlando Gomes afirma que: “o direito dos contratos repousa em quatro princípios: o da autonomia de vontade, o do consensualismo, o da força obrigatória, o da boa fé”.⁸

Diferentemente do que se afirma quanto ao princípio da boa fé, diferentes autores sustentam que as origens dos contratos não se localizam no direito romano. De acordo com Orlando Gomes, “não é no Direito Romano que se deve buscar a origem histórica da categoria que hoje se denomina contrato”.⁹

Argumentam estes teóricos que, inicialmente, existiam inúmeros rituais, sem os quais não era possível criar obrigações entre as partes envolvidas. “Segundo Girard, entendia o romano não ser possível contrato sem a existência de elemento *material*, uma exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*”.¹⁰

Os romanistas, por outro lado, defendem que apesar das evidentes transformações entre a moderna concepção de contrato e o modelo romano, “o contrato já era o acordo de vontades entre as partes, gerador de obrigações e ações e que na fase pós clássica já se admitia que a origem das obrigações se encontrava na declaração de vontade entre as partes”.¹¹

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002. p. 22.

⁹ *Ibidem*, p. 6.

¹⁰ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contratos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11.

¹¹ GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 6.

Para Orlando Gomes, entretanto, “o conceito moderno de contrato, formou-se em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais a dos canonistas e da escola do Direito Natural”.¹²

No que se refere à primeira corrente de pensamento supracitada, acrescenta o referido autor que:

“a contribuição dos canonistas consistiu basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, ao consenso e, de outro, à fé jurada. Em valorizando o consentimento, preconizaram que a vontade é a fonte de obrigação, abrindo caminhos para a formulação de princípios de autonomia da vontade e do consensualismo. A estimação do consenso leva à idéia de que a obrigação deve nascer fundamentalmente de um ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente sua declaração. O respeito à palavra dada e o dever da veracidade justificam, de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas”.¹³

No tocante às influências da escola do Direito Natural na construção do conceito moderno de contrato, afirma Gomes que:

“A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influenciou na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. (...) Salienta-se, a contribuição de Pufendorf, para quem o contrato é um acordo de vontades, expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que é de Direito Natural”.¹⁴

Indicam diferentes autores que outro fator de extrema importância na configuração da concepção moderna de contrato foi “a consolidação do regime capitalista de produção que acrescentou o contexto individualista ao consenso e à vontade”.¹⁵

Além da forte influência dos Códigos francês e alemão que estabeleceram a “ideia de um contrato com predominância da *autonomia da vontade*, em que as partes discutem livremente as suas condições em situação de igualdade”.¹⁶

¹² GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002. p. 5.

¹³ *Ibidem*, p. 5.

¹⁴ *Ibidem*, p. 5 e 6.

¹⁵ *Ibidem*, p. 6.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol.III. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

O fato é que profundas mudanças já ocorreram em relação aos contratos e “essa espécie de contrato, essencialmente privado e paritário, representa hodiernamente uma pequena parcela do mundo negocial”.¹⁷

O próprio Código Civil Brasileiro de 2002, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “afastou concepções individualistas para seguir orientação compatível com a socialização do direito”.¹⁸ Tais alterações interferem sobremaneira num dos requisitos subjetivos essenciais para a formação e a validade do contrato, a vontade, na medida em que se restringe a liberdade contratual, em nome do princípio da função social do contrato.¹⁹

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves e Silvio Rodrigues, ainda que limitada por princípios contratuais modernos, a manifestação da vontade é o primeiro e mais importante requisito de existência do negócio jurídico. Concordam esses autores que “a vontade aparece sob duas formas e em dois momentos distintos: a forma subjetiva ou psicológica representa a formação do querer (momento inicial), enquanto que a forma objetiva refere-se a vontade revelada através da declaração (momento posterior). Por isso se diz que é a declaração de vontade, e não a vontade em si, o requisito de existência dos contratos”.²⁰

Sobre o assunto acrescenta Mário Júlio de Almeida Costa:

“A relação obrigacional nasce e desenvolve-se com vista ao objetivo que lhe dá vida e lhe confere a razão de ser: o cumprimento. Este processo encontra-se condicionado por certos princípios gerais, quer específico de algum ou alguns tipos de obrigações, quer comuns a todos eles. Em tal sede se qualificam, indiscutível e correntemente, o princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade e o princípio da boa fé. Não se mostrarão únicos, mas representam, fora de dúvida, alicerces ou linhas fundamentais do direito das obrigações”.²¹

No tocante à vontade, se é correto dizer que ela se vincula diretamente com o princípio da autonomia da vontade, pode-se garantir que também se liga ao princípio

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol.III. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

¹⁸ *Ibidem*, p. 24.

¹⁹ *Ibidem*, p. 25

²⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. V.3. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 56.

²¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Editora Almedina, 7ª Ed, 1999. p. 92.

da boa fé, sobretudo quanto à sua vertente subjetiva, na medida em que vontade e intenção têm relação intrínseca.

1.2 Vertentes da Boa Fé

Essa ligação (entre vontade e intenção) aparece desde os primórdios desse princípio. Diferentes autores demonstram tal relação em diversos momentos históricos. Por exemplo, em seu livro, Rogério Zuel Gomes, quando comenta sobre a boa fé subjetiva no direito romano, assim descreve:

“Paolo Frezza justifica a junção do qualificativo bona à fides, afirmando que essa é uma fides que impõe ao promitente cumprir o contratado não somente conforme o conteúdo escrito, mas também tendo em conta o espírito da contratação; o contexto da promessa verbal não serve como valor normativo e sim, o real intento negocial, tido como verdadeira medida da responsabilidade daqueles que o fizeram nascer”.²²

Orlando Gomes, por sua vez, entende que o princípio da boa fé vincula-se muito mais à interpretação do contrato do que com a estrutura, de modo que “o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível”.²³

De acordo com Flávio Alves Martins, “existem dois tipos de boa fé aplicáveis ao direito civil, quais sejam, a boa fé subjetiva e a boa fé objetiva, nesta o sujeito tem um comportamento segundo a boa fé; naquela, o sujeito está em ou de boa fé”.²⁴

No que diz respeito a boa fé subjetiva, tem-se o entendimento de que esta vertente baseia-se numa ideia equivocada, daquele que acredita que sua conduta está de acordo com os parâmetros contratuais e, até mesmo, legais.

²² GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa fé*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004. p. 120.

²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002. p. 42.

²⁴ MARTINS, Flávio Alves. *A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: editora lumem juris: 2001. p. 16.

Segundo Judith Martins-Costa, “a boa fé subjetiva denota a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável de uma situação regular”²⁵, ou seja, “é a crença de não estar lesando o direito de outrem, o sujeito age sem conhecimento de que prejudica melhor direito”.²⁶

Como já exposto, inúmeros autores concordam que a boa fé tanto em relação a sua origem quanto no tocante a divisão do seu entendimento remonta ao direito romano com base nos conceitos de *fides* e *bona fides*.

Ao longo da Idade Média, apesar de sua permanência, o entendimento da boa fé aparece sob uma nova dimensão em razão da forte influência dos preceitos religiosos característicos deste período. De acordo com Flávio Alves Martins, “durante a Idade Média, no direito canônico, manifesta-se a boa fé repleta de retórica, abandonando o caráter objetivo que lhe deram os romanos e ligando sua ausência à concepção de pecado”²⁷. Como resultado desse pensamento, houve uma “diluição” da boa fé objetiva, conforme se observa abaixo:

“[...] como efeito, quiçá, dessa forma de pensar, diluiu-se a boa fé objetiva, em detrimento de uma supremacia da autonomia da vontade nos contratos e de uma sobrepujança da boa fé subjetiva dentre os pesquisadores do direito. Tal orientação vai se desenvolver e alcançar seu apogeu com a vitória dos ideais burgueses na França pós revolução”.²⁸

Por estar fortemente ligada a esse momento histórico, a boa fé subjetiva é atacada por muitos doutrinadores em razão do caráter excessivamente abstrato.

Apenas no século XIX, com a criação do Código de Napoleão, tal princípio foi efetivamente positivado. Mas o real reconhecimento de sua importância só se concretizaria no Código Civil Alemão (BCG), de 1900. Para Teresa Negreiros:

"não é exagero afirmar que os contornos atuais da boa fé objetiva no pensamento jurídico ocidental são resultado direto da doutrina e, principalmente, da jurisprudência alemãs. É comumente reconhecido que o desenvolvimento da cláusula geral da boa fé constante do

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Sistema e cláusula geral – A boa-fé objetiva no processo obrigacional*. Tese de doutorado, USP, set. 1996. p. 505.

²⁶ MARTINS, Flávio Alves. *A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: editora lumem juris: 2001. p. 9.

²⁷ *Ibidem*, p. 3.

²⁸ *Ibidem*, p. 3.

BGB pelo Poder Judiciário daquele país foi o principal responsável pela difusão do princípio em outros sistemas de direito codificado".²⁹

E foi com o Código Civil alemão que se traçaram as principais diferenças entre a boa fé subjetiva ou concepção psicológica da boa fé e a boa fé objetiva ou concepção ética da boa fé.³⁰

Entretanto, este código foi responsável pela elevação do princípio da boa fé objetiva a um *status* de supremacia em relação à concepção subjetiva. E, por ter influenciado fortemente o pensamento jurídico ocidental, houve um desprestígio quanto à aplicação subjetiva da boa fé, aliados aos fatos históricos que marcaram o período e as escolas de pensamento, em especial a Escola Positivista.

Os aspectos internos dos indivíduos tais como a intenção, a crença de quem acredita estar agindo corretamente, mas em verdade está em erro, passam a ser desconsiderados, importando apenas a conduta dos agentes diante do contrato e o dever de cumpri-lo segundo o ordenamento jurídico. Corroboram para este entendimento as palavras de Flávio Alves Martins, ao definir que a boa fé objetiva é encarada como um dever de conduta contratual, dever jurídico que impõe um determinado comportamento:

“A boa fé objetiva, como princípio das obrigações, não diz respeito a dados psicológicos (como a subjetiva), mas a elementos externos, isto é, a um **dever de agir de acordo com as normas expressas** que devem ser encontradas na lei para a defesa da conhecida e antiga regra *neminem laedere*, princípio proibitivo de lesão ao patrimônio alheio que teve origem entre os romanos”.³¹

Para Orlando Gomes, a divisão em duas vertentes divide os juristas. Segundo o autor, para os adeptos da vertente subjetiva, o conteúdo dos contratos é composto pelos direitos e obrigações das partes e, muito embora, o contrato seja a fonte de relações jurídicas, ele não é, exclusivamente, o ato propulsor das relações obrigacionais. Enquanto que para os adeptos da vertente objetiva, o conteúdo dos contratos é composto de preceitos, de modo que, para estes, as disposições contratuais têm substância normativa que vinculam a conduta e constituem

²⁹ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 48 e 49.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol.III. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

³¹ MARTINS, Flávio Alves. *A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: editora lumem juris: 2001. p. 4.

regulamento entre as partes, configurando-se, portanto, fonte de normas jurídicas ao lado da lei e da sentença.³²

1.3 O Princípio da Boa Fé no ordenamento brasileiro

No direito brasileiro, o instituto jurídico da boa fé encontrava previsão no Código Comercial de 1850 e no Código Civil de 1916. No entanto, em razão da forte influência individualista no Código de 1916, “não havia em seu conteúdo disposição expressa à boa fé em matéria de Direito das Obrigações”³³, pois se acreditava que sua aplicação interferiria na autonomia da vontade, limitando-a.

Para Antônio de Junqueira Azevedo, a omissão da boa fé em sua forma objetiva e em matéria obrigacional ocorrida no Código Civil de 1916 “tratava-se de reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos”.³⁴

Em razão disto, diversos civilistas entendem que a boa fé constitui a mais relevante diferença entre o Código Civil de 1916 e o de 2.002. Para Caio Mário, trata-se da principal diferença entre os referidos códigos:

“a maior crítica que certamente se podia fazer ao Código Civil de 1916 era a de que nele não se tinha consagrado expressamente o princípio da boa fé como cláusula geral, falha imperdoável diante da consagração do princípio nos Códigos a ele anteriores como o francês (art. 1134) e o alemão (§ 242)”.³⁵

Apesar de inexistência de previsão expressa deste princípio no Código de 1916, a boa fé subjetiva era encontrada em cerca de 30 artigos e também utilizada

³² GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002. p. 12.

³³ GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa fé*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004. p. 143.

³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A boa fé na formação dos contratos*, in *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, set – dez, 1992.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011. p. 17.

como “parâmetro de interpretação”.³⁶ Enquanto no Código de 2002, o princípio da boa fé se transformaria em cláusula geral, vinculado à função social do contrato.

Teresa Negreiros afirma que o novo Código de 2002 transformou a boa fé num “princípio geral e que esta foi disciplinada em articulação à função social do contrato, como um limite, portanto, à autonomia da vontade, e não mais apenas como um parâmetro para a interpretação da manifestação volitiva”³⁷, transformando-se em cláusula geral dos contratos.

Desta feita, identificamos dois momentos distintos: primeiramente, tem-se uma vinculação com o entendimento subjetivo da boa fé, prova disto é o que preceitua o artigo 112 do Código Civil: “nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”; mas em seguida, enquanto cláusula geral se estabelece um dever de conduta que prima pelo cumprimento do pactuado, sobretudo em razão de outro princípio, qual seja, o *pacta sunt servanda*, que obriga os contratantes a cumprirem o que foi estabelecido pelas partes. Sobre esse assunto, tem-se o entendimento de Kelsen, trazido por Orlando Gomes:

“ao celebrar um contrato, as partes não se limitariam a aplicar o direito abstrato que o rege, mas estariam criando também normas individuais que geram obrigações e direitos concretos não existentes antes de sua celebração. Essas normas individuais, que compõem o conteúdo do contrato e exigem determinada conduta dos contratantes, teriam a mesma substância normativa da regra *pacta sunt servanda*, que aplicam ao celebrar o contrato. Desse modo, o produto jurídico do contrato, ou seja, a consequência que lhe atribui o ordenamento jurídico, é a norma que cria, individual e concreta porque não obriga a número indeterminado de indivíduos nem se aplica a número indeterminado de casos, tal como sucede com a norma ou lei”.³⁸

Afirmam os doutrinadores haver uma tendência entre os países ocidentais que adotaram o sistema romano germânico de considerarem a concepção objetiva da boa fé como superior a concepção subjetiva. Alegam que há nesta vertente graves limitações em razão da dificuldade de sua aplicação pelo elevado grau de

³⁶ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 72.

³⁷ *Ibidem*, p. 74.

³⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002. p. 13.

abstração, confirmado nas palavras de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

“(...) o conceito depara com uma série de limitações que o tornam, em si, uma fórmula vazia: sendo certo que esses deveres de cuidado, decisivos, afinal, para indagar da boa ou da má fé variam, consoante as situações em jogo e não havendo a possibilidade de refúgio num cômodo dever geral de honestidade, que se viu não corresponder a boa fé subjetiva, pouco se avançou no sentido da sua determinação”.³⁹

Reflexo dessa postura pode ser verificado com o reconhecimento, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, da boa fé objetiva como um princípio jurídico fundador do direito obrigacional, mas também um princípio constitucional.

1.4 Moralidade e o Princípio da Boa Fé

A separação conceitual entre as duas vertentes da boa fé não parece plausível. Para Flávio Alves Martins, “a boa fé é um conceito essencialmente ético que se pode definir como o entendimento de não prejudicar outras pessoas”.⁴⁰

No entanto, para a maior parte da doutrina, ao falar da moralidade do princípio, apenas a boa fé em sentido objetivo deveria ser entendida como um princípio ético jurídico, uma regra ética de conduta, também chamada de boa fé lealdade.

Segundo Camila de Jesus Mello Gonçalves “referir-se ao conteúdo ético da boa fé envolve os dois aspectos filosóficos da ética: um relacionado à ação e o outro, à sua finalidade do bem”.⁴¹ De fato, a boa fé consiste em regra moral por se

³⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 517-522.

⁴⁰ MARTINS, Flávio Alves. *A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 7.

⁴¹ GONÇALVES, Camila Jesus de Mello. *Princípio da boa fé: perspectiva e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25.

preocupar com a análise da ação e fixar parâmetros de conduta independente do elemento interno de cada um”.⁴²

Mais uma vez a vertente subjetiva é deixada à margem. Poucos estudiosos se preocupam, dentre outras questões, com qual o tipo de ética que permeia a boa fé em sentido subjetivo e apesar de a maior parte das remissões presentes em nosso Código Civil estarem relacionadas à vertente subjetiva, ainda assim, tal vertente não é alvo de grandes debates ou estudos.

Menezes Cordeiro enumera pressupostos para a proteção da confiança na boa fé subjetiva: “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; uma justificação para essa confiança expressa na presença de elementos objetivos capazes de, em abstrato, provocarem uma crença plausível; 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 o seu preterir”.⁴³

Ainda que falte consenso sobre a possibilidade de utilização prática desta vertente, é necessário que se criem condições para que a concepção subjetiva da boa fé não caia definitivamente em desuso, soterrando aquilo que se reconhece como requisito essencial de formação dos contratos: a vontade, a intenção que leva as pessoas a contratarem.

Humberto Theodoro Junior, responsável pela atualização do livro de Orlando Gomes, ao falar sobre a ética que deve permear as relações contratuais, afirma que:

“nos contratos há sempre interesses opostos das partes contratantes, mas sua harmonização constitui o objetivo mesmo da relação jurídica contratual. Assim há uma imposição ética que domina toda matéria contratual, vedando o emprego de astúcia e deslealdade e impondo a observância da boa fé e lealdade, tanto na manifestação da vontade (criação do negócio jurídico), como, principalmente, na interpretação e execução do contrato.(...) a

⁴² HARA, Livia Ofugi. *A natureza jurídica do boa fé*. Monografia, UniCeub, jun. 2011. p. 23.

⁴³ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1248.

segurança jurídica depende, em grande parte, da lealdade e da confiança recíproca”.⁴⁴

E acrescenta o referido autor, acerca da necessidade de prevalência do dever de lealdade, que:

“além de prevalecer a intenção sobre a literalidade, compreende-se no princípio da boa fé a necessidade de compreender ou interpretar o contrato segundo os ditames da lealdade e confiança entre os contratantes, já que não se pode aceitar que um contratante tenha firmado o pacto de má fé, visando a locupletar-se injustamente à custa do prejuízo do outro. O dever de lealdade recíproca acha-se explicitado o código Civil alemão e prevalece doutrinariamente em todo o direito de raízes romanas”.⁴⁵

Deve-se superar a visão tecnicista-jurídica com a finalidade de ampliar as possibilidades de aplicação e utilização deste princípio. Isso significa não restringi-lo a somente uma de suas vertentes, bem como se utilizar de outras áreas do conhecimento humano para superar os antagonismos e imprecisões de modo a contribuir para um sistema jurídico preocupado não apenas com a aplicação fria da norma, mas com o sujeito que integra este sistema.

Percebe-se que ao longo do tempo a aplicação deste princípio resultou num sério problema: a alteração do centro de análise, de modo que substituiu-se o sujeito pela norma, buscando-se a “interpretação das normas jurídicas com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram atingir”.⁴⁶

Flávio Alves Martins entende que “ao estudar-se a boa fé, convém observar que nela existem dois campos distintos: a idéia de boa fé e o princípio da boa fé”.⁴⁷ Mas segundo o autor, existem doutrinadores que acreditam não existir a bipartição subjetiva/objetiva, mas a “unicidade da boa fé”.⁴⁸

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002. p. 42.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁶ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 90.

⁴⁷ MARTINS, Flávio Alves. *A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: editora lumem juris: 2001. p. 15.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 19.

Lívia Ofugi Hara, em seu trabalho monográfico, defende que “a boa fé subjetiva relaciona-se com a ética e que a boa fé objetiva com a moral, mas que na prática não há uma divisão entre elas”.⁴⁹

Essa visão parece indicar um caminho mais interessante ao entendimento da boa fé. Antes de entendermos como conceitos contrários, devemos vislumbrar sua complementaridade, estabelecendo-se qual a aplicação mais adequada para atingir o principal objetivo do direito: a justiça.

Ao que tudo indica, ocorreu um esvaziamento do conceito de “ética”. O Direito Civil passou a desconsiderar o comportamento, a intenção das partes, limitando o “ser honesto” e o “ser leal” a simples aplicação das normas jurídicas, por entender que estas normas já possuíam o conteúdo ético necessário introduzido no momento de sua confecção ou de sua aplicação jurisdicional.

Entretanto, em muitos casos, a aplicação da norma, de maneira isolada, é incapaz de abarcar a complexidade das situações práticas, resultando em significativos prejuízos quando desvinculada de uma análise subjetiva.

Neste sentido, o problema em conceituar boa fé, em razão da dificuldade de delimitação do conteúdo do direito e suas fronteiras com a moral e a ética, deve ser enfrentado. Bem como a superação da idéia (recorrente) de que se trata de conceito não delimitável juridicamente e que, por isso, sua aplicação é irreversivelmente arbitrária.

⁴⁹ HARA, Lívia Ofugi. *A natureza jurídica do boa fé*. Monografia, UniCeub, jun. 2011. p. 22.

2 KANT E KELSEN: PERSPECTIVAS SOBRE MORAL E DIREITO E O PRINCÍPIO DA BOA FÉ

Neste capítulo será analisada mais profundamente a relação entre moral e direito. O objetivo é demonstrar que as questões éticas não comprometem negativamente à ciência do direito, e que os institutos cujos conteúdos sejam essencialmente éticos, não devem ser desqualificados, nem afastados da análise jurídica.

Para explicar como a boa fé em sua vertente subjetiva foi sendo aos poucos abandonada pelos operadores do direito, serão analisadas as teorias de Kant e Kelsen e de que modo tais filosofias influenciaram a construção da concepção moderna da boa fé.

Para tanto, serão apresentados os principais aspectos do racionalismo naturalista de Kant e o seu objetivo em estabelecer um princípio supremo da moralidade desde que fundado na racionalidade prática, e qual o reflexo desta teoria no tocante à boa fé.

Em seguida, será analisada a relação entre moral e direito no positivismo jurídico de Kelsen e o seu objetivo de afastar tudo o que é “estranho” à ciência do direito e os reflexos de sua teoria relativamente à boa fé.

2.1 Moralidade e Direito

Grande parte dos pensadores do direito afasta as questões éticas de seus campos de estudo por as considerarem deveras subjetivas e arbitrárias. David Lyons afirma que:

“É frequentemente dito que a ciência lida com fatos, os quais são objetivos e existem fora de nós, enquanto que a ética se envolve com valores, os quais são subjetivos e existem em nós. Os fatos podem

ser observados, ou ao menos eles podem ser verificados por técnicas empíricas. Mas os valores (diz-se) não descrevem o mundo; eles expressam nossos desejos, esperanças, vontades, atitudes, e preferências. Eles representam a maneira que nós desejamos que o mundo seja, não o modo como ele é. Nós não os encontramos no mundo, mas os impomos sobre ele. Diferentes indivíduos e diferentes povos têm posições sobre o modo como o mundo deveria ser, mas nenhuma delas pode ser objetivamente estabelecida. Valores são herdados, inculcados, ou escolhidos. Logo, os valores (frequentemente se diz) são, no fundo, arbitrários”.⁵⁰

Trata-se de importante equívoco. Primeiramente cabe ressaltar que subjetividade e arbítrio não devem ser encarados como sinônimos. Além disso, afastar a utilização desses conceitos representaria um empobrecimento à ciência do direito que ficaria restrita unicamente aos seus próprios conceitos, sem dialogar com outros ramos do conhecimento, em nome de uma suposta autonomia científica e objetiva.

Para Lyons, “a alegação da objetividade dos fatos (ciência/direito) e da subjetividade dos valores”, não garante ao primeiro a construção de certezas absolutas:

“A ciência não é infalível. O conhecimento que ela nos dá está sujeito a correções, quando boas razões são encontradas para modificar as crenças estabelecidas. Mas nossa experiência parece demonstrar que o progresso científico não é ilusório. Nosso crescente entendimento do mundo, por mais limitado que ele seja, é demonstrado por nossa crescente habilidade em simular o que acontece dentro da ordem natural. Se nós aceitamos essa modesta noção de progresso científico, entretanto, nós temos de abandonar a antiga noção de que o conhecimento repousa sobre fundamentos indubitáveis. Isso sugere que exigimos demais da ética se esperamos prova absoluta dos princípios gerais ou certeza indispensável de julgamentos morais específicos”.⁵¹

As constantes críticas ao caráter subjetivo que a utilização de elementos relativos à moralidade trouxe ao campo do direito fizeram com que alguns institutos jurídicos (que de alguma forma necessitavam desses elementos para sua concretização) fossem menosprezados em relação a outros que eram considerados mais objetivos, e a boa fé se insere nesse contexto.

⁵⁰ LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Campinas, SP: Papyrus editora, 1990. p. 16.

⁵¹ *Ibidem*, p. 39.

Em geral, os doutrinadores alegam as dificuldades analíticas no emprego da corrente subjetiva, tendo em vista que esta se relaciona com valores, intenções e crenças, afastando-se do ideal de construção de uma ciência do direito livre de “incertezas”, já que inexistem métodos objetivos que assegurem a real intenção das pessoas.

Trata-se de acirrado debate teórico. Segundo Lyons, “grande parte da teoria sobre a lei é centrada nas disputas entre “defensores da lei natural” e “legalistas positivistas” que discordam sobre as relações entre lei e moralidade. Os positivistas defendem “a separação entre lei e moral” enquanto os defensores da lei natural a negam”⁵², mas para o autor, as questões morais permeiam o estudo da lei.⁵³

Por sua vez, Mário Júlio de Almeida Costa afirma que a boa fé possui “implicações ético valorativas que se contrapõem a uma teoria do ordenamento jurídico estritamente positivista, que tenha por base conceitos de tipo técnico jurídico”.⁵⁴

E relativamente às questões contratuais, as questões éticas permeiam toda a lógica desse instituto na medida em que em todas as suas fases, as condutas das partes devem ser orientadas à concretização do negócio jurídico sem prejuízos a nenhuma das partes envolvidas.

No entanto, por mais que se pretenda desvincular a aplicação do direito das análises da moral relativas aos sujeitos das relações jurídicas, a própria lei possui em sua estrutura tais componentes.

Trata-se da mais profunda alteração que sofreu o referido princípio: a manifestação volitiva dos sujeitos é abandonada em prol de uma norma que já possui, de forma intrínseca, valores morais. Neste sentido, acrescenta Mário Júlio de Almeida Costa: “o acento ético valorativo coloca-se, respectivamente, no momento da feitura da lei e no momento judicial da decisão”.⁵⁵

⁵² LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Campinas, SP: Papyrus editora, 1990. p. 67.

⁵³ *Ibidem*, p. 16

⁵⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Editora Almedina, 7ª Ed, 1999.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 93.

Neste sentido, *mister*, para o estudo em tela, uma análise sobre a relação entre moral e direito já que a boa fé guarda estreita relação com tais temas.

Para melhor compreender tais mudanças, necessário buscar respaldo na filosofia do direito. Para tanto, serão utilizadas as obras de Immanuel Kant e Hans Kelsen com o objetivo de estabelecer de que modo essas teorias influenciaram a ciência jurídica, e em particular, como orientaram a construção do conceito moderno de boa fé.

2.2 Moralidade e direito no racionalismo naturalista de Kant

Ricardo Terra afirma que “se seguirmos a caracterização da modernidade cultural feita pelo sociólogo alemão Max Weber, poderemos pensar a filosofia kantiana como sendo a expressão filosófica da modernidade”⁵⁶. Joaquim Carlos Salgado acrescenta que a teoria desenvolvida por Kant é “uma filosofia de reflexão”.⁵⁷

De acordo com Alexandre Travessoni Gomes, a importância do pensamento de Kant se explica pelo fato deste filósofo ter introduzido “um novo modo de pensar a filosofia, o pensar crítico ou a Filosofia transcendental, rompendo com a tradição filosófica anterior”.⁵⁸

Kant pretende estabelecer um princípio supremo da moralidade fundado na razão prática⁵⁹. Afirma o autor que “a razão nos foi dada como faculdade prática, isto é, como faculdade que deve exercer influência sobre a vontade”⁶⁰, na medida em que “a máxima da ação criada pelo arbítrio (vontade) pode ser contrária a lei moral”.⁶¹

⁵⁶ TERRA, Ricardo R. *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2004. p. 9.

⁵⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995. p. 80.

⁵⁸ GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 47.

⁵⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. Edições 70, 2004. p. 19.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁶¹ SALGADO, op.cit., 158.

Para Travessoni Gomes, o conceito fundamental do sistema moral kantiano vincula-se à razão em seu sentido prático, na medida em que esta razão dita as normas do agir humano.⁶² Acrescenta o referido autor que “o objetivo da fundamentação ética kantiana é, ao longo de suas obras de Filosofia prática, refutar as éticas fundamentadas em motivos externos, que ele chama de heterônomas, para fixar os princípios de uma Ética autônoma e provar sua fundamentação na ideia de liberdade”.⁶³

Em Kant, liberdade se vincula a noção de autonomia da vontade. Para o filósofo, o princípio da vontade relaciona-se à consciência da subordinação da vontade a uma lei, ou seja, é a liberdade do ser racional determinando o que constitui dever, desde que este (dever) seja a representação de uma máxima universal, ou seja, a razão determinando a vontade livre:⁶⁴

“Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade. Como para derivar as ações das leis é necessária a razão, a vontade não é outra coisa senão razão prática. Se a razão determina infalivelmente a vontade, as ações de um tal ser, que são concebidas como objetivamente necessárias, são também subjetivamente necessárias, isto é, a vontade é a faculdade de escolher só aquilo que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer como bom”.⁶⁵

No entanto, Kant acredita que o homem é, simultaneamente, um ser racional e sensível, de modo que “enquanto ser racional conhece a lei moral, enquanto ser sensível, não necessariamente obedece a lei moral já que pode ser afetado pela sensibilidade”⁶⁶:

“Mas se a razão por si só não determina suficientemente a vontade, se esta está ainda sujeita a condições subjetivas (a certos móveis) que não coincidem sempre com as objetivas; numa palavra, se a vontade não é em si plenamente conforme a razão (como acontece realmente entre os homens), então as ações, que objetivamente são reconhecidas como necessárias, são subjetivamente contingentes, e a determinação de uma tal vontade, conforme a leis objetivas, é

⁶² GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 54 e 58.

⁶³ *Ibidem*, p. 59.

⁶⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. Edições 70, 2004. p. 31, 32 e 41.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁶ GOMES, op. cit., p. 63.

obrigação (*Nötigung*); quer dizer, a relação das leis objetivas para uma vontade não absolutamente boa representa-se como a determinação da vontade de um ser racional por princípios da razão, sim, princípios esses porém a que a vontade, pela sua natureza, não obedece necessariamente”.⁶⁷

Para afastar os transtornos de uma conduta baseada na sensibilidade, o autor acredita que as ações humanas devem ser orientadas por uma razão pautada nos imperativos categóricos, ou como o próprio Kant define, pelos “imperativos da moralidade”⁶⁸.

“todos os imperativos ordenam ou *hipotética*- ou *categoricamente*. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade”.⁶⁹

De acordo com o autor, apenas desta forma é possível a construção de uma legislação moral universal: “age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como um princípio de uma legislação universal”.⁷⁰

Segundo Kant, “uma ação praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina”.⁷¹ Deste modo, “agir moralmente não basta concordância com o dever, sendo necessária a ação pelo dever, que gera no homem o sentimento moral”⁷²:

“aquilo que deve ser moralmente bom não basta que seja conforme a lei moral, mas também tem que cumprir-se por amor dessa mesma lei; caso contrário, aquela conformidade será apenas contingente e incerta, porque o princípio imoral produzirá na verdade de vez em quando ações conformes à lei moral, mas mais vezes ainda ações contrárias a essa lei”.⁷³

⁶⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. Edições 70, 2004. p. 48.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 50.

⁷⁰ *Idem*. *Crítica da razão prática*. 3. ed. São Paulo: Martins Claret, 2011. p. 44.

⁷¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. Edições 70, 2004. p. 30.

⁷² GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 67.

⁷³ KANT, op. cit., p. 16.

Portanto, sob o ponto de vista da teoria kantiana, não interessa o propósito (intenção) que leva os homens a praticarem determinadas ações. Não é a intenção que dá valor moral a essas ações, mas sim a ação praticada pelo dever.⁷⁴

Neste sentido, Kant conclui que “só o imperativo categórico tem o caráter de uma lei prática”⁷⁵ e que “a obediência a esta lei é o dever”.⁷⁶

Verifica-se, portanto, que Kant diferentemente de Kelsen, não estabelece uma separação entre lei e moral. Ao contrário, o filósofo pretende estabelecer um procedimento cujo objetivo é agregar à lei prática uma moralidade caracterizada por sua universalidade, a fim de que a moral esteja materialmente contida na própria lei.

Joaquim Carlos Salgado afirma que “Kant garante, através da razão, a universalidade dos princípios morais”⁷⁷ e acrescenta que “o formalismo ético de Kant provém dessa necessidade de universalidade da lei moral e se traduz na ideia de dever ser como criação da razão a partir de si mesma, isto é, sem recorrer a qualquer conteúdo externo”, uma vez que, em Kant, “a razão é a faculdade de todos os princípios”.⁷⁸

Acrescenta Salgado que o formalismo da moral kantiana “se situa na radical exigência de uma validade incondicionada para a lei moral, que só é dada na sua origem”⁷⁹, e essa origem não é outra, senão a razão: “a regra moral exige uma universalidade incontestável, que só pode ser dada se derivada *a priori* da razão, da vontade pura”.⁸⁰

Ainda de acordo com Salgado, a questão da universalidade da lei aparece tanto na esfera moral em razão de sua origem, quanto no momento de sua aplicação, na medida em que vale para todos e, “para ser válida para todos, é formal, isto é, não pode levar em conta aspectos contingentes da sua aplicação subjetiva”⁸¹. Além disso, ressalta o referido autor, a universalidade advém “do

⁷⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. Edições 70, 2004. p. 30.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 57.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 64.

⁷⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995. p. 163.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 163 e 165.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 167.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 171.

⁸¹ *Ibidem*, p. 199.

momento de sua elaboração e significa uma conformidade absoluta com a razão, na medida em que a vontade pura a cria de tal modo, que seja válida para todos os seres racionais”.⁸²

Assim sendo, verifica-se a forte influência da teoria kantiana na definição moderna do princípio da boa fé no tocante à sua vertente objetiva, tendo em vista que a lei, enquanto representação suprema de uma máxima universal racional, carrega em si mesma toda a moralidade necessária, independentemente da intenção que oriente os sujeitos na prática de uma determinada ação⁸³: “a lei traz consigo o conceito de uma necessidade incondicionada, objetiva e conseqüentemente de validade geral, e mandamentos são leis a que tem que se obedecer, ou seja, que se tem que seguir mesmo contra a inclinação”.⁸⁴

No entanto, mesmo que a inclinação seja em sua essência boa, ainda assim, Kant estabelece a fragilidade de uma máxima fundada numa ação aparentemente boa, na medida em que poderiam, em verdade, serem “contrárias aos princípios objetivos duma razão prática”⁸⁵

Verifica-se, portanto, que afasta-se a possibilidade de aplicação de “qualquer intenção *possível* ou real”⁸⁶, mesmo sendo boa (imperativo hipotético), tendo em vista, a impossibilidade de transformá-la numa lei moral universal.

Logo, diferentemente de Hans Kelsen que propõe uma separação entre Direito e moral, em Kant, não faz o menor sentido tal modelo. No entanto, ocorre um importante deslocamento: a moral deixa de estar atrelada ao sujeito e passa a compor a lei intrinsecamente no momento de sua criação:

“Há por fim um imperativo que, sem se basear como condição em qualquer outra intenção a atingir por um certo comportamento, ordena imediatamente este comportamento. Esse imperativo é categórico. Não se relaciona com a matéria da ação e com o que dela deve resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva; o essencialmente bom reside na disposição, seja qual for o

⁸² SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995. p. 200.

⁸³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. Edições 70, 2004. p. 51.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 53.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 50.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 50.

resultado. Este imperativo pode-se chamar o imperativo da **moralidade**".⁸⁷

E assim sendo, a vontade individual, para Kant, "é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir *em conformidade com a representação de certas leis*"⁸⁸, não cabendo, portanto, ao Direito analisar as intenções dos sujeitos, mas apenas se os mesmos agiram em conformidade com o que preceitua a lei, pois esse, segundo Kant, é o dever do homem: agir de acordo com o ordenamento jurídico.

2.3 Moralidade e Direito no positivismo jurídico de Kelsen

Hans Kelsen é identificado como um dos mais importantes representantes do Positivismo jurídico analítico, devendo-se atribuir a este autor a linha de argumentos que separa lei e moral:

"Para determinar o que a lei é, nós devemos nos dedicar a uma investigação empírica sobre os fatos relevantes. Por outro lado para determinar se a lei é boa ou má, justa ou injusta, nós necessitamos avaliá-la. Essa é uma outra investigação. Isso sugere uma linha de argumentos que pode ser atribuída ao jurista Hans Kelsen. Os fatos sociais determinam que leis existem e o que elas exigem e permitem. Isso é uma questão do fato objetivo. Mas os julgamentos morais não têm bases em fatos; eles simplesmente expressam as atitudes que nós temos. Assim é impossível para a lei ser uma função da moralidade. A identificação e a interpretação da lei devem ser independentes de condições morais".⁸⁹

Em seu livro "Teoria Pura do Direito", Kelsen pretende determinar qual o objeto do Direito e afirma que quando estabelece como "pura" sua teoria, "significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito".⁹⁰

⁸⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. Edições 70, 2004. p. 52.

⁸⁸ Ibidem, p. 67.

⁸⁹ LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Campinas, SP: Papyrus editora, 1990. p. 67 e 68.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

Neste sentido, sua metodologia visa afastar tudo que é “estranho” à ciência jurídica a fim de evitar um “sincretismo metodológico” que, de acordo com o autor, confunde o objeto de seu estudo.⁹¹

A principal marca dessa doutrina jurídica é a negação da existência do direito natural: “Kelsen rebela-se não só contra as ideias jusnaturalistas, mas também intenta separar a Ciência do Direito de influências sociológicas, como a dos positivistas sociológicos, que analisam o direito não enquanto norma (dever ser), mas como um fato social (ser)”⁹²:

“o fato externo que de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada como tal, pela lei da causalidade. (...) O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a este ato, a significação que ele possui”.⁹³

Segundo kelsen, o fato que se transforma em ato jurídico deve buscar sua justificação na própria ciência do Direito na medida em que a “significação jurídica” só existe em razão da norma que dá “sentido jurídico específico” a uma conduta através de um “esquema de interpretação”:

“o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa.(...) A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe sua significação jurídica de uma outra norma”.⁹⁴

Quanto às ciências sociais, sustenta o autor que se deve afastar da ciência jurídica as influências das demais ciências sociais para garantir a “pureza” de sua uma teoria do direito:

“Kelsen pretende, portanto, operar uma dupla depuração: afastar da Ciência do direito quaisquer valorações ético políticas e, ainda, evitar as influências sociológicas que tornaram impossível a separação

⁹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1 e 2.

⁹² GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 107.

⁹³ KELSEN, op. cit., p. 2.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 4.

entre o direito dos fatos sociais. Neste sentido, o positivismo Kelseniano tem características peculiares. Alguns positivistas embora negassem a existência do direito natural, não separavam o fato da norma, distinção que é basilar em Kelsen”.⁹⁵

Deste modo, para Kelsen, o fundamento de validade do direito só pode ser encontrado dentro do próprio direito, pois “o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida”.⁹⁶

Para tanto, Kelsen, parte da distinção entre “ser” e “dever ser”, estabelecendo que a “a norma é um dever ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser”⁹⁷. Ressalte-se que, de acordo com o jusfilósofo, os atos de vontade devem ser entendidos como atos que “intencionalmente dirigem a conduta de outrem”:

“dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas”.⁹⁸

Neste sentido, afirma o autor que “a conduta estabelecida numa norma como devida e que constitui o conteúdo da norma, pode ser comparada com a conduta de fato e, portanto, pode ser julgada como correspondendo ou não à norma”⁹⁹:

“corresponde à norma quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contraria a norma quando não é tal como, de acordo com a norma, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde a norma. O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é “boa”. O juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo. Significa que a conduta real é “má””.¹⁰⁰

⁹⁵ GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 114.

⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 5.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 5.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 7.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 19.

Segundo Kelsen, “apenas um fato da ordem do “ser” pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo”.¹⁰¹

Kelsen não acredita na possibilidade de elaboração de uma lei moral universal. Para este autor as normas são o resultado de uma vontade humana, logo, “os valores através delas constituídos são arbitrários”:

“através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem. O que, segundo aquelas, é bom, pode ser mau segundo estas. Por isso, as normas legisladas pelos homens – e não por uma autoridade supra-humana – apenas constituem valores relativos”.¹⁰²

Desta forma, Kelsen acredita na validade de qualquer tipo de norma, independentemente se ela contém um valor moral universal. Ao contrário, sendo elaboradas pela vontade dos homens, tais normas, de acordo com o autor, possuem apenas valores relativos de modo que “a vigência de uma norma que prescreva uma determinada conduta como obrigatória, bem como a do valor por ela constituído, não exclui a possibilidade de vigência de uma outra norma que prescreva a conduta oposta e constitua um valor oposto”, ressaltando-se apenas a impossibilidade de coexistência simultânea de normas opostas.¹⁰³

Para Lyons “o raciocínio de Kelsen pressupõe alguma forma de ceticismo moral” e acrescenta que “este entendimento se distancia da visão da maior parte dos positivistas legais que acreditam não serem os julgamentos morais intrinsecamente arbitrários”¹⁰⁴. Kelsen afirma que “a validade das normas jurídicas positivas não dependem do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito Positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral”.¹⁰⁵

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 19.

¹⁰² *Ibidem*, p. 19.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 19 e 20.

¹⁰⁴ LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Campinas, SP: Papyrus editora, 1990. p. 68.

¹⁰⁵ KELSEN, op. cit., p. 77.

Travessoni Gomes afirma que “se em muitos pontos Kelsen vincula-se ao pensamento kantiano, é na distinção entre direito e moral que dele se afasta mais veementemente”¹⁰⁶:

“tratando das relações entre a moral e o direito, afirma Kelsen a independência deste em relação àquela, negando qualquer possibilidade de fundamentação do direito pela moral. Direito e Moral são ordens diversas, existindo correntes que tentam fundamentar a validade da ordem jurídica numa ordem moral, invalidando as normas do direito que à moral forem contrárias. Essa doutrina, para Kelsen, contém um erro fundamental, que é o de aceitar que existe apenas uma moral “a moral” que fundamenta o direito”.¹⁰⁷

O autor ainda estabelece a diferença entre o que denomina de “valor subjetivo” e “valor objetivo”. Para Kelsen, o primeiro refere-se ao “valor que consiste na relação de um objeto, especialmente de uma conduta humana, com o desejo ou vontade de um ou vários indivíduos, àquele objeto dirigida”, enquanto que o segundo “consiste na relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida”¹⁰⁸:

“O valor em sentido subjetivo, ou seja, o valor que consiste na relação de um objeto com o desejo ou vontade de uma pessoa, distingue-se do valor em sentido objetivo – ou seja, do valor que consiste na relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida – ainda na medida em que aquele pode ter diferentes graduações, pois o desejo ou vontade do homem é susceptível de diferentes graus de intensidade, ao passo que a graduação do valor no sentido objetivo não é possível, visto uma conduta somente poder ser conforme ou não a uma norma objetivamente válida, contrariá-la ou não a contrariar – mas não ser-lhe conforme ou contrariá-la em maior ou menor grau”.¹⁰⁹

Sob esse aspecto parece haver semelhanças entre o pensamento em Kant e em Kelsen: para ambos independe o desejo ou vontade do indivíduo sendo somente necessário que a conduta esteja em conformidade com a norma, ainda que seus fundamentos sejam materialmente diversos.

Se em Kant o que fundamenta a validade do Direito é a racionalidade que obrigatoriamente resulta na elaboração de leis morais universais, em Kelsen o fundamento da validade do Direito deve ser buscado na norma fundamental:

¹⁰⁶ GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 131.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 135.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 21.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 22.

“os atos através dos quais são produzidas as normas jurídicas apenas são tomados em consideração, do ponto de vista do conhecimento jurídico em geral, na medida em que são determinados por outras normas jurídicas; e que a norma fundamental, que constitui o fundamento da validade destas normas, nem sequer é estatuída através de um ato de vontade, mas é pressuposta por um pensamento jurídico”.¹¹⁰

Segundo Kelsen, “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma” e acrescenta que, “uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”¹¹¹:

“a norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”.¹¹²

Deste modo, Kelsen afasta as questões morais do Direito, refutando, categoricamente, a possibilidade do direito positivo conter uma moral absoluta:

“a tese, rejeitada pela Teoria pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte”.¹¹³

Para o teórico, as normas fundamentam tanto a origem do direito quanto sua validade. Assim sendo, no que se refere ao princípio da boa fé, verificamos que esta teoria, por motivos diversos da teoria kantiana, igualmente reforça a aplicabilidade da vertente objetiva deste princípio na medida em que, segundo Kelsen, “a Ciência do Direito é avaliativa”, afastando-se portanto, qualquer possibilidade de aplicação da vertente subjetiva da boa fé: “com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral

¹¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 24.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 215.

¹¹² *Ibidem*, p. 217.

¹¹³ *Ibidem*, p. 78.

absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever”.¹¹⁴

¹¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 78.

3 O PROBLEMA DA NATUREZA JURÍDICA DA BOA FÉ OBJETIVA

Neste último capítulo será tratada a questão central deste trabalho: qual a natureza jurídica da boa fé objetiva?

Será abordado como o positivismo jurídico trouxe prejuízos à definição e aplicação deste princípio, restando negligenciado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência em razão de seu conteúdo essencialmente moral, e de que modo esse conteúdo foi alterado para atender os anseios dessa corrente filosófica, reduzindo o fundamento ético deste princípio à mera obediência à ordem normativa.

Além disso, será discutido como a doutrina estabeleceu conceitos muito semelhantes às vertentes da boa fé e de que modo isso influenciou a aplicação nos casos concretos pela jurisprudência.

3.1 Boa fé objetiva: lealdade normativa

Luiz Guilherme Loureiro afirma que “na era moderna, a história da boa fé começa na França” e acrescenta que “confortada pela concepção moralizadora da teoria do direito natural, a boa fé foi considerada, no momento da concepção do código francês, como uma noção fundamental do direito do contrato”.¹¹⁵

No entanto, segundo o autor supracitado, a boa fé passou a ser negligenciada tanto em relação à jurisprudência quanto em relação à doutrina, até uma época recente. “Para o positivismo jurídico então dominante, que limita o direito à lei ou à letra da lei e não admite sair de sua tirania, é muito escasso ou nenhum o papel que incumbe à boa fé” e “para os legisladores, princípios como o da boa fé eram vagos e imprecisos”, e não poderiam se sobrepor “ao velho dogma positivista do *pacta sunt servanda*”.¹¹⁶

¹¹⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2002. p. 62.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 63.

Para Loureiro, somente a partir da segunda metade do século XX, a boa fé passa a interessar a doutrina, “a boa fé da concepção solidarista” que “buscava soluções mais justas para os casos concretos, frente a absurdos e injustiças, mas sempre cumprindo o papel de integrar a norma”.¹¹⁷

Segundo este autor, apesar do interesse em relação ao tema, “o papel exercido pela boa fé no direito positivo ainda é incerto”, em razão de se tratar de “conceito amplo”:

“a boa fé não constitui uma noção que possa ser perfeitamente delimitada em termos rígidos, mas antes é um estado de espírito que se identifica nas ações humanas. Essa ambigüidade conceitual pode ser uma vantagem ou pode trazer inconvenientes. A noção de boa fé depende largamente de uma intuição: os contratantes devem respeitar certas regras morais, que se situam entre dois pólos, de uma parte um aspecto subjetivo, no qual a boa fé se confunde com a lealdade; e de outra um aspecto objetivo, no qual está de boa fé aquele que se comporta de forma correta”.¹¹⁸

Acerca da amplitude do conceito, Teresa Negreiros afirma que o princípio da boa fé se relaciona com diversos temas que não se interligam diretamente com o mundo civilista:

“Com efeito, a aplicação da boa fé carrega consigo uma série de significações relativas à interpretação-realização do Direito, aos limites da função judicante, ao conceito de sistema na ciência jurídica, ao peso das valorações pelo discurso jurídico e a outros muito temas que, tradicionalmente, escapam ao campo reflexivo do civilista”¹¹⁹.

Acrescente-se, igualmente, o entendimento de Flávio Alves Martins ao afirmar que, “a boa fé, destaque-se, surge com frequência no âmbito do direito civil. É grande o seu campo de atuação, inclusive em outras áreas do direito e até fora dele, como um conceito meramente moral”.¹²⁰

¹¹⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2002. p. 64.

¹¹⁸ Ibidem, p. 65 e 66.

¹¹⁹ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 89 e 90.

¹²⁰ MARTINS, Flávio Alves. *A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: editora lumem juris: 2001. p. 2.

E se existem críticas acerca da imprecisão, ou mesmo, da vastidão deste conceito, Loureiro aponta vantagens sobre o fato de inexistirem contornos rígidos quanto à sua definição:

“a boa fé permite atenuar o rigor da antiga regra *pacta sunt servanda*, mas contraditoriamente, concede mais segurança às partes. De fato, ela permite reprimir certos comportamentos, orientar certa interpretação e moralizar o contrato. Esse conceito deve-se à evolução do direito que consagra uma diminuição (senão uma exclusão) do papel da vontade, e de pesquisa da conciliação dos elementos subjetivos e objetivos do contrato e sobre uma combinação do útil e do justo”.¹²¹

Entretanto, apesar das evidentes vantagens quanto à sua aplicação, em razão de possuir um conteúdo essencialmente moral, tal princípio foi deixado à margem, por longo tempo, como objeto de interesse da ciência do direito.

Como verificou-se no segundo capítulo, teóricos que buscaram a delimitação do campo jurídico, afastaram o conteúdo moral, fosse em relação ao indivíduo, fosse em relação à própria ciência do direito, com o objetivo de se alcançar uma “pureza” metodológica, procedimental e, até mesmo, quanto ao seu objeto.

O resultado foi o “ostracismo”¹²² de princípios essencialmente morais, dentre os quais, o princípio da boa fé. Exemplo disso é que, no Brasil, “a boa fé ainda não é muito utilizada para a interpretação do contrato, havendo zonas de resistência em relação à sua aplicação pela jurisprudência”.¹²³

Caio Mário ao tratar sobre o conceito de contrato afirma, quanto ao negócio jurídico, que a vontade humana ética é aquela que corresponde à ordem jurídica, independentemente se, ainda que de acordo com as normas estabelecidas, esteja a declaração de vontade fundada, ou não, na boa fé:

“seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O direito atribui, pois, à vontade este efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade, em

¹²¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2002. p. 67.

¹²² *Ibidem*, p. 63.

¹²³ *Ibidem*, p. 65.

coincidência, para a constituição do negócio jurídico bilateral. Em tal caso, o ato somente se forma quando as vontades se ajustam, num dado momento”.¹²⁴

Essa visão que estabelece que a vontade só será ética se estiver em conformidade com a ordem legal¹²⁵ tem suas bases fincadas nas filosofias kantiana e kelseniana.

As teorias desenvolvidas por esses autores demonstram que a concepção moderna do instituto da boa fé sofreu um significativo esvaziamento no tocante à questão moral, na medida em que houve um deslocamento do objeto a ser analisado, deixando de ser o sujeito e passando à análise ao momento de confecção das leis, no caso de Kant, ou simplesmente afastando a moral do campo da ciência do direito, no caso de Kelsen, em razão do desenvolvimento de sua teoria “pura”.

Entretanto, o tema é tão controverso que, mesmo afirmando a necessidade da “vontade humana estar em conformidade com a ordem jurídica”¹²⁶, Caio Mário sugere que “na apuração da conduta contratual, em face da probidade e da boa fé, exigidos pelo artigo, o juiz não pode deixar de se informar dos usos, costumes e práticas que os contratantes normalmente seguem, no tocante ao tipo contratual que constitua objeto das cogitações no momento, ou em torno do qual surge o litígio”¹²⁷ e acrescenta que:

“Ambas as noções não se contêm dentro de parâmetros rígidos. A probidade resulta do confronto da conduta do contratante com um padrão de homem “leal e honesto”, e terá de ser apurada em face das circunstâncias de cada caso. O conceito de boa fé, embora flexível, exige que o intérprete procure pesquisar a real intenção das partes, dentro do contexto efetivo do instrumento do contrato”.¹²⁸

Como se observa, ao apontar a necessidade de se analisar a real intenção das partes, Caio Mário se distancia do positivismo jurídico e, conseqüentemente, da simples aplicação do princípio da boa fé em sua vertente objetiva, demonstrando a necessidade de se julgar amparado, igualmente, pelos requisitos da vertente subjetiva.

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011. p. 7

¹²⁵ *Ibidem*, p. 7

¹²⁶ *Ibidem*, p. 7.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 19.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 19.

Outro autor que parece mesclar os conceitos das vertentes objetiva e subjetiva é Flávio Alves Martins, ao afirmar que “a boa fé em sentido objetivo refere-se a um princípio ético-jurídico, segundo o qual os sujeitos da relação jurídica obrigacional devem agir conforme a boa fé, ou seja com correção e lealdade”, em adição estabelece que: “não fraudar a confiança nas obrigações, agir com boa fé é, certamente, um dos fundamentos que Stammler chamou de “direito justo”, que significa um direito pleno de um de seus valores principais”.¹²⁹

A doutrina, apesar de distinguir as vertentes da boa fé, estabeleceu conceitos muito semelhantes, de modo que inviável pensar na aplicação de uma ou de outra senão concomitantemente. Quanto à jurisprudência, ainda que de maneira tímida, ao utilizar o princípio como método interpretativo, orienta-se no sentido da unicidade de suas vertentes, apesar de afirmar tratar-se da boa fé em seu sentido objetivo.

Assim sendo, ante as inconsistências conceituais, criou-se um sério problema à definição da natureza jurídica da boa fé objetiva, pois, ao menos no campo teórico, sua utilização pelos operadores do direito deveria estar restrita, unicamente, a verificar se as partes nas relações obrigacionais agiram conforme o ordenamento jurídico, bem como pelas regras definidas pela autonomia da vontade das partes.

Ora, isso já não é condição a ser observada pela aplicação do princípio *pacta sunt servanda*? Restringir o princípio da boa fé a mera análise de adequação às regras estabelecidas, sejam gerais ou específicas, é afastar do direito civil a possibilidade de incidência de um instituto riquíssimo cujo objetivo é a materialização de um direito mais justo.

Desta forma, estabelecer um conceito de boa fé que não se vincule à questão moral é ter um princípio vazio e sem aplicabilidade efetiva. Flávio Alves Martins sustenta que “a boa fé tem um sentido informador de todo o ordenamento jurídico, assumindo o papel de um dos pressupostos da ordem jurídica” e acrescenta que, em seu entendimento, “pode-se dizer que é um dos princípios que mais influência

¹²⁹ MARTINS, Flávio Alves. *A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: editora lumem juris: 2001. p. 8 e 9.

exerce sobre o sistema, representando, inclusive, reflexo da ética no fenômeno jurídico”¹³⁰:

“Esse sentido informador consiste em infundir unicidade no ordenamento jurídico e lhe servir de mandamento axiológico. Ao direito das obrigações interessa o princípio da boa fé, revelador da lealdade das partes, inspirando normas concretas e introduzindo, no conjunto, uma orientação de respeito aos valores fundamentais, como a segurança e a justiça. O princípio da boa fé, então, como modelo de conduta ou padrão ético que o agente deve possuir (lealdade, honestidade etc.) informa todo o ordenamento”.¹³¹

Para este autor, a função interpretativa deste princípio permite “descobrir o sentido de uma manifestação negocial”.¹³² E para além desta função, Loureiro indica outras: “a boa fé tem por funções ajudar na interpretação do contrato (*adjuvandi*); suprir algumas falhas do pacto, vale dizer acrescentar o que nele não está escrito (*supplendi*); e eventualmente corrigir alguma coisa que é de direito no sentido de justo (*corrigendi*)”.¹³³

Como se verifica, trata-se de princípio orientador de todo o ordenamento, tão significativo que é considerado um “princípio constitucional”¹³⁴, que ainda, sob os resquícios do pensamento jurídico ocidental dos séculos XVIII, XIX e XX, venha sendo utilizado de maneira precária, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

3.2 A aplicação da boa fé objetiva pela jurisprudência

Quando da aplicação da boa fé pela jurisprudência, observa-se que constantemente, apesar da recorrente utilização do princípio relativamente à sua vertente objetiva, elementos subjetivistas complementam o quadro analítico do caso em concreto.

¹³⁰ MARTINS, Flávio Alves. *A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: editora lumem juris: 2001. p. 21.

¹³¹ Ibidem, p. 21.

¹³² Ibidem, p. 22.

¹³³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2002. p. 68.

¹³⁴ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 78.

Isso é resultado da superação do modelo clássico de contrato que deu lugar a um modelo mais complexo, com o reconhecimento de que deveria haver limites à autonomia da vontade, inclusive ante a constitucionalização do direito civil e a incorporação de princípios que, obrigatoriamente, deveriam orientar as relações obrigacionais.

Flávio Alves Martins sustenta que, “a superação do positivismo científico e legalista, com seus ideais de um sistema fechado de normas jurídicas, sucintas e lapidares, e de códigos dotados de soluções para todas as hipóteses, com suas normas de direito estrito, leva à adoção, cada vez mais usual, de soluções que se destinam a conferir ao juiz ampla margem de liberdade de apreciação em cada caso concreto”.¹³⁵

Neste sentido, serão analisados alguns julgados de diferentes tribunais acerca do tema com o objetivo de demonstrar como a jurisprudência brasileira vem tratando o assunto em questão.

Vejamos, *ab initio*, o entendimento da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, quando da aplicação do princípio da boa fé:

“COMERCIAL. PEDIDO DE RESCISÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE PONTO COMERCIAL. INEXISTÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE INFORMAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. Em contrato de alienação de ponto comercial cabe aos vendedores informar aos compradores a situação de impossibilidade de regularização do alvará de funcionamento do imóvel, condição essencial do contrato, sob pena de violação ao princípio da boa-fé objetiva que orienta a formação, a concretização e a execução dos contratos.(precedente)

2. Em razão do princípio da boa-fé objetiva, são considerados deveres anexos das obrigações contratuais, dentre outros, a lealdade; o não agravamento, sem razoabilidade, da situação do parceiro contratual; o esclarecimento; a informação e consideração para com os legítimos interesses do parceiro contratual.

¹³⁵ MARTINS, Flávio Alves. *A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: editora lumem juris: 2001. p. 31.

3. Não há falar em honorários quando ocorre sucumbência recíproca entre as partes, devendo as despesas da processuais serem repartidas em percentuais equivalentes, fixando 50% (cinquenta por cento) para cada.

4. Apelação parcialmente provida.

(Acórdão n. 607051, 20110111267350APC, Relator ROMULO DE ARAUJO MENDES, 3ª Turma Cível, julgado em 01/08/2012, DJ 07/08/2012 p. 262)” (Grifou-se)¹³⁶

A lide versava sobre a possibilidade de anulação de um contrato de compra e venda de ponto comercial, na qual alegaram os apelantes que somente após a concretização do negócio jurídico, “verificaram a impossibilidade da expedição do Alvará de Funcionamento em razão da inexistência de Carta de Habite-se”.¹³⁷

Não havia no contrato nenhuma disposição acerca da regularidade do referido ponto comercial. No entanto, ainda que não constasse expressamente tal informação, fundamentou o Desembargador Relator Rômulo de Araújo Mendes da seguinte maneira:

“em razão do princípio da boa fé objetiva, que orienta a formação dos contratos, incumbia aos apelados informarem a situação irregular da empresa, não sendo suficiente a mera alegação de que avisaram aos adquirentes ou de que era fato público e notório a dificuldade de regularização do estabelecimento”.¹³⁸

Complementou o Relator apresentando o entendimento de Maria Helena Diniz acerca do conceito do princípio da boa fé objetiva, bem como, da necessidade de sua utilização para interpretação do contrato:

“o princípio da probidade e da boa fé estão ligados não só à interpretação dos contratos, pois, segundo eles, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes têm o dever de agir com honradez, lealdade, honestidade e confiança recíprocas, isto é, proceder de boa fé, tanto na tratativa negocial, formação e conclusão

¹³⁶BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 607051, 20110111267350APC, Relator ROMULO DE ARAUJO MENDES, 3ª Turma Cível, julgado em 01/08/2012, DJ 07/08/2012 disponível em:<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=24&PGATU=2&l=20&ID=62732,43891,29705&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=IN>, acesso em: 02/10/2012.

¹³⁷Ibidem.

¹³⁸BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 607051, 20110111267350APC, Relator ROMULO DE ARAUJO MENDES, 3ª Turma Cível, julgado em 01/08/2012, DJ 07/08/2012, disponível em:<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=24&PGATU=2&l=20&ID=62732,43891,29705&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=IN>, acesso em: 02/10/12.

do contrato, como em sua execução e extinção impedindo que uma dificulte a ação da outra”.¹³⁹

Como é possível observar, a decisão privilegiou a intenção das partes, bem como a lealdade e a confiança recíproca que devem perdurar durante toda a “tratativa negocial” não apenas em relação aos termos do contrato, mas igualmente em relação ao outro sujeito do negócio.

Considerou que, embora os apelantes tenham concordado com os termos do contrato, sujeitando-se às regras estabelecidas, e mesmo que coubesse aos adquirentes verificar a regularidade do ponto comercial, conforme entendimento do juízo *a quo*, a aplicação das normas jurídicas que orientavam o negócio jurídico para promover a anulação do contrato de compra e venda deveria ser relativizada em razão da aplicação do princípio da boa fé.

Note-se, entretanto, que apesar da afirmação de que a interpretação do negócio jurídico fundou-se no princípio da boa fé objetiva, no caso em tela, a decisão privilegiou a orientação da vertente subjetiva.

Isto porque os apelantes acreditaram numa situação que de fato realmente não existia: que estavam adquirindo um ponto comercial devidamente regularizado. Tal crença errônea os levou a uma análise equivocada da situação jurídica que se configurava, resultando em gravame para os próprios adquirentes.

Ou seja, considerou-se, por um lado, a boa fé dos adquirentes e, *a contrario sensu*, a má fé do alienante. Muito embora este não tivesse obrigação jurídica de assegurar a regularidade do ponto comercial ante a ausência de disposição contratual específica sobre o tema.

No caso, primou-se pelo entendimento de que sua conduta afrontou não a obrigação jurídica, mas a obrigação moral que deve nortear as relações obrigacionais em todas as suas etapas. Neste sentido, considerando-se os conceitos de ambas as vertentes, resta claro que apesar de fundamentar seu voto com base

¹³⁹BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 607051, 20110111267350APC, Relator ROMULO DE ARAUJO MENDES, 3ª Turma Cível, julgado em 01/08/2012, DJ 07/08/2012, disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=24&PGATU=2&l=20&ID=62732.43891.29705&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=IN>, acesso em: 02/10/12.

na aplicação do princípio da boa fé em seu sentido objetivo, na prática foi o conceito da boa fé subjetiva a qual amparou sua decisão.

Vejamos o entendimento de outro tribunal que parece orientar-se em sentido semelhante. Trata-se de acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, de relatoria do Desembargador Têlemaco Antunes de Abreu Filho que tece as seguintes considerações sobre a boa fé objetiva:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - BOA-FÉ OBJETIVA - SUPRESSIO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - 20% SOBRE CONDENAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Dentre os diversos deveres jurídicos impostos pela boa-fé aos contratantes está o da proibição da adoção de comportamentos contraditórios, que venham a frustrar expectativas criadas no outro contratante. Com base nestas idéia, então, desenvolveu-se a chamada "teoria dos atos próprios", segundo a qual a prática de atos reiterados, que criem expectativas legítimas no outro contratante, é capaz de criar (surrectio) ou mesmo extinguir (supressio) direitos previstos no negócio jurídico.

2. Nesta linha, a atitude do credor, ao cobrar por nada menos que 50 (cinquenta) meses seguidos valor reduzido - sem informar claramente ao consumidor que não correspondia ao que realmente deveria estar sendo pago - cria nele a expectativa de que, findas as parcelas, estaria quitada a dívida, o que leva à extinção do direito de exigir o saldo restante (supressio)

3. Nos termos do § 3º do art. 20 do CPC, os honorários decorrentes da sucumbência devem ser fixados em até 20% (vinte por cento) da condenação, quando houver.

4. Recurso improvido.

(TJES, Classe: Apelação Cível, 24050229657, Relator : TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 03/09/2012, Data da Publicação no Diário: 12/09/2012)".¹⁴⁰ (Grifou-se)

Neste caso, a lide versava sobre um contrato para participação em um grupo de consórcio. Inconformado com a sentença do juízo *a quo* que declarou a inexistência de débito em relação ao apelado e ainda condenou o apelante a danos morais, este recorreu ao Tribunal para que se manifestasse acerca da controvérsia.

¹⁴⁰BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 24050229657, Relator: TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, 4ª Câmara Cível, julgado em 03/09/2012, DJ 12/09/2012, disponível em: http://www.tjes.jus.br/consulta/cfm/portal/Novo/det_jurisp.cfm?NumProc=365608&edProcesso=&edPesquisaJuris=boa%20f%20objetiva&seOrgaoJulgador=993&seDes=&edIni=01/01/2002&edFim=04/10/2012, acesso em 03/10/2012

Alegou que no contrato firmado “ao contrário dos demais membros do grupo (que pagariam 60 parcelas correspondentes a 1,6667% da dívida), o requerente (por ter ingressado tardiamente no consórcio) deveria quitar 50 (cinquenta) parcelas em valor relativo a 2% (dois por cento) do débito”¹⁴¹, mas que analisando-se os boletos pagos verificava-se que as parcelas cobradas representavam apenas 1,66%, de modo que não correspondiam à totalidade da dívida.

O relator, apesar de reconhecer que a parte “efetivamente pagou valor inferior ao contratado”, entendeu que “a atitude do apelante em manter restrição sobre o veículo e pretender cobrar o valor restante viola o princípio da boa fé objetiva”.¹⁴²

Amparando-se no entendimento doutrinário de Humberto Theodoro Júnior acerca do tema: “a conduta ética, dominada pela lealdade, confiança, transparência, cooperação, é, enfim, exigível em qualquer contrato como regra, ou princípio geral do moderno direito das obrigações”, fundamenta sua decisão afirmando que às partes que “firmam qualquer negócio jurídico” é imprescindível “a adoção de comportamentos éticos e cooperativos”, e acrescenta que “dentre os diversos deveres jurídicos impostos pela boa fé aos contratantes está o da proibição da adoção de comportamentos contraditórios, que venham a frustrar as expectativas criadas no outro contratante”.¹⁴³

Deste modo, novamente afasta-se a jurisprudência da aplicação pura e simples das regras contratuais e das leis. Trata-se de interpretar não apenas o contrato, mas igualmente o comportamento das partes na relação obrigacional, de modo que nenhuma delas sofra prejuízos ante a atitudes contraditórias que gerem desconfiança e insegurança.

Ora, considerou-se o estado psicológico daquele que acredita estar honrado o acordo firmado, ainda que efetivamente não esteja, considerando sua intenção e sua

¹⁴¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 24050229657, Relator: TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, 4ª Câmara Cível, julgado em 03/09/2012, DJ 12/09/2012, disponível em: http://www.tjes.jus.br/consulta/cfmx/portal/Novo/det_jurisp.cfm?NumProc=365608&edProcesso=&edPesquisaJuris=boa%20f%E9%20objetiva&seOrgaoJulgador=993&seDes=&edIni=01/01/2002&edFim=04/10/2012, acesso em 03/10/2012.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem.

conduta moral em relação a outra parte e não unicamente em relação à literalidade do contrato.

Neste sentido, foram considerados elementos da vertente subjetiva da boa fé, pois contrariamente, caso fosse aplicada a vertente objetiva, deveria ser declarada a má fé daquele que estava adquirindo o veículo e simplesmente ignorou o fato de que sua dívida correspondia a 2% e não 1,66%, agindo com deslealdade em relação às regras contratuais estabelecidas, bem como, ao parceiro negocial que sofreria prejuízos.

Por fim será apresentado o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça acerca do princípio da boa fé objetiva. Para tanto será analisada a ementa que segue:

“CIVIL. CONTRATOS. DÍVIDAS DE VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. OBRIGATORIEDADE. RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA. RENÚNCIA DO DIREITO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA RETROATIVA APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO. NÃO-CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TEORIA DOS FATOS PRÓPRIOS. SUPRESSÃO.

1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, como isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos. **Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual.**

2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. Cuida-se de fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa. Precedentes.

3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular.

4. O princípio da boa-fé objetiva exercer três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao

exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: tu quoque, venire contra factum proprium, surrectio e supressio.

5. A supressio indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(1202514 RS 2010/0123990-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/06/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2011)".¹⁴⁴

A lide versava sobre a possibilidade do credor poder exigir, retroativamente, mesmo após o término da vigência de contrato de prestação de serviço, a incidência da correção monetária anual referente ao período de vigência do contrato, no qual o referido direito não foi exigido.

Primeiramente, a relatora reconheceu que em se tratando de direito disponível é permitido às partes transigirem, sendo “procedimento corriqueiro nas negociações envolvendo a renovação e/ou manutenção dos contratos”.¹⁴⁵

Além disso, de acordo com a relatora, outro fator que impediria a cobrança retroativa da correção monetária seria a boa fé objetiva: “instrumento de interpretação do negócio jurídico e norma de conduta a ser observada pelas partes contratantes que exige de todos um comportamento condizente com um padrão ético de confiança e lealdade”.¹⁴⁶

Segundo a relatora “a boa fé objetiva induz deveres acessórios de conduta, impondo às partes comportamentos obrigatórios implicitamente contidos em todos os contratos” e acrescenta que “essas regras de conduta não se orientam

¹⁴⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1202514 RS 2010/0123990-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/06/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2011, disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21109602/recurso-especial-resp-1202514-rs-2010-0123990-7-stj>. Acessado em: 04/10/2012.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem.

exclusivamente ao cumprimento da obrigação, permeando toda a relação contratual".¹⁴⁷

Assim sendo, considerou a relatora que mesmo tendo no contrato cláusula de reajuste anual referente à correção monetária, em razão do credor nunca ter cobrado durante o período de vigência do contrato de prestação de serviço tais reajustes, despertou no devedor a "justa expectativa de que a correção não seria exigida retroativamente".¹⁴⁸

Desta feita, fundamentou sua decisão na má fé do credor ao considerar que este se valeu da não correção monetária para garantir a manutenção do contrato, o que ocorreu ao longo de seis anos e somente com o término do vínculo obrigacional, ou seja, somente com a impossibilidade de renovação do contrato, decidiu ajuizar ação para exigir o pagamento.

Ou seja, os argumentos utilizados, ainda que se mantenham sob o amparo da vertente objetiva da boa fé, apresentam elementos éticos e morais que se relacionam diretamente com o estado psicológico, com a crença das partes envolvidas nos negócios jurídicos.

Neste caso, especificamente, a conduta do credor foi considerada, injusta e imoral, na medida em que levou o devedor a acreditar que não seria mais cobrado, sobretudo enquanto auferiu a vantagem de ter o contrato renovado.

Desta forma, o que se verifica na prática é a impossibilidade de desvinculação das vertentes, pois estas, em última instância, são complementares e somente através de sua utilização conjunta, unificada, é possível conseguir a efetividade de decisões mais justas e mais coerentes com as demandas contemporâneas do universo civilista, afastando-se à aplicação de conceitos que são incapazes de serem aplicados ante a complexidade dos novos modelos contratuais.

¹⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1202514 RS 2010/0123990-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/06/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2011, disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21109602/recurso-especial-resp-1202514-rs-2010-0123990-7-stj>. Acessado em: 04/10/2012.

¹⁴⁸ Ibidem.

CONCLUSÃO

Apesar das transformações nas relações contratuais e da necessidade de estabelecimento de novos critérios que orientem os novos modelos obrigacionais, o princípio da boa fé ainda esbarra em problemas conceituais que geram dificuldades à sua aplicação prática.

Inúmeros autores entendem que tal princípio rompeu com a lógica positivista jurídica em razão do seu conteúdo “ético-valorativo”. Entretanto, como se verificou ao longo deste trabalho, a boa fé objetiva reafirma os valores juspositivistas ao deslocar a moral para o momento da elaboração das normas (Kant) e estabelecer a supremacia da norma (Kelsen) como orientadora do negócio jurídico, afastando de sua análise a conduta moral do sujeitos.

Desta forma ocorreu uma significativa inversão, que alterou o foco de análise, bem como o entendimento do princípio em si, que teve seu próprio conteúdo esvaziado, na medida em que se abandonou a análise da conduta das partes na relação contratual, para a simples verificação de adequação dos sujeitos às normas, já que estas possuíam intrinsecamente toda a moral necessária à realização da obrigação.

Para Flávio Alves Martins é muito evidente que “a boa fé objetiva relaciona-se a um agir de acordo com as normas expressas, referindo-se, portanto, a elementos externos”.¹⁴⁹ Assim sendo, ter uma conduta ética de acordo com a boa fé objetiva, é simplesmente agir conforme a norma jurídica, como se fosse possível afastar da incidência de análise dos contratos os elementos internos caracterizados pela vertente subjetiva.

Como se verificou na análise jurisprudencial, na prática, tanto os elementos externos quanto os elementos internos são utilizados nas decisões em relação aos casos concretos. E em muitos deles privilegiando-se os fatores subjetivos em detrimento das regras contratuais.

¹⁴⁹ MARTINS, Flávio Alves. *A boa fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: editora lumem juris: 2001. p. 4.

Segundo Menezes Cordeiro, “a natureza juscultural da boa fé implica o seu assumir como condição humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos”¹⁵⁰ e acrescenta o referido autor que “a Teoria do Direito carece de bases capazes de lhe alicerçarem o desenvolvimento, no que respeita à boa fé. Quando surge é parcelar, escasso e alheio à realidade efetiva que se pretende averiguar”.¹⁵¹

De fato, o princípio da boa fé deveria ser um conceito vinculado à moral, que analisa intenções, condutas, comportamentos, não apenas analisando-os em relação às regras contratuais, ou ao ordenamento jurídico, mas em relação aos sujeitos das obrigações, sejam aqueles que participam diretamente dos negócios, ou mesmo indiretamente.

O fato de não ser um conceito rígido não é um óbice à sua aplicação, ao contrário, garante, sobretudo ao magistrado, a possibilidade de enveredar por outros caminhos interpretativos que garantam decisões mais justas e coerentes, sobretudo ante a necessidade de estabelecimento de novos critérios que atendam às novas demandas jurídicas.

¹⁵⁰ CORDEIRO, Antonio M. R. Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 18.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 41 e 42.

REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A boa fé na formação dos contratos*, in Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 3, set – dez, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 3.ed. Brasília: UnB, 1995.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 607051, 20110111267350APC, Relator ROMULO DE ARAUJO MENDES, 3ª Turma Cível, julgado em 01/08/2012, DJ 07/08/2012, disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgibin/tjcg1?DOCNUM=24&PGATU=2&I=20&ID=62732,43891,29705&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=IN>, acesso em: 02/10/12.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 24050229657, Relator: TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, 4ª Câmara Cível, julgado em 03/09/2012, DJ 12/09/2012, disponível em: http://www.tjes.jus.br/consulta/cfm/portal/Novo/det_jurisp.cfm?NumProc=365608&edProcesso=&edPesquisaJuris=boa%20f%20E9%20objetiva&seOrgaoJulgador=993&seDes=&edIni=01/01/2002&edFim=04/10/2012, acesso em 03/10/2012

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1202514 RS 2010/0123990-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/06/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2011, disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21109602/recurso-especial-resp-1202514-rs-2010-0123990-7-stj> . Acessado em: 04/10/2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. III.

CORDEIRO, Antonio M. R. Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Editora Almedina, 7ª Ed, 1999.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contratos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa fé*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, v.3.

HARA, Livia Ofugi. *A natureza jurídica do boa fé*. Monografia, UniCeub, jun. 2011.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*.

_____. *Crítica da razão prática*.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Ed. Edições 70, 2004 .

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2002.

LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Campinas, SP: Papyrus editora, 1990.

MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização do direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, Judith. *Sistema e cláusula geral – A boa-fé objetiva no processo obrigacional*. Tese de doutorado, USP, set. 1996.

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

_____, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

PRETEL, Mariana Pretel e. *Boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

REGO, Nelson de Melo Moraes. *Da boa-fé objetiva nas cláusulas gerais de direito*. São Paulo: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. V.3. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENWALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de janeiro: Renovar, 2001.