



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Boa-fé objetiva: De princípio a postulado.

Rafaela Costa Sartório

Rio de Janeiro
2009

RAFAELA COSTA SARTÓRIO

Boa-fé objetiva: De princípio a postulado.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

BOA-FÉ OBJETIVA: DE PRINCÍPIO A POSTULADO

Rafaela Costa Sartório

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Juíza Leiga.

Resumo: o presente artigo aborda a evolução da boa-fé objetiva de princípio contratual a princípio constitucional, apontando ainda as suas funções e trazendo o questionamento quanto à possibilidade de entendê-la como postulado. Para análise do instituto em questão, foram expostos os principais entendimentos da doutrina brasileira, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a respeito da aplicação desse instituto jurídico em diversos ramos do direito, como forma de contribuir no debate e em uma pacificação doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Boa-fé. Funções. Princípios. Postulado.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Boa-fé objetiva como princípio contratual. 3 – Funções da boa-fé objetiva. 4 – Boa-fé objetiva como princípio constitucional. 5 – Boa-fé objetiva como postulado. 6 – Conclusão. Referências.

1 - INTRODUÇÃO

Com a passagem do Estado Liberal para o Social, o direito civil sofreu relevantes modificações, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, com a forte influência do postulado da dignidade da pessoa humana. Tal conjuntura foi de suma importância para a despatrimonialização do direito civil e para a análise do direito privado à luz das regras constitucionais.

Nesse contexto, em face de tamanha evolução do direito civil-constitucional, a boa-fé objetiva, a qual surgiu e é considerada tradicionalmente no ordenamento jurídico brasileiro

um princípio contratual, vem ganhando relevo em diversas relações jurídicas, inclusive não-contratuais. A partir disso, já há questionamento no sentido de que a boa-fé objetiva pode ser considerada um postulado.

Os princípios tem como finalidade estabelecer ideais, objetivos a serem alcançados, podendo ou não apresentar as ações que podem ser praticadas para a obtenção desses fins, são, por isso, dotados de maior densidade valorativa, o que impõe a maior liberdade à interpretação do intérprete-julgador. Além disso, são anteriores a norma, na medida em que representam os valores éticos das relações humanas, os quais irão influenciar na obtenção da regra. Encontram-se no plano deontológico, ou seja, do *dever ser*.

Em face da breve exposição da finalidade dos princípios, a boa-fé objetiva pode ser conceituada como o dever das partes de uma relação jurídica em se comportar de maneira correta e leal. É considerada princípio justamente pelo caráter aberto de seu conceito, já que depende do juiz aferir se no caso concreto aquela parte agiu com ética, lealdade e, principalmente, se era um dever agir dessa forma.

Entretanto, para quem considera a boa-fé objetiva um postulado, o qual é imponderável e universal, a ética e a lealdade devem estar presentes em qualquer relação jurídica, não se restringindo, portanto, aos contratos. Desse modo, a vertente dessa corrente é a de que agir de modo honesto e com retidão é ser digno. Logo, a boa-fé objetiva, ao lado da dignidade da pessoa humana, ganha status de postulado, apresentando um viés constitucional que dá ainda mais representatividade à constitucionalização do direito civil. Ao longo desse trabalho, procurar-se-á demonstrar a transição da boa-fé objetiva de princípio a postulado.

2- A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO CONTRATUAL

A boa-fé isoladamente leva a um conceito essencialmente ético, no sentido de que não se deve prejudicar outras pessoas.

No direito civil a boa-fé pode ser encontrada em diversos de seus ramos como no direito de família, nos exemplos do casamento putativo ou até mesmo na polêmica discussão acerca da possibilidade de indenização por dano moral em decorrência do abandono afetivo do pai ao filho, o que, para alguns, fere o dever de lealdade. No direito sucessório, surge na questão do herdeiro aparente. Em que pese sua amplitude, não há dúvidas de que é tratada com mais destaque na disciplina obrigacional.

Convém, inicialmente, distinguir as noções de boa-fé subjetiva das de boa-fé objetiva, esta última objeto de estudo do presente trabalho. A primeira é considerada uma forma de conduta psicológica, a qual se vincula ao erro, pois parte de um equívoco na avaliação individual dos dados da realidade, tendo, assim, como antítese a má-fé. Caracteriza-se como a crença ou ignorância de não estar lesando o direito alheio, embora esteja. Exemplifica-se com o próprio estado de ignorância na aquisição de propriedade alheia mediante usucapião.

Já a boa-fé objetiva é uma norma de comportamento, sendo o dever das partes de uma relação jurídica adotar uma postura ética, em que a idéia de cooperação entre os contratantes deve ser sempre observada.

Como princípio jurídico de notória relevância no cenário brasileiro, a boa-fé objetiva possui como idéias centrais a honestidade, a confiança, a lealdade, a sinceridade e a fidelidade.

O aparecimento desse novo paradigma no Direito Pátrio ocorreu precipuamente nos tribunais, mais precisamente na questão dos contratos de adesão em que havia disposição leonina estipulando a perda total das prestações pagas pelo promitente na hipótese de resolução do contrato. Diante disso, o Poder Judiciário buscava restabelecer o equilíbrio entre as partes.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, especialmente com os artigos 4º, III e 51, IV deste diploma legal, houve a previsão da cláusula geral da boa-fé, a qual passou a ser um referencial para a doutrina e para a jurisprudência, já que a partir dessa se passou a conciliar mais os interesses conflitantes. Diante disso, consagrou-se no ordenamento jurídico o sistema de proteção ao consumidor, já que o fim precípua da referida cláusula é o de manutenção do equilíbrio entre as partes nas relações de consumo.

O CDC revela ainda uma proposta civil-constitucional (art. 5º, XXXII e art. 170, V da CF) em valorizar, por meio da boa-fé a dignidade da pessoa humana, uma vez que nesse revolucionário paradigma contratual há a idéia de princípios gerais como a liberdade, a justiça e, com grande destaque, a solidariedade.

A positivação da boa-fé objetiva, como princípio, ocorreu com o novo Código Civil de 2002. O referido princípio é claramente observado nos artigos 113, 187 e 422. Nesse último, a idéia de regra de conduta pautada na ética, na lealdade e na honestidade é imposta aos contratantes, demonstrando, definitivamente, a relativização do princípio da autonomia da vontade, o qual sempre impôs a liberdade contratual como característica precípua das relações contratuais, o que, na prática, inúmeras vezes, representou fonte de arbitrariedade pela parte mais forte da relação contratual.

Desse modo, o Código Civil de 2002 é marcado pela diretriz da socialidade, a qual consiste na promoção das regras jurídicas no plano da realidade, triunfando os valores coletivos sobre os individuais, na medida em que o princípio da autonomia da vontade passou a ser relativizado pela boa-fé objetiva.

Com isso, observa-se uma mudança de mentalidade e o abandono da visão individualista que orientou o Código Civil anterior, passando a preponderar o domínio do social sobre o individual. Essa substituição possui como substrato histórico relacionado às disfunções econômicas geradas pela concentração do capital e pelas guerras mundiais da primeira metade do século XX, de um lado, e a disseminação do sufrágio universal, de outro.

A autonomia da vontade que era absoluta no Código Civil de 1916, considerada um princípio de direito privado, em que o agente tem liberdade total de praticar um ato jurídico, foi relativizada. Isso porque, na medida em que no Estado Democrático de Direito inclinou-se pela supremacia da ordem pública, o contrato não poderia mais ser imoral e nem ferir os bons costumes com a liberdade total dada pela autonomia da vontade. Desse modo, para contrabalancear o referido princípio, a boa-fé objetiva surgiu, com seus pilares da ética, lealdade, retidão, solidariedade entre as partes contratantes.

Diante do tratamento legal dado a boa-fé objetiva de princípio, há uma inclinação dos autores em considerá-la uma cláusula geral de aplicação no direito obrigacional, que permite, para solucionar os casos concretos, a observância de fatores metajurídicos. Dessa forma, fornece ao juiz um instrumento que privilegia o equilíbrio-contratual e não a diretriz individualista presente nos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva atua como critério de interpretação da declaração de vontade (art.113 do CC/02); representa ainda a valoração da abusividade do titular de um direito subjetivo em seu exercício (art.187 do CC/02) e, principalmente, impõe uma norma de comportamento aos contratantes (art.422 do CC/02) tanto na fase contratual, como nas anteriores e posteriores ao contrato.

Cumprido, assim, destacar a finalidade do art.113 do Código Civil que é a de pautar a interpretação dos negócios jurídicos a partir da boa-fé objetiva. Dessa maneira, o juiz deverá, a partir da análise das circunstâncias concretas, decidir se as partes agiram entre si de modo ético e leal.

A atuação do intérprete-julgador não é adstrita a casos de lacunas no contrato, obscuridade de cláusulas ou de ambigüidade dessas, embora seja de suma importância também nesse cenário, mas se estende a toda e qualquer cláusula contratual. Isso decorre

precisamente da idéia de que qualquer limitação pelas partes da atuação do juiz na interpretação de uma determinada cláusula contratual seria nula, pois o art.113 do CC é considerado uma norma cogente, logo, de observância obrigatória pelas partes.

No que se refere ao art.187 do Código Civil, o princípio da boa-fé objetiva tem uma ligação com a teoria do abuso de direito, no momento em que limita ou visa a impedir a ilicitude de uma das partes no exercício de seus direitos subjetivos, impondo para tanto que as partes se relacionem de modo ético e leal. Isso porque o exercício de um direito será irregular quando há quebra de confiança e frustração das expectativas de um dos contratantes, ou seja, quando há uma conduta abusiva por uma das partes.

Já o art.422 do diploma civil menciona de modo claro e uníssono a norma de comportamento que deve ser baseada na ética, lealdade, solidariedade e fidelidade. Apesar de esse artigo apontar apenas que os contratantes devem guardar tanto na execução como na conclusão dos contratos a probidade e a boa-fé, é majoritário na doutrina que até mesmo na fase que antecede a formação contratual tal princípio já deve ser contemplado. Assim, nas tratativas, na consumação e na fase do contrato já cumprido, boa-fé objetiva irá disciplinar o comportamento dos contratantes, um em relação ao outro. Portanto, haverá uma sujeição das partes a esse princípio como fator de nítida importância na interpretação do negócio e da conduta contratual.

Em todas essas situações sobreleva-se a atividade do juiz na aplicação do direito ao caso concreto. Isso porque não encontrará somente na norma legal o tipo normativo a aplicar ao caso concreto, mas deverá buscar avaliar os usos e os costumes locais a fim de definir a eticidade e, conseqüentemente, a licitude do comportamento dos contratantes, e ainda para bem definir o conteúdo da relação obrigacional. Dessa maneira, destaca-se a tarefa do magistrado na relação processual e na contratual.

Tal tarefa ficou potencializada no momento em que houve o emprego pelo Código Civil de 2002 da técnica legislativa pautada nas cláusulas gerais, as quais buscam regular as questões do sistema de direito privado que continuam aparecendo na sociedade, ensejando, dessa maneira, modelos jurídicos inovadores, flexíveis e abertos. Assim, nem sempre será preciso recorrer à intervenção legislativa a fim de regular o progresso do direito, uma vez que com a adoção dessa técnica de cláusulas gerais já se alcança tal progresso, já que soluções assistemáticas, aos poucos, serão sistematizadas pelo juiz.

Com essas passa a ser considerada insuficiente a compreensão por parte do intérprete apenas do que foi dito ou escrito ou manifestado de qualquer outro modo pelas partes. O que se deseja, de fato, é a análise das legítimas expectativas dos contratantes, a partir, da

visualização, de padrões de lealdade, transparência e honestidade nas circunstâncias do caso concreto.

Portanto, em uma primeira análise, o princípio da boa-fé objetiva ao ser positivado no Código Civil de 2002, é considerado uma cláusula geral, o qual possui importantes funções a serem analisadas diante das circunstâncias do caso concreto pelo juiz.

3. FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

A doutrina aponta três funções para o princípio da boa-fé objetiva: a interpretativa-integrativa, a de criadora de deveres jurídicos e a de limitadora do exercício de direitos subjetivos.

A primeira função, a de cânone interpretativo-integrativo, ganha destaque no momento em que aparecem, na relação contratual, situações não previstas e nem previsíveis pelos contratantes, servindo exatamente para preencher essas lacunas, aumentando o conteúdo do negócio jurídico. Sua finalidade é a de apontar o sentido das estipulações realizadas no contrato, permitindo dessa maneira a interferência do julgador que pode inclusive reconstruí-las, alcançando, por conseguinte, os direitos e deveres dos contratantes.

É por meio da interpretação que o julgador poderá, por exemplo, descobrir qual é a verdadeira vontade das partes ao existir uma determinada manifestação negocial lacunosa. Com isso, o juiz poderá, ao interpretar, corrigir defeitos de expressão que gerem, por exemplo, ambigüidade, valorizando desse modo o significado objetivo das expressões e do que foi estipulado pelas partes. Nesse caso, o que se nota é que não há uma modificação da estrutura da relação obrigacional, mas uma possível alteração do conteúdo dos elementos que a compunham por meio da interpretação do julgador.

A atuação do juiz não é restrita, todavia, a casos de lacunas no contrato, obscuridade de cláusulas ou de ambigüidade dessas, mas tem aplicabilidade a toda e qualquer cláusula contratual, pois qualquer limitação pelas partes da atuação do juiz na interpretação de uma determinada cláusula contratual seria revestida de nulidade.

Assim, não haverá problemas se houver uma perfeita adequação entre a declaração de vontade das partes e a interpretação que se dá aos termos e as declarações contratuais. O que ganha relevo é a atuação do juiz, já que esse se comporta de forma semelhante ao legislador

ao consolidar justamente o sentido dos elementos e das disposições contratuais, visando sobretudo a integrá-los .

Logo, o juiz buscará interpretar as cláusulas contratuais de modo a afastar qualquer possibilidade de desequilíbrio na relação contratual e procurará integrar as disposições contratuais de maneira que leve ao objetivo inicial almejado pelas partes no momento em que contrataram entre si, não frustrando suas as legítimas expectativas.

A segunda função da boa-fé objetiva é a de criadora de deveres jurídicos, na medida em que na relação contratual há certos deveres a serem respeitados.

Os deveres principais constituem o núcleo e definem o tipo de contrato, como é o caso do mútuo que é o empréstimo de coisas fungíveis. Há também os deveres secundários que ora são apenas acessórios da obrigação principal, destinando-se assim a prepará-la ao seu cumprimento; ora são como sucedâneos da obrigação principal, como fica claro com o dever de garantir a coisa.

Nesse sentido, esses deveres de conduta, os quais são expressos no art. 422 do Código Civil, dividem-se basicamente em deveres de: cooperação, proteção e informação. Eles têm como pilar a busca pelo cumprimento justo da finalidade contratual e ainda a efetiva proteção aos bens patrimoniais e pessoais que porventura possam correr riscos ou serem afetados a partir da relação contratual.

Vale abordar que a boa-fé objetiva estará, desse modo, atuando como verdadeiro elo entre tais deveres e o contrato, visando à otimização e à dinamicidade do conteúdo contratual, independentemente da vontade das partes, já que o que se observará é se foram respeitados os pilares da transparência contratual e da cooperação entre as partes.

Logo, ficou clara que a criação desses deveres de conduta é de suma importância a fim de garantir a plena consecução da relação obrigacional. Tais deveres, no entanto, não se orientam a cumprir o núcleo do contrato, mas visam à realização correta da finalidade contratual, que é proteger o patrimônio e a pessoa contra os possíveis riscos de danos que uma cláusula contratual tendenciosa a uma das partes possa gerar.

A terceira função do princípio da boa-fé objetiva é a de limitar o exercício de direitos subjetivos, relacionando-se diretamente à teoria do abuso do direito, embora se diferenciem.

A teoria do abuso do direito está intimamente ligada à valoração do comportamento dos contratantes, que se for considerado irregular irá gerar desconfiança e frustração das legítimas expectativas. Dessa maneira, verifica-se nessa teoria uma valorização da perspectiva subjetivista, visto que parte da análise do comportamento das partes.

Já a boa-fé objetiva busca realizar uma perfeita execução do contrato de acordo com o sentido que deve ser atribuído a esse, considerando o interesse dos envolvidos, com ênfase na lealdade e na cooperação que devem existir entre os contratantes. Diante disso, o que se visa atualmente com o uso da boa-fé objetiva é justamente a sistematização de casos de forma mais técnica e menos subjetiva, o que a torna diferente da teoria do abuso de direito.

Além disso, a boa-fé objetiva, como visa a resguardar condutas pautadas na ética, na correição e na lealdade, será de suma importância em casos de resolução contratual como ocorre em matéria de adimplemento substancial do contrato, já que nesses casos uma vez adimplidas a maioria das prestações, o atraso de uma não justifica a resolução do contrato, sob pena de se estar privilegiando o enriquecimento sem causa da outra parte.

Dessa forma, mesmo que exista previsão contratual de que o atraso de uma prestação possa gerar a rescisão do contrato, em nome da boa-fé objetiva, como a obrigação foi substancialmente adimplida, não se permite a rescisão. Assim, prestigia-se o princípio da conservação dos contratos e também a terceira função da boa-fé objetiva, que é a de limitar o exercício dos direitos subjetivos por uma das partes.

A partir disso, como já mencionado, aplica-se a terceira função do princípio da boa-fé objetiva, pois caso se permitisse a resolução do contrato haveria um nítido abandono aos deveres de cooperação e de lealdade, as quais devem se fazer presentes nas relações contratuais.

Vale destacar também a influência dessa função da boa-fé objetiva na relativização da regra da exceção de contrato não cumprido, na qual a idéia central é a de que a parte que primeiramente deveria cumprir o que fora pactuado, ao não agir dessa maneira, não poderá exigir da outra parte que cumpra o que deveria.

Diante dessa afirmação, a boa-fé objetiva surge exatamente para paralisar o direito de se valer liberadamente da *exceptio non adimpleti contractus*, sobretudo quando há a adoção da teoria dos atos próprios, a qual reconhece o dever por parte dos contratantes de agir de modo coerente e uniforme, com ética e lealdade.

Nesse contexto, notório fica o desdobramento da teoria dos atos próprios: regra do *tu quoque* e a de *venire contra factum proprium*. Cumpre analisar que a primeira consiste em uma regra pela qual a parte que violar uma norma jurídica ou contratual não poderá exercer situação jurídica que essa norma lhe atribuía. O significado da expressão é o “até tu”, ou seja, há uma surpresa no comportamento de um dos sujeitos da relação contratual, já o sentido

jurídico busca demonstrar a aplicação de critérios valorativos diferentes apesar de se estar diante de situações jurídicas iguais. Por isso, há uma notória violação à proporcionalidade.

Fica claro, assim, que a regra do *tu quoque* é influenciada pela exceção do contrato não cumprido, já que em ambos o fim visado é o de preservação da proporcionalidade.

O *tu quoque* é percebido no momento em que há uma violação de uma determinada norma jurídica por uma das partes e essa, apesar disso, tenta se beneficiar da situação, possuindo uma conduta posterior incompatível com o que dela se esperava, embora tal conduta isoladamente considerada não revele qualquer irregularidade.

Desse modo, haverá abuso perpetrado por aquele que não cumpre os seus deveres, mas ainda assim quer exigir os seus direitos com base na própria norma violada.

A boa-fé objetiva visa, nessa regra, impedir que o contratante que descumpriu norma contratual venha a exigir do outro, que foi fiel ao programa contratual, uma determinada conduta. A título de exemplo pode-se apontar o condômino que viola a própria convenção do condomínio, mas que deseja exigir que outros condôminos a respeitem.

Outro exemplo é o de que o comprador que retém ardilosamente documento e impede a assinatura da concessionária que lhe vendeu o veículo não pode requerer nulidade do contrato do contrato ao ser-lhe exigido o pagamento.

Vale destacar ainda outra hipótese que é a de em um contrato de compra e venda de automóvel, no qual foi informado ao comprador que havia corrosão no chassi do carro, existindo assinatura de um termo, no qual seria responsável pela entrega do veículo ao vendedor em um determinado dia para a regularização do chassi. Ocorre, todavia, que o consumidor não levou o carro para a referida regularização junto ao vendedor, que era o que a realizaria junto ao Detran. Dessa forma, o veículo foi apreendido pela polícia e o comprador por conta disso propõe o cancelamento do contrato com a devolução das prestações pagas. Nesse caso não há como, diante do princípio da conservação dos contratos e da regra do *tu quoque*, julgar tal demanda procedente, sobretudo porque foi respeitado o dever de transparência pelo vendedor.

Vale analisar ainda a regra do *venire contra factum proprium* que está relacionada, principalmente, com o dever de confiança. Isso porque essa regra descreve um comportamento contraditório, o qual gera a quebra de confiança, já que há a frustração de uma das partes, no momento em que a outra quebra as legítimas expectativas ao deixar de atuar da forma como antes agia.

Significa a proibição do comportamento contraditório, incoerente, obstando que alguém possa produzir uma determinada conduta, a qual criou expectativa em outra pessoa, e posteriormente haja uma inesperada transformação do comportamento, frustrando com isso as expectativas inicialmente geradas em terceiro.

Há violação do princípio da confiança, tendo em vista que o terceiro já tinha expectativas, as quais incoerentemente seriam quebradas, por um novo comportamento contraditório da parte, caso não existisse tal figura do *venire contra factum proprium*. Tal regra é de extrema consonância o princípio da boa-fé objetiva, pois essa visa proteger a lealdade e permitir um comportamento contraditório iria de encontro a esse fim.

Admite-se inclusive em alguns ordenamentos jurídicos a verificação de tal regra na responsabilidade pré-contratual, quando, por exemplo, uma das partes cria expectativas na outra no sentido de continuar as negociações e surpreendentemente as encerra sem qualquer justa causa para tanto.

Essa regra traduz uma complexidade, na medida em que está relacionada à idéia de confiança, que para ser valorada deve ter como parâmetros aquilo que pode ou não contrariar a boa-fé objetiva.

O que se deve ter em mente é que não se trata de qualquer conduta paradoxal de um dos contratantes, porque, caso fosse assim, haveria um notório abandono da possibilidade de existirem surpresas na vida humana. O que se deseja, de fato, é inibir que comportamentos contraditórios, que afetem de modo relevante a confiança entre os contratantes, sejam observados. Diante disso, a *venire contra factum proprium* representa, no que tange à boa-fé objetiva, a quebra da confiança e das expectativas de uma das partes devido à contradição presente no comportamento do outro contratante, podendo derivar tanto de um comportamento comissivo como omissivo do contratante.

Cabe ressaltar que a teoria dos atos próprios vem ganhando amplitude em outros ramos do direito, inclusive o processual, como se pode comprovar em recente acórdão do STJ, cuja data de julgamento foi em 18/11/2008, de relatoria do Ministro Sidnei Benotti, no qual foi improvido o agravo regimental em matéria de prequestionamento, em razão de não ser examinada a matéria objeto do recurso especial pela instância *a quo*. Desse modo, houve a oposição dos embargos de declaração para provocar a manifestação do Tribunal de origem a respeito dos temas que pretendia discutir no Recurso Especial, aplicando-se ao caso o Enunciado nº211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e restando claro o reconhecimento de que, naquela oportunidade, eles não estavam devidamente

prequestionados. Assim ficou decidido que não pode a parte, posteriormente, afirmar o contrário, pois a ninguém é permitido a *venire contra factum proprium*.

Diante do exposto, a teoria dos atos próprios aduz que a ninguém é dado se voltar contra os próprios atos. Se antes se tem um comportamento e essa conduta é vinculante e eficaz, não se pode posteriormente deduzir pretensão fundada em outro comportamento contrário. Não se pode pretender modificar um comportamento dizendo que aquele não era bom e jurídico e que, agora, é bom e jurídico.

Diante disso, a teoria dos atos próprios, tanto com a regra do *tu quoque*, como com a da *venire contra factum proprium* representa exatamente a função da boa-fé objetiva de limitar o exercício dos direitos subjetivos em nome da lealdade que as partes devem guardar entre si.

Além disso, cumpre apontar que existem figuras jurídicas com origem no Direito Alemão, as quais se aproximam da regra do *venire contra factum proprium*.

Tal proximidade se vislumbra especialmente na figura da *supressio*, que significa a perda de uma determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo. Não se confunde, entretanto, com os institutos da prescrição e decadência, embora guardam semelhança quanto aos critérios considerados, uma vez que em todos se visualizam o transcurso do tempo e a inatividade de seu titular.

Entretanto, tanto na prescrição como na decadência, o titular do exercício do direito não cria na outra parte expectativas no sentido de nunca o exercitará. Já na *supressio* é criada uma confiança na outra parte, independente do tempo transcorrido do início da relação contratual, de que não agirá, visando com isso, à liberação do beneficiário.

Embora sem previsão legal expressa da *supressio* no diploma civil, aponta-se doutrinariamente o art.330 do Código Civil como exemplo da referida figura jurídica, o qual menciona que o pagamento realizado em local diverso do previsto no contrato não leva a mora do devedor se o credor fica inerte em relação ao descumprimento contratual. Dessa maneira, é gerado no devedor uma legítima confiança no sentido de que pode efetuar os pagamentos sucessivos no local por ele escolhido.

Em um julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, cuja data de julgamento foi em 09/12/2008, vislumbrou-se a aplicação da referida regra. O caso versava sobre direito de vizinhança, destacando-se que havia previsão na convenção condominial, de que todas as unidades do condomínio deveriam ser destinadas a atividades comerciais. Todavia, havia decorrido um tempo razoável em que o condomínio

admitia a utilização mista de suas unidades autônomas, ou seja, existiam também unidades residenciais. Assim, na hipótese aventada, não se justificou a manutenção por condômino de equipamento que causa ruído, afastando-se a alegação de que a convenção condominial previa apenas unidades comerciais.

Tal julgado é de suma importância, podendo extrair desse um grande ensinamento, no sentido de que o exercício de posições jurídicas encontra-se limitado pela boa-fé. Por isso, o condômino não pôde exercer suas pretensões de forma anormal ou exagerada com a finalidade de prejudicar seu vizinho.

Mais especificamente o Superior Tribunal de Justiça deixou clara a vedação de qualquer imposição ao vizinho de uma convenção condominial que jamais foi observada na prática e que se encontra completamente desconexa da realidade vivenciada no condomínio, que permite unidades mistas.

Vislumbra-se no referido julgado a *supressio*, como regra de desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, a qual reconhece a perda da eficácia de um direito quando este longamente não é exercido ou observado. Concluiu-se no julgado que não age no exercício regular de direito a sociedade empresária estabelecida em edifício cuja destinação mista é aceita de fato pela coletividade dos condôminos e pelo próprio Condomínio e que pretende justificar o excesso de ruído por si causado com imposição de regra constante da convenção condominial, a qual impõe o uso exclusivamente comercial, mas que nunca foi respeitada desde a sua origem.

Outra figura jurídica que merece ser destacada é *surrectio*, a qual também se originou do direito alemão. Essa decorre de uma situação inversa a da *supressio*, eis que a vantagem surge para alguém em decorrência do não exercício de outrem de um determinado direito, estando cessada a possibilidade de exercitá-lo posteriormente, já que houve a criação na outra parte de que o direito não seria exercido e, por isso, existiu a obtenção de vantagem.

Por isso, na *surrectio* o exercício continuado pela parte de uma situação jurídica, embora contrário ao convencionado, implicará aquisição de direito subjetivo para o futuro se porventura a outra parte, a qual por prolongado tempo se quedou inerte, repentinamente desejar exercer o seu direito contratualmente previsto.

Como no caso recentemente vislumbrado na jurisprudência Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 07/04/2009, no qual, embora polêmico o assunto, houve a adoção pelo desembargador Carlos Santos de Oliveira da figura a *surrectio* como solução para a lide. A hipótese era de ação de cobrança de cotas condominiais, as quais perfazem uma

obrigação *propter rem*, sustentando o réu que a venda do imóvel teria sido realizada por instrumento particular, mas não apresentando a prova da realização do negócio. Entretanto, apesar disso, como a cobrança das cotas condominiais nunca foi dirigida ao réu, mas sim eram dirigidas a sindicato ocupante do imóvel, entendeu-se pela aplicação da *surrectio*, ao fundamento de que a inércia do condomínio gerou a legítima expectativa no proprietário de que o direito a cobrança não seria mais exercido em face dele, mas sim permaneceria em relação ao ocupante do imóvel.

Outro exemplo extraído da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja data de julgamento foi em 10/03/2009, tratando-se de decisão monocrática do desembargador Marco Aurélio Froes, na qual em uma ação de despejo foi proposta e restou demonstrado que o locatário realizava o pagamento do aluguel por meio de depósitos em caixa eletrônico, os quais caracterizavam forma de pagamento diversa à prevista no contrato, mas que nunca eram questionados pela autora da ação. Diante disso, houve a aplicação da *surrectio*.

Ressalta-se que para os autores modernos *surrectio e supressio* são dois lados de uma mesma moeda, já que uma é o inverso da outra, atuando como componentes do princípio da boa-fé objetiva. Portanto, a *supressio* consiste na limitação ao exercício de um direito subjetivo pelo decurso de prazo sem que o mesmo tenha sido exercitado, tendo como requisitos, além do lapso temporal, o desequilíbrio entre o benefício haurido pelo credor e aquele impingido ao devedor. Já a *surrectio* consiste no exercício continuado de uma situação jurídica mantida ao arrepio do convencionado ou do ordenamento jurídico, criando nova fonte de direito subjetivo, estabilizada para o futuro. Por último, destaca-se que as três funções da boa-fé objetiva são complementares na prática, embora a doutrina faça essa separação e, conseqüente, distinção. Por isso, devido a tal complementação, muitas vezes há dificuldades em se definir exatamente qual é a função específica do princípio da boa-fé que será invocada no caso concreto.

4- A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Como já mencionado, em matéria de direito obrigacional, não se questiona a revolução realizada pelo princípio da boa-fé objetiva no direito civil.

Assim, até então se buscou apontar que a incidência da boa-fé objetiva, com as suas respectivas funções, na disciplina obrigacional, foi de suma importância para a aplicação da

técnica das cláusulas abertas, que permite em um sistema aberto uma constante liberdade ao magistrado de, nas circunstâncias do caso concreto, visualizar se as partes agiram de forma leal e ética.

Além disso, a boa-fé objetiva determinou uma valorização da dignidade da pessoa humana, substitutiva da autonomia da vontade, que possui um caráter individualista exacerbado. As relações obrigacionais são na atualidade palco da cooperação e da solidariedade entre as partes, valores constantes no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual vem recebendo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tratamento de postulado constitucional.

Ao tê-la como integrante do princípio da dignidade da pessoa humana, estar-se-á potencializando o abandono da clássica dicotomia público-privado. Não apenas se reconhece a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, característica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; como também se dá ao princípio da boa-fé objetiva um status de princípio constitucional e não só contratual.

Convém, entretanto, apontar a ressalva de que essa separação rígida entre o público e o privado, presente no Estado Liberal, não fez parte da realidade brasileira. Isso pode ser facilmente corroborado pelo fato de ao longo da história do Brasil, sobretudo na Era Vargas, haver uma penetração na esfera estatal da ótica paternalista e clientelista, em que às relações de confiança e de amizade eram traçadas por meio de interesses e eram consubstanciadas no famoso “jeitinho brasileiro”.

Dessa forma, essas relações geravam uma notória confusão entre o público e o privado. Assim, tal ótica, infelizmente ainda presente na contemporaneidade, quase sempre prevalecia nas ações do governo e de seus agentes.

Logo, poder-se ia dizer que o liberalismo nunca foi puro dentro da realidade brasileira, uma vez que o que a confusão entre o público e o privado fez parte dessa história. Diante disso, nunca houve uma aplicação total do princípio da autonomia da vontade, o qual é uma marca do Estado Liberal.

Apesar disso, com a Constituição Federal de 1988, é notório o abandono paulatino de qualquer reminiscência da idéia de direito público e privado, havendo uma releitura de todos os ramos do direito a partir da Constituição Federal, que é norma de validade de todo o ordenamento jurídico e que prevalece diante da aplicação dos princípios da supremacia da Constituição e da unidade do ordenamento.

Pelo fato de a Constituição estar no centro do ordenamento, a atenção se voltou para a situação dos princípios, que antes serviam apenas como conselhos, orientações dadas à

sociedade e ao próprio Poder Político e hoje possuem sua força coercitiva e sua aplicabilidade direta nas relações sociais reconhecidas.

Atualmente, os princípios norteiam praticamente todo debate jurídico, seja como fundamento expresso ou como base implícita. Na essência de todo argumento, lá se encontra uma justificativa principiológica.

O fato de a Constituição de 1988 tratar os princípios constitucionais em um título próprio não representa um rol taxativo, já que se pode extrair princípios de todo o texto constitucional e a jurisprudência vem dando status de princípio constitucional a princípios tradicionalmente considerados contratuais.

Os princípios refletem a essência de uma sociedade, seus anseios básicos, o que para ela é considerado mais importante. Há uma relação entre o princípio e a sociedade que ultrapassa o simples fato de ser o princípio uma norma jurídica, dotada de imperatividade e que deve por isso ser respeitada.

Ética, lealdade e solidariedade representam condutas desejadas em qualquer relação, seja jurídica ou não. Tais comportamentos integrantes da boa-fé objetiva vêm se estendendo a outros ramos de direito, além do direito civil, o que demonstra que de princípio contratual, a boa-fé objetiva ganhou status de princípio constitucional.

À luz do art.3º da Carta Constitucional, contempla-se a solidariedade social, a qual abarca a proibição de comportamento contraditório, ou seja, visualiza-se doutrinariamente a inclusão da teoria dos atos próprios, que por decorrer do princípio da boa-fé objetiva, vem, assim como essa, ganhando espaço em outros ramos de direito, além do direito civil.

Ressalta-se que por ter origem no direito natural, os princípios, na verdade, são proposições intrínsecas ao homem, valores e ideais necessários ao sentido da própria existência humana. Essa característica faz com que uma violação a um princípio seja muito mais grave do que a qualquer outra norma, e acarrete a um juízo de reprovabilidade maior, sobretudo se houver violação a um princípio constitucional, tendo em vista a Supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.

Na contemporaneidade, como já mencionado, o que se nota é uma convergência entre o direito público, em que o papel da Constituição não mais se restringe às relações as quais o Poder Público esteja presente e à proteção do indivíduo frente ao poder de império do Estado, e o direito privado, visto que se observa a influência e a aderência de princípios e regras constitucionais às relações jurídicas de natureza civil.

Tal convergência é fruto, principalmente, do aprimoramento da teoria constitucional, com ênfase nas abordagens dos direitos fundamentais, da ponderação, da racionalidade e da atividade jurisdicional.

Destaca-se que a Constituição de 1988 promoveu uma verdadeira mudança no Direito Civil, já que teve a cidadania como elemento edificante. Desse modo, houve uma releitura de conceitos clássicos, como propriedade privada, a qual necessita possuir uma função social. Além disso, contribuiu para o desenvolvimento de novas categorias jurídicas de uma forma dinâmica, como no exemplo da união homoafetiva, que a partir da Constituição Federal já passou para muitos doutrinadores a formar uma entidade familiar. Por último, nota-se a congruência entre diferentes campos do direito, como é o caso do próprio direito civil-constitucional.

Dessa forma, a partir da constitucionalização do direito civil, os princípios gerais e regras tradicionalmente privadas passaram a estar contidas no Texto Constitucional, já que a própria Constituição criou limites à autonomia privada. Assim, a idéia de boa-fé objetiva é muito anterior a própria positivação do princípio no Código Civil de 2002, pois já se extraía a sua aplicação da própria Constituição, podendo, por isso, ser considerada um princípio constitucional, embora sua origem alemã denuncie que se tratava de um princípio contratual.

Portanto, conceitua-se o Direito Civil Constitucional como um sistema formado por normas e princípios, os quais irão tutelar a relação privada a partir de uma visão constitucional.

Dessa maneira, temas como a família, a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, entre outros, passam a ser de suma importância na nova perspectiva do direito civil com abordagem constitucional, que tem como enfoques a eficácia normativa dos princípios e um sistema jurídico aberto.

Depreende-se, diante disso, a idéia de que cabe ao intérprete a tarefa de ordenar o direito civil de acordo com a Constituição e não mais centrado no Código. Assim, o juiz para exercer a jurisdição precisa de instrumentos e poderes para tanto o que caracteriza o sistema jurídico como aberto à análise do intérprete-julgador, que não deve ficar limitado ao seu poder de polícia e ao poder geral de cautela que lhe é conferido.

Nesse sentido, todavia, os civilistas costumam apontar a boa-fé objetiva como um princípio jurídico contratual e não constitucional, apesar de conferirem para ela um fundamento na Constituição, o qual seria a construção de uma sociedade solidária como objetivo da República.

Há total legitimidade nessa posição, embora na atualidade, diante do direito civil-constitucional, já se possa também atribuir ao princípio da boa-fé um status de princípio constitucional.

Ocorre que no presente trabalho busca-se apontar que a boa-fé objetiva, em que pese todo o valor atribuído a evolução do Direito Civil Constitucional, não se restringe mais exclusivamente a esse campo. Na atualidade a jurisprudência vem aplicando o princípio em outros ramos de direito, como no direito administrativo, tributário, previdenciário, entre outros.

Considerar a boa-fé objetiva um princípio é tê-la como algo dinâmico, já que a aplicação para o intérprete-julgador dependerá da análise das circunstâncias, as quais variam em tempo, lugar e sociedade. Dessa forma, constitui um modelo jurídico incatalogável, já que dependerá sempre da análise do caso concreto, o que dá ao juiz uma liberdade de estabelecer o seu alcance em cada caso.

Ao tê-la como princípio constitucional será inegável é a sua força normativa. Não mais será considerada como simples vetor contratual, direcionando o aplicador do direito em matéria obrigacional, mas será de observância obrigatória e aplicabilidade imediata na busca de soluções para os conflitos jurídicos de quaisquer espécies, independente de pertencer ou não ao direito civil. Sua observância obrigatória exige sua presença em qualquer decisão que esteja abarcada nesse sentido, podendo sim ser aplicada em maior ou menor grau, quando em colisão com outros princípios, igualmente protegidos pela constituição.

Justifica-se isso ao garantir a boa-fé objetiva um status de princípio constitucional, o que leva a conseqüente valorização existencial da pessoa humana e propicia proteção a grupos minoritários.

Corroborar-se isso quando se percebe decisões, ainda que tímidas e raras, em que se confere indenização a título de danos morais ao filho abandonado moral e intelectualmente pelo pai. Nessas decisões, embora reformadas pelo Superior Tribunal de Justiça, considera-se que houve falha no dever de lealdade do pai para com o filho.

Além disso, protegem-se grupos minoritários, quando se aplica a isonomia a minorias étnicas, religiosas e sexuais. No último caso, por exemplo, aplica-se a boa-fé objetiva para trazer a idéia de solidariedade social entre casais do mesmo, tutelando assim a relação entre esses como uma forma de união estável, tecnicamente, denominada união homoafetiva, a qual seria uma nova entidade familiar.

A partir do exposto, nota-se que a boa-fé objetiva encontra-se presente nos fundamentos principiológicos constitucionais, como na dignidade da pessoa humana (art.1º,

III), na solidariedade social (art.3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º). Diante disso, como os princípios marcam o sistema jurídico, a boa-fé objetiva marca também qualquer relação jurídica, não se limitando, como já apontado, ao direito civil.

Além disso, a grande relevância da boa-fé objetiva é a de ser um modelo de conduta social, em que cada pessoa deve agir como um homem reto pautado em valores como a honestidade, a lealdade e a probidade. Para isso, não bastam generalizações, como se todos os indivíduos fossem iguais. Deve-se considerar o ambiente cultural em que esse indivíduo está inserido, a sua função e o seu status na sociedade. Tal é a atividade do magistrado.

Nesse panorama, cabe apontar o Enunciado nº26 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual trata da atividade de interpretação do juiz à luz dos critérios impostos aos contratantes pelo princípio da boa-fé objetiva: “ *A cláusula geral contida no art.422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando, necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência do comportamento leal dos contratantes.*”

Diante disso, a boa-fé objetiva fornece ao juiz instrumentos necessários, em especial com a liberdade interpretativa que lhe é conferida, para a realização da justiça material. Assim, na contemporaneidade, nota-se que o direito cada vez menos faz parte de um sistema fechado e passa a aparecer como algo se fazer concreto dia a dia, principalmente, na jurisprudência e na doutrina.

O fundamento constitucional desse *standard* jurídico, boa-fé objetiva, encontra-se no princípio da dignidade da pessoa humana, em que se extrai a idéia da pessoa humana como parte de uma comunidade, artigo 1º, III da CF. Logo, há uma clara relativização da autonomia do indivíduo, visto que esse passa a ter nas relações obrigacionais o dever de cooperar e de agir de modo solidário.

Contudo, considerar a boa-fé como um princípio constitucional ou como parte do princípio da dignidade da pessoa humana significa ir além, pois será aplicada em outros ramos de direito além das relações contratuais.

Tal extensão já vem sendo aplicada nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, como no caso do direito previdenciário, em matéria de aposentadorias; nos direitos de vizinhança, que faz parte dos direitos reais, entre outros exemplos.

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, cuja data de julgamento foi em 13/05/2008, estendeu os atos processuais o princípio da boa-fé objetiva, quando apontou que a propositura, no Brasil, da mesma ação proposta no estrangeiro com trânsito em julgado

consubstancia comportamento contraditório, o que implica a violação à boa-fé objetiva, a qual é extensível aos atos processuais. Com isso, extinguiu-se o processo sem resolução do mérito.

Outra decisão interessante do Superior Tribunal de Justiça entendeu que os juros e a correção monetária integram o pedido de forma implícita, sendo desnecessária sua menção expressa no pedido formulado em juízo, a teor do art.293 do CPC.

Nesse caso, o ministro Luiz Fux apresentou alguns exemplos de matérias de ordem pública substanciais como: cláusulas contratuais abusivas (arts. 1º e 51 do CDC); cláusulas gerais(art.2035,parágrafo único do CC), da função social do contrato (art.421 do CC), da função social da propriedade (arts. 5º XXIII e 170 III da CF/88 e 1228, § 1º do CC), da função social da empresa (art. 170 CF e arts. 421 e 981 do CC), da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico(art.166, VII e 167 do CC). Concluiu assim que em matéria de ordem pública, o juiz pode decidir independente do pedido da parte ou do interessado, não incidindo o princípio da congruência, ou seja, não haverá julgamento *extra, infra* ou *ultra petita*, quando houver pronunciamento a respeito da boa-fé objetiva pelo juiz ou Tribunal.

Diante dos exemplos mencionados, ficou clara a importância do princípio da boa-fé objetiva, o qual teve a sua aplicação extensível a outros ramos de direito, sendo considerado pelo Superior Tribunal de Justiça como matéria de ordem pública, a ser observada sempre pelo intérprete-julgador.

Destaca-se que a violação de um princípio é mais grave que a transgressão de uma norma, eis que implica a ofensa a sistema de comandos e não só a um específico mandamento, o qual também é obrigatório, ou seja, há uma flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade.

A grande questão que se coloca é que a doutrina constitucional é pacífica acerca da ponderação dos princípios, ganhando a boa-fé um status de princípio constitucional, questiona-se acerca da possibilidade de aplicação da técnica da ponderação de valores nesse campo. Afinal, como se pode admitir a ponderação da ética, da lealdade, da cooperação?

É indispensável uma ponderação ao aplicar os princípios constitucionais, já que a constitucionalização deve sempre ser mediada pela legislação infraconstitucional, pois, caso contrário, haveria uma afronta à função legislativa, que seria substituída pela função jurisdicional.

Certamente, hoje, com a presença de cláusulas gerais em leis ordinárias, já ocorre a ampliação do papel do juiz. O que não se pode admitir é uma exacerbação desse papel. Nesse cenário, o princípio da boa-fé objetiva foi um dos grandes responsáveis pela relativização da

autonomia da vontade, no momento em que exige das partes contratantes condutas pautadas na ética, na correção e na lealdade. Assim, caberá ao intérprete à luz da lei observar se há o respeito ou não a esses deveres.

Ocorre também que a autonomia da vontade também deve ser observada como parte de uma idéia constitucional maior, que é a da própria liberdade das pessoas. Assim, deve sempre ser preservada a idéia de que as partes são livres para contratar e isso não significa necessariamente o retorno ao Estado Liberal, mas sim a própria idéia de risco existente em qualquer relação jurídica. Nesse ponto, questiona-se se poderia a boa-fé objetiva limitar tais riscos e se isso seria ponderação. É certo que houve uma limitação e essa tem que existir, sendo fundamental a criação desse princípio, justamente para a promoção da igualdade substancial.

Nesse contexto, é válido destacar o papel do juiz, principalmente, na função interpretativa-integrativa da boa-fé objetiva, visto que é nessa que há uma ampla margem ao seu poder. Nesse sentido, pode-se depreender que essa função é de extrema importância na relação contratual, bem como em qual outra relação jurídica, na qual existam cláusulas abertas, principalmente, quando há a presença de situações não previstas e nem previsíveis pelos contratantes. Dessa maneira, há o preenchimento das lacunas pelo intérprete-aplicador, aumentando assim o conteúdo do negócio jurídico, por exemplo.

Diante disso, o julgador tem a liberdade de interferir nas estipulações realizadas no contrato, podendo inclusive reconstruí-las. Dessa maneira, o intérprete-aplicador alcança os direitos e os deveres dos contratantes e, conseqüentemente, pode avaliar o que foge ou não da ética, da cooperação e da solidariedade.

Desse modo, haverá sempre uma prevalência da boa-fé objetiva, justamente, por conta dessa função de adequação dada ao juiz. Por isso, para muitos esse princípio passou a ser um postulado, já que em regra os princípios são ponderáveis e os postulados não.

Além disso, as partes devem agir de acordo com os deveres de cooperação, de proteção e de informação mesmo quando não houver disposições legais expressas, já que só agindo dessa forma é que os efeitos do contrato celebrado serão devidamente obtidos. Cumpre à função integrativa da boa-fé a tarefa de obter o comportamento adequado das partes.

Para esse fim, o juiz deverá buscar atender a vontade do legislador também. O que pode ocorrer, no entanto, é de existirem lacunas, ou seja, de o juiz não conseguir encontrar respostas no negócio jurídico, na intenção das partes e nos próprios usos do tráfico. Nesse caso, o campo de atuação do magistrado será excessivamente ampliado, chegando, em alguns

casos, a comprometer a sua imparcialidade substancialmente. Por isso, que muitas vezes podem existir conflitos entre a intenção das partes e o entendimento do magistrado, que talvez seja solucionado quando se passa a considerar a boa-fé objetiva como um postulado e não apenas como um princípio.

Há um desafio que pode ainda provavelmente ser solucionado, na medida em que o juiz se coloca como verdadeiro participante do processo de criação do direito, usando de suas próprias valorações, atribuindo sentido às cláusulas abertas e optando por soluções que respeitem o ordenamento jurídico. Convém ao intérprete considerar todas as circunstâncias que conferem ao contrato a sua determinação e o seu caráter. Nesse campo, soblevam-se os princípios da função social, do equilíbrio e da boa-fé.

Diante disso, o julgador tem a liberdade de interferir nas estipulações realizadas no contrato, podendo inclusive reconstruí-las. Dessa maneira, o intérprete-aplicador alcança os direitos e os deveres dos contratantes e, conseqüentemente, pode avaliar o que foge ou não da ética, da cooperação e da solidariedade. Desse modo, haverá sempre uma prevalência da boa-fé objetiva e não da autonomia da vontade, justamente, por conta dessa função de adequação dada ao juiz. Por isso, já se pode afirmar que esse princípio passou a ser um postulado, já que em regra os princípios são ponderáveis e os postulados não.

5- A BOA-FÉ OBJETIVA COMO POSTULADO

Como se pode observar, embora a boa-fé objetiva tenha um status de princípio constitucional, entende-se que pela técnica de ponderação de valores, em certos casos, um princípio prevalece sobre os outros. A ponderação consiste em uma técnica jurídica que procura dirimir conflitos normativos que envolvem valores.

Ocorre, todavia, que a ética, a lealdade e a cooperação são necessárias em qualquer relação, embora nem sempre infelizmente estejam presentes. No campo jurídico, tais corolários assumem importância tão significativa que cada vez mais são citados como norte de qualquer relação jurídica, sob pena de nulidade, no caso de inobservância, ou de adequação pelo magistrado até a referida relação conter os ideais capitaneados pela boa-fé objetiva, aplicando assim o intérprete-julgador também do princípio da conservação dos contratos.

Nesse panorama, a doutrina costuma dividir as normas jurídicas em princípios e regras. No entanto, recentemente ganhou espaço uma terceira classificação das normas, que

acrescenta os postulados normativos. Muitos autores não fazem essa diferenciação, encaixando-os, normalmente, como princípios, não observando as diferenças que os tocam.

Como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal cada vez é mais comum a presença de tais figuras - os postulados merecem todo o destaque, uma vez que, como normas de segundo grau, ou melhor, metanormas estabelecem as formas de aplicação dos princípios e das regras, encontrando-se em um plano distinto e superior a esses.

Como os postulados são responsáveis pela forma de aplicação dos princípios e regras, a violação desses postulados ocorre indiretamente com a não-aplicação correta das outras normas jurídicas. Nesse sentido, os conhecidos princípios da legalidade, do devido processo legal e da razoabilidade, por exemplo, são considerados, na verdade, postulados que regem a aplicação de outras normas, princípios ou regras. O mesmo raciocínio se tem com a dignidade da pessoa humana.

Para se entender melhor os postulados, imprescindível a diferenciação dos princípios e das regras. Primeiramente, os princípios e as regras são objetos dos postulados, que determinam como eles devem ser aplicados. Além disso, os princípios são imediatamente finalísticos, normas que direcionam para um fim que deve ser buscado, prescrevendo comportamentos indiretos para tanto. Já os postulados não prescrevem uma conduta, nem impõem um fim, mas estabelece modos de raciocínio e argumentação para utilização das normas. Quanto às regras, essas regulam diretamente comportamentos, enquanto os postulados, mais uma vez, determinam formas de aplicação das regras.

Na prática, por ser essa conceituação de postulados normativos extremamente recentes, nota-se, ainda, na doutrina, a prevalência do termo princípio para designar o que já consideramos postulados.

Desse modo, a adoção da boa-fé objetiva como um princípio é mais comum, na medida em que essa traz como idéia central um comportamento, uma conduta pautada na ética, solidariedade, fidelidade, lealdade e cooperação e os postulados, como já mencionados, não prescrevem uma conduta, mas estabelecem um raciocínio para a aplicação das normas.

Porém, como os princípios são ponderáveis, o mais adequado seria já considerá-la um postulado e adaptá-la em toda aplicação das normas. Isso porque, como já afirmado, não se pode ponderar a ética, apesar de um conceito variável em tempo e lugar, ou se age com ética ou não.

Dessa forma, ao ter a boa-fé como postulado, a leitura de qualquer regra e princípio partirá da argumentação trazida pela boa-fé e suas funções, ou seja, uma determinada regra ,

por exemplo, no campo das relações de consumo, só será constitucional se toda a sua construção partir do dever de informação, se desrespeitado, conseqüentemente, haverá violação do postulado da boa-fé.

Outro exemplo seria a própria possibilidade de indenização por danos morais no caso de abandono moral por pai ou mãe. De exceção, passaria a regra, já que toda norma tutelando a relação entre pais e filhos partiriam do raciocínio da preservação da lealdade e solidariedade entre esse. Desse modo, no caso de violação, seria impositiva a indenização a título de danos morais.

6- CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, ficou clara a notória importância da boa-fé objetiva, independente da interpretação de ser princípio contratual, constitucional ou postulado, eis que tradicionalmente tal paradigma contratual é responsável pelo crescente número de decisões pautadas em valores essenciais para a sociedade como a ética, a honestidade, a confiança, a solidariedade e a lealdade nas relações obrigacionais. Há uma expansão a cada dia maior para outros ramos de direito, alcançando inclusive o direito penal.

Nota-se que atualmente possui um status de princípio constitucional, sobretudo porque os princípios são imediatamente finalísticos, normas que direcionam para um fim que deve ser buscado, prescrevendo para tanto comportamentos indiretos. Desse modo, como a ética, a lealdade e a solidariedade representam condutas e comportamentos desejados em qualquer relação, seja jurídica ou não, caracterizariam princípios.

Como apontado, tais comportamentos integrantes da boa-fé objetiva vêm se estendendo a outros ramos de direito, como processual, tributário, previdenciário e penal, o que só corrobora o abandonando da idéia de princípio contratual. Como já mencionado, ao considerá-la um princípio constitucional, garante-se um constante dinamismo em sua interpretação, levando-se em consideração a intenção das partes, o tempo, o lugar, dentre outros critérios.

Todavia, apesar disso, como o entendimento atual é o de que a boa-fé objetiva é um princípio, essa poderá ser ponderada diante de algum outro princípio, podendo prevalecer ou não, estando dependente da análise do magistrado no sentido de considerar uma determinada forma de agir leal ou não.

O que se procurou demonstrar é que diante de tamanha aplicação da boa-fé objetiva

em diversos ramos do direito, já se pode atribuir a qualidade de postulado a esse tradicionalmente considerado princípio contratual. Por meio disso, independente da conduta e do comportamento das partes, toda relação deverá partir do raciocínio e da argumentação capitaneados pela boa-fé objetiva, que antes de buscar a conduta de agir com ética, terá como finalidade precípua a de ser ético.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Processual* (arts. 6º, VIII, 38 e 81 a 119), São Paulo: Saraiva, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife, 2005.

COSTA, Judith Martins. *A Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de *et al* . *Direito Civil: teoria geral*. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Juris, 2006.

LENZA. Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo. Saraiva, 2009.

MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun.2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 08 jun.2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 18 jun.2009.

