

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE DIREITO

PAULA CERQUEIRA GOULART

**O CARÁTER CORRETIVO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA
APLICADO ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Rio de Janeiro

2014

PAULA CERQUEIRA GOULART

**O CARÁTER CORRETIVO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA
APLICADO ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
Como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Leonardo Mattietto

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Carlos e Margarida, que, mesmo sem fazer ideia do que se tratava o tema, me auxiliaram na revisão e editoração do texto e aguentaram minhas reclamações e crises de desespero, me provando, mais uma vez, que são o meu alicerce em qualquer situação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Margarida e Carlos, por me incentivarem a buscar meus sonhos sempre, por confiarem em mim mais do que eu mesma, por terem me aturado em casa enquanto o presente trabalho ganhava corpo.

Aos meus amigos que dividiram, ao longo da faculdade, os momentos de alegria, de desespero e até mesmo os de tristeza, quando fizeram papel de família no Rio de Janeiro.

Aos meus chefes e colegas de trabalho, pelo carinho, confiança e apoio, desde a prova da OAB até a conclusão da monografia.

À minha enorme e maravilhosa família, pela certeza de que eu nunca estarei sozinha.

Por fim, ao meu orientador, Leonardo Mattietto, pelo trabalho de orientação, mas principalmente pela paciência e atenção durante o processo de elaboração da monografia.

RESUMO

O princípio da boa-fé objetiva além de figurar como cláusula geral norteadora das relações contratuais, também atua como fonte de direitos e deveres anexos e, principalmente, limite ao exercício dos direitos subjetivos, a fim de evitar o abuso de direito. Sua função corretiva, portanto, tem grande importância no âmbito consumerista, onde, tendo em vista o notável desequilíbrio entre as partes, o legislador buscou elaborar normas protetivas, a fim de amenizar a vulnerabilidade do consumidor. Pode-se reconhecer a importância da boa-fé objetiva e de suas funções não só através da doutrina brasileira, mas principalmente por meio das decisões proferidas em juízo.

Palavras-chave: Boa-fé. Função corretiva. Código de Defesa do Consumidor. Relações de consumo.

ABSTRACT

The principle of objective good faith, in addition to serving as general clause in contractual relations, also acts as a source of rights and obligations attached thereto and, especially, as a limitation to the exercise of personal rights in order to avoid the abuse of rights. This corrective function, therefore, has great importance in the consumerist context, in which the disparity between the parties is significant, reason why the legislator sought to develop protective standards in order to minimize the vulnerability of the consumer. One can recognize the importance of objective good faith and its functions not only in Brazilian doctrine, but mainly in the decisions handed down in court.

Keywords: Good faith. Corrective function. Consumer Code. Consumer relations.

SUMÁRIO

1. Introdução	8
2. A boa-fé no panorama jurídico brasileiro	10
2.1. Distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva	10
2.2. Aspecto histórico	12
2.2.1. As raízes da boa-fé	12
2.2.2. A boa-fé no direito brasileiro	17
2.3. As funções da boa-fé objetiva	22
3. A função corretiva da boa-fé objetiva e o abuso de direito	26
3.1. A função corretiva como limite ao exercício dos direitos subjetivos	26
3.2. Institutos decorrentes da função corretiva da boa-fé objetiva	31
3.2.1. <i>Venire contra factum proprium</i>	31
3.2.2. <i>Tu quoque</i>	32
3.2.3. <i>Supressio</i>	33
3.2.4. <i>Surrectio</i>	34
3.3. Aplicação jurisprudencial no Direito Civil	35
4. A função corretiva da boa-fé objetiva aplicada às relações de consumo	43
4.1. O Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro	43
4.1.1. O artigo 4º, incisos I e III do CDC	45
4.2. A função corretiva da boa-fé objetiva como limite às cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo	47
4.2.1. O artigo 51, inciso IV do CDC	48
4.3. Análise da aplicação jurisprudencial no Direito do Consumidor	49
5. Conclusão	55
Referências Bibliográficas	56

1 INTRODUÇÃO

O princípio da boa-fé objetiva encontra-se no Código de Defesa do Consumidor, de 1990, e no Código Civil, de 2002, norteando as relações contratuais. Nesse sentido, as funções da boa-fé objetiva relativizam o princípio da autonomia privada, de forma a sempre garantir a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional consagrado no inciso III do artigo 1º da Nossa Carta Magna¹.

São funções da boa-fé objetiva a interpretativa a integrativa e a corretiva, presentes, respectivamente, nos artigos 113, 422 e 187², todos do Código Civil.

O estudo se voltará, principalmente, à análise da função corretiva do princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual, mais especificamente no ramo do Direito do Consumidor, tendo em vista a crescente constitucionalização do Direito Civil Brasileiro, que cria uma nova possibilidade de interpretação dos princípios clássicos contratuais.

A escolha foi feita pela presença, cada vez mais relevante, do princípio da boa-fé objetiva no âmbito jurídico brasileiro, não só na doutrina, mas principalmente nas decisões proferidas em juízo, consolidando o entendimento de que o equilíbrio deve prevalecer nas relações contratuais.

O desenvolvimento do tema se dará tomando por base o advento do Código de Defesa do Consumidor, expondo a intenção do legislador de positivar a vulnerabilidade do consumidor e, conseqüentemente, protegê-lo de eventuais abusos por parte do fornecedor.

¹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 1º, III, *in verbis*:

“Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana (...).”

² BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Arts. 113, 422 e 187, *in verbis*:

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

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

“Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Destarte, o presente trabalho tem como escopo abordar de que forma a boa-fé objetiva atua como instrumento de controle às cláusulas abusivas, na seara consumerista, por meio da análise de decisões dos tribunais brasileiros.

2 A BOA-FÉ NO PANORAMA JURÍDICO BRASILEIRO

Para melhor compreender a inserção do princípio da boa-fé objetiva e suas funções no direito brasileiro, faz-se necessário, em um primeiro momento, analisar a diferença que este apresenta em relação à boa-fé subjetiva, bem como as suas raízes e as conotações que lhe foram atribuídas ao longo da história.

2.1. Distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva

A boa-fé subjetiva ou cognitiva, como o próprio nome nos leva a crer, está iminentemente ligada ao sujeito, isto é, a elementos internos, como o estado psicológico, alguma crença, ou até mesmo o desconhecimento de determinado fato, o que é o caso, a título de exemplo, do devedor que paga ao credor putativo. O caráter subjetivo da boa-fé, mostra-se, assim, vinculado ao estado de consciência e à ética do agente, e têm por escopo a concretização do dever de informação ou de indagação, frente à realidade que o rodeia.

O dever de informação nada mais é do que o fornecimento, por uma das partes, de informações relativas à relação contratual, que não sejam de conhecimento da outra parte. Tal dever pode ser entendido como uma pretensão de salvaguardar a ordem prescrita pelo Direito, a partir do momento que serve de instrumento para evitar a incerteza do resultado.

Em concreto, o magistrado deve pronunciar-se acerca do estado psicológico do sujeito, como bem explica Antonio Menezes Cordeiro:

Perante uma boa-fé puramente fáctica, o juiz, na sua aplicação, terá de se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Trata-se de uma necessidade delicada, como todas aquelas que impliquem juízos de culpabilidade e que, como sempre, requer a utilização de indícios externos. (...) Na boa-fé psicológica, não há que ajuizar da conduta: trata-se, apenas, de decidir do conhecimento do sujeito³.

Ainda no entendimento de Menezes Cordeiro, a boa-fé subjetiva contrapõe-se ao conceito de má-fé, na medida em que a pessoa de “boa-fé” é

³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984. p. 514-515.

protegida, enquanto a de “má-fé” é penalizada⁴. Tal afirmação, entretanto é muito rasa, já que na prática há diversos fatores a serem observados e o estado interior das pessoas constitui apenas um fator de aplicação do Direito, mas não cabe, aqui, maior discussão sobre o assunto.

Já a boa-fé objetiva tem a função de estabelecer um padrão ético de conduta, tendo como base o comportamento do homem médio frente à determinada situação, visando sempre a lealdade, prudência, probidade e honestidade. Insta reconhecer que a boa-fé objetiva significa uma interferência direta em qualquer relação jurídica, vez que se faz presente desde o momento pré-contratual até os possíveis efeitos prospectivos do contrato.

Sob o prisma objetivo da boa-fé, o que está em questão são os elementos externos, podendo ser entendido como diretrizes ao comportamento humano, tornando-se, dessa forma, fonte de deveres anexos, parâmetro de interpretação e limite ao exercício dos direitos subjetivos.

Para ilustrar a distinção entre ambos os aspectos da boa-fé, vale a transcrição de um trecho da obra “A boa-fé no Direito Privado”, de Judith Martins-Costa:

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

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, e larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como *status* pessoal e cultural

⁴ Idem, p. 510.

dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo⁵.

2.2. Aspecto histórico

Ao longo do tempo foram atribuídas diversas significações à boa-fé, tornando-se necessário um breve recuo no tempo para melhor compreender seu papel atual no direito brasileiro. Judith Martins-Costa aponta a importância da boa-fé nos direitos romano, canônico e germânico, o que denomina de “tríplice raiz da boa-fé”.

2.2.1. As raízes da boa-fé

Do direito romano nasceu a ideia de *fides* e, daí, a noção de boa-fé, que recebeu inúmeras influências filosóficas de juristas romanos, mas se fez mais importante em três setores, quais sejam: as relações de clientela, onde efetivamente teve sua origem; os negócios contratuais, através das relações obrigacionais e a proteção possessória, através dos direitos reais.

As relações de clientela, estabelecidas entre os patrícios, cidadãos livres, e o cliente, eram regidas pela *fides*, que pode ser entendida tanto como o poder do patrão e o dever de obediência do cliente, quanto como promessa de proteção.

Já no direito obrigacional, a *fides* se faz presente desde o primeiro tratado entre Roma e Cartago. Este tratado continha uma regra prevendo que cada uma das partes, prometendo sobre a própria fé – “publica fides, ou seja, sobre a fé que liga a coletividade ao respeito das convenções livremente pactuadas”⁶ –, deveria dar assistência ao cidadão da outra cidade para a proteção dos interesses nascidos dos negócios privados. Extrai-se desse tratado que a *fides* exercia papel de núcleo normativo tanto dos tratados entre cidades, quanto dos contratos entre particulares.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. p. 411.

⁶ Idem, p. 113

A *fides* nas relações contratuais, denominada por Paolo Frezza⁷ de relações intersubjetivas, tem função de garantia ao respeito à palavra dada (*fit quod dicitur*), enquanto nas relações de clientela, intrasubjetivas, sua função é a de autolimitação e intento protetivo, figurando como núcleo das relações internas de uma mesma coletividade. Entretanto, a difusão dos contratos consensuais no direito romano aliada à informalidade que lhes é característica acaba por agregar caráter de não-formalidade à *fides*, que já não se apresenta como garantia. Essa nova conotação dada à *fides* confere-lhe o qualificativo *bona*, passando a ser “*bona fides*”, que, nas palavras de Paolo Frezza:

É uma *fides* que constringe a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; não tendo em vista o texto da fórmula promissória, mas ao próprio organismo contratual posto em si mesmo: não seguindo um valor normativo externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto verbal da promessa), mas fazendo do próprio concreto intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que a fizeram nascer.⁸

A boa-fé, então, passa a atuar como “a força que produz ao mesmo tempo a definição da estrutura negocial e a configuração da responsabilidade dos contraentes”⁹, isto é, a boa-fé figura, no primitivo direito romano, como vinculadora jurídica, pré ou extra estatal, fonte geradora de novos direitos e deveres, já que os contratos em tela não tinham seu fundamento de validade em uma fórmula preexistente.

De forma diversa, no período clássico do direito romano a *fides* como fonte geradora de novos direitos e deveres passa por um processo de esterilização e a boa-fé reveste-se da tipicidade comum à época, apresentando-se como tópico e como expediente técnico-jurídico de uso da jurisdição, o qual é constituído pelo *bonae fidei iudicium*, procedimento especialíssimo, no qual o demandante apresentava ao juiz uma fórmula e, não

⁷ Paolo Frezza *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. p. 114.

⁸ Idem, p. 115.

⁹ Idem, p. 115

podendo demonstrar uma *intentio* baseada na lei, a fundamentava na *fides*, ordenando então o pretor que o juiz sentenciasse conforme a boa-fé¹⁰.

Esse procedimento concedia ao juiz a possibilidade de julgar o caso concreto não tomando por base apenas o núcleo do fato, apresentado pelo demandante, mas também elementos ligados ao fato central. Nota-se que a boa-fé como expediente técnico-jurídico deve ser vista sob o prisma objetivo, livre de qualquer significação moral ou filosófica.

Tal significação conferida à boa-fé, entretanto, é totalmente modificada durante o Império Romano, quando passa a ter um sentido moral influenciado pela filosofia estóica. Assim sendo, a noção de *fides* fica diluída devido a larga utilização em situações jurídicas diferentes, passando a figurar como princípio geral, sem uma distinção clara de outros princípios, estando em toda parte e não significando muito quando isolada¹¹. Nessa época, a *bona fides* começa a ser mais utilizada na seara dos direitos reais – principalmente em matéria de usucapião – sendo considerada como a intenção ou o estado de ignorância do beneficiário do usucapião, isto é, a boa-fé, aqui, “não projetava quaisquer normas jurídicas, sendo apenas um elemento fático extrajurídico”¹² e portanto apresentava apenas o caráter subjetivo.

Além da diluição horizontal, acima referida, Menezes Cordeiro faz menção à uma difusão vertical da boa-fé, que se mistura, dentro do direito obrigacional, a um comando de interpretação dirigido ao juiz, refletindo, assim, a conotação de “justiça concreta”¹³. Através desse prisma, sobreveio uma característica que só seria retomada no direito germânico, o qual inspirou o papel da boa-fé nos dias atuais, inclusive no direito brasileiro.

Contudo, antes de nos aprofundarmos no legado germânico, cumpre entender a significação da boa-fé no direito canônico, onde aparece nos mesmos setores do direito romano – tutela de usucapião e contratos

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. p. 120.

¹¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984. p. 128.

¹² Idem, p. 107.

¹³ Idem, p. 128.

consensuais –, porém, com significados diversos, baseados no direito medieval. Aqui a boa-fé traduz ausência de pecado e tem como antinomia a ideia de má-fé¹⁴, situando-se no plano ético e axiológico, compatível com o sentido geral do *jus canonicum*.

O direito canônico causou diversas amputações e simplificações à boa-fé, que deixou de apresentar qualquer sentido técnico, fazendo-a figurar como estado de ciência individual, consciência íntima e subjetiva da ausência de pecado, de se estar agindo corretamente, de não se estar lesando regra jurídica ou direito alheio. Na esteira desse pensamento, a boa-fé passa a figurar como princípio geral ordenador da matéria obrigacional, adentrando em sistemas de direito.

A boa-fé aparece na primeira sistemática, através das obras de Cujaccius (1522-1590) e de Donellus (1527-1559), expoentes do humanismo. Cujaccius tentou sistematizar o *Corpus Juris* por meio da recuperação de todos os sentidos já atribuídos à *bona fides*. Já Donellus fez mais, já que, além de manter o caráter subjetivo da boa-fé no âmbito possessório, conferiu-lhe características comuns do direito canônico, demonstrando que ela se refere, também, ao comportamento correto, sem dolo. Na seara obrigacional, Donellus apresenta a boa-fé como criadora de deveres positivos, na medida em que os contraentes devem fazer o que é pactuado, e de deveres negativos, restringindo a atuação contratual à abstenção de dolo, fraude e coação¹⁵.

Destarte, fica claro que a partir dos trabalhos de Donellus houve uma reconstrução unitária do instituto da boa-fé, que abandona a dualidade comum no direito romano e passa a figurar como princípio geral de direito, proporcionando uma alavanca – juntamente com o restante da obra humanista – para a elaboração centralizada de sistemas jurídicos.

Por fim, insta entender a boa-fé na cultura germânica medieval, conhecida pela expressão alemã *Treu und Glauben*, a qual regia as relações obrigacionais, assim como na cultura romana, porém com sentidos diversos. Faz-se necessário, primeiramente, compreender que o direito alemão conferiu

¹⁴ Idem, p. 143.

¹⁵ Idem, p. 198-199.

à boa-fé a ideia de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e crença (*Glauben* ou *Glaube*), que se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados, sendo que o último acentua mais marcadamente o mero estado, enquanto a *Treu* acentua uma qualidade.

Entretanto, a expressão *Treu und Glauben* tem significado próprio, o qual, segundo Judith Martins-Costa, refere-se a garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada, não necessariamente vinculada a uma perspectiva subjetiva, mas sim objetiva, relacionada à confiança geral, estabelecida a nível de comportamento coletivo, vez que a atitude proba implica numa reciprocidade de deveres¹⁶. Na esteira desse pensamento a boa-fé passa a ser entendida como “regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento da confiança geral, induzida ao “alter” ou à coletividade do que jura por honra¹⁷”, significando que os deveres assumidos devem ser cumpridos exatamente como consta no contrato, tendo em vista a necessidade de considerar os interesses de ambas as partes.

Para melhor exemplificar a importância da boa-fé germânica, a qual tem forte influência no direito brasileiro atual, vale a transcrição de um trecho da obra “Da boa-fé no Direito Civil”, de Menezes Cordeiro:

O contributo fundamental da boa-fé germânica da Idade Média foi antes o de – num reflexo setorial do seu contributo para a cultura do Ocidente – ter introduzido, no domínio da boa-fé, um conjunto de valores novos, que perduraria até à codificação alemã e, a partir daí, se radicaria nas outras codificações romanísticas.¹⁸

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. p. 126.

¹⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984. p. 173-174.

As ideias relacionadas ao *Treu und Glauben* podem ser entendidas “à luz das tradições dos juramentos de honra medievais, ligando-se, por consequência, às tradições cavaleirescas, ao “ideal de vida sublime” e ao “sonho do heroísmo” que se alojaram como elementos essenciais da cultura cavaleiresca (...)”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. p. 124.

¹⁸ Idem, p. 175-176.

2.2.2. A boa-fé no direito brasileiro

A boa-fé no direito brasileiro teve grande influência das codificações francesa e alemã, Código de Napoleão e BGB¹⁹, respectivamente, recebendo diversas significações ao longo da história.

Antes do Código de Defesa do Consumidor os tribunais apenas se referiam à boa-fé sob o aspecto subjetivo. Com o desenvolvimento do capitalismo nos séculos XIX e XX, fez-se necessário frear os abusos praticados por agentes econômicos, o que acarretou uma modificação da conotação atribuída à boa-fé, conforme se vê adiante.

Na história jurídica brasileira o princípio da boa-fé, *lato sensu*, figura, pela primeira vez em 1850, no art. 131 do Código Comercial, *ipsis litteris*:

“Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.”

Isto é, caso houvesse necessidade de interpretação de determinada cláusula contratual, esta deveria sempre observar o verdadeiro espírito e natureza do contrato, bem como a boa-fé, em detrimento da rigorosa e restrita significação das palavras. Como se pode observar, tal dispositivo legal apenas faz menção ao aspecto subjetivo do princípio.

¹⁹ § 242, BGB “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

Inobstante a positivação da boa-fé, os tribunais e doutrinadores da época não se mostraram tão adeptos de tal princípio, um dos motivos pelo qual o Código Civil de 1916 não apresentou referência a ele. Ademais, cumpre salientar que o Código Civil de 1916 foi elaborado durante o período em que o pensamento liberal – pautado na supremacia do indivíduo como meio para realização de seus desejos, principalmente os de ordem patrimonial – “ditava” as regras no Brasil. Durante esse período os princípios clássicos do direito contratual – dentre eles, e principalmente, o da autonomia privada – eram absolutos.

Segundo o princípio da autonomia privada, as partes tem pleno poder para regular, por meio do exercício de sua vontade as relações das quais participem, ou seja, tal princípio diz respeito à liberdade de contratar dos indivíduos, tendo por base, exclusivamente, seus interesses. Destarte, pode-se notar que o contrato e a propriedade eram os pilares do sistema liberal, onde se acreditava que o indivíduo estaria protegido se lhe fossem asseguradas a propriedade, a liberdade contratual, a força vinculante dos contratos e a efetividade das relações jurídicas.

O Código Civil de 1916, entretanto, passou a se mostrar, cada vez mais ineficiente na resolução dos conflitos e, diante da necessidade de leis eficazes que regulassem os negócios jurídicos, foram surgindo legislações específicas, baseadas em princípios constitucionais norteadores da elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 que, ao consagrar no caput de seu artigo 1º o Estado Democrático de Direito, passou a figurar como o centro de todas as relações jurídicas, nas mais diversas searas.

O Estado do bem-estar social é, então, substituído por um modelo onde o comprometimento do Estado é com a realização máxima da pessoa, através de seus direitos e garantias fundamentais, tendo como objetivo maior a coletividade. Na esteira dessas ideias, percebe-se no Direito brasileiro uma crescente Constitucionalização do Direito Civil, fenômeno doutrinário que tomou força a partir da última década do século XX, movido por juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos novos

anseios sociais. Tal fenômeno contribuiu para a efetiva inserção do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

O cenário jurídico nacional – constitucional e infraconstitucional – passou, então, a ser visto através do prisma da justiça social e da solidariedade, tendo por objetivo atender ao princípio maior da Carta Magna: o da dignidade da pessoa humana.

Diante desse novo panorama jurídico, fica claro que os princípios tradicionais do direito contratual não mais refletiam as vontades da sociedade moderna, e, portanto, não eram mais suficientes para regular as relações jurídicas. Consequência direta disso foi a utilização, em detrimento do Código Civil, cada vez mais frequente das já mencionadas legislações específicas. Dentre elas encontra-se o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90-, o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 –, dentre outros.

Este último, elaborado em 1990, foi pioneiro ao contemplar o princípio da boa-fé objetiva como princípio fundamental do direito privado, conforme artigo 4º, III, segundo o qual:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal²⁰), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

²⁰ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 170, *in verbis*:

“Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social a propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

E também como cláusula geral limitadora das cláusulas contratuais de consumo abusivas, nos termos do art. 51, inciso IV:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

A partir do Código de Defesa do Consumidor, então, a boa-fé objetiva passou a servir de diretriz para que as partes se portassem de forma honesta, leal e proba durante todas as fases do contrato, relativizando, portanto, o princípio da autonomia privada. Apesar de a boa-fé objetiva estar positivada apenas na seara consumerista, a jurisprudência a aplicava em relações contratuais em que se notasse a presença de uma parte mais vulnerável, já que entendiam a “boa-fé objetiva como um princípio reequilibrador e de forte caráter protetivo”²¹ e, portanto, evitavam estender a sua incidência à qualquer relação contratual.

Mais de uma década após a edição do Código de Defesa do Consumidor, o novo Código Civil veio corrigir essa tendência dos tribunais, ampliando a abrangência do princípio, o qual passou a nortear, também, as relações contratuais comuns, independentemente de qualquer vulnerabilidade das partes, apresentando, assim, uma nova teoria contratual.

Embora o Código Civil de 2002 tenha mantido diversos aspectos do revogado Código de 1916, inovou em outros aspectos, seja devido à influência doutrinária e jurisprudencial, seja de forma originária. Nota-se a importância dada ao princípio da boa-fé objetiva, não só pelas diversas vezes em que é mencionado no novo Código, mas também pelo reconhecimento, por parte da

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

²¹ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 34.

doutrina e, principalmente, pelos tribunais brasileiros, que passaram a aplicar a boa-fé objetiva em muitos casos concretos, utilizando-a como cláusula geral.

Ruy Rosado, em seu trabalho “A boa-fé na relação de consumo”, recorre a Clóvis do Couto e Silva ao ensinar que a utilização da cláusula geral da boa-fé no Direito Brasileiro corresponde à sua quarta recepção, sendo a primeira a acolhida do Direito Romano, por meio das Ordenações; a segunda graças ao Direito Francês e o Código Napoleônico e a terceira relativamente ao Direito Germânico e a influência sobre as obras de Pontes de Miranda, principalmente. A quarta recepção, que diz respeito à utilização da boa-fé como cláusula geral de direito, consiste na “transposição de uma técnica operativa adequada à solução judicial de casos, de um sistema aberto, para um ordenamento jurídico normatizado e fechado²²”, acarretando uma alteração na aplicação do Direito brasileiro, na medida em que exige do magistrado uma prévia fixação da norma de comportamento adequada para o caso, em concreto, ao invés de se ater às normas tipificadoras de condutas.

Não resta dúvida, então, que a noção de boa-fé objetiva prevista no novo Código Civil é a mesma constante no Código do Consumidor: cláusula geral de lealdade e colaboração para alcance dos fins contratuais. Nota-se, aqui, mais uma vez, a presença da influência do direito germânico medieval, que entendia a boa-fé como uma regra de conduta segundo a qual os deveres assumidos em contrato deviam ser cumpridos, considerando-se os interesses de ambas as partes.

Entretanto, de forma diversa do direito do consumidor, no direito civil a boa-fé não apresenta o caráter extremamente protetivo, vez que, *a priori*, não há disparidade entre os polos da relação e, portanto, não há necessidade de estabelecer a função reequilibradora. Destarte, não havendo uma definição de quem se deve proteger na relação jurídica, deve-se procurar preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, tendo por base o novo Código Civil, não bastando a sua simples invocação. Neste sentido ensina Menezes Cordeiro:

²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo**. In: Revista do Consumidor, n. 14, pp. 20 a 27, Brasília, 1995. p. 20.

O recurso puro e simples a uma boa-fé despida de quaisquer precisões torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas e não permite, por si, solucionar casos concretos novos. No fundo, a boa-fé funciona, aí, como apoio linguístico para soluções encontradas com base noutros raciocínios – ou não pura afetividade – ou como esquema privilegiado de conseguir amparo numa disposição legal – a que consagra a boa-fé – para solução defendida.²³

Na esteira desse entendimento, percebe-se a importância de se definir com maior precisão os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva, como fonte normativa, em especial suas funções e seus institutos, os quais serão tratados neste capítulo e no subsequente.

2.3. As funções da boa-fé objetiva

São imputadas à boa-fé objetiva três funções que, apesar de distintas muitas vezes se complementam, tornando-se difícil, por vezes, identificar qual papel a boa-fé está desempenhando no caso concreto²⁴. Tais funções, todavia, podem ser encontradas no texto do Código Civil: inicialmente, há menção expressa à boa-fé objetiva no artigo 113, que dispõe ser necessária a observância da boa-fé na interpretação dos negócios jurídicos. O artigo 422 exige que os contratantes observem a boa-fé objetiva em todas as fases contratuais, fazendo o princípio figurar como cláusula geral e, por fim, o artigo 187, que define abuso de direito, coloca a boa-fé objetiva como um de seus limitadores. Essas três características configuram o que a doutrina denomina tríplice função da boa-fé objetiva²⁵.

A primeira função a ser analisada diz respeito à boa-fé como cânone hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais esteja em conformidade com a lealdade e a honestidade entre as partes. Dá-se a essa característica o nome de função interpretativa, consagrada no artigo 113 do

²³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984. p. 753.

²⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. p. 110.

Código Civil de 2002, segundo o qual: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Da redação do artigo pode-se extrair o entendimento de que, diante de duas – ou mais – possíveis interpretações para determinada cláusula contratual, o intérprete deve privilegiar a interpretação que mais estiver de acordo com a intenção do contrato, levando-se em consideração o interesse de ambas as partes, bem como a atuação guiada pela boa-fé. Esta, então, atua como uma via adequada para realização de uma valoração pelo juiz, de modo que o contrato seja analisado sob o prisma da boa-fé em casos onde o juiz não encontre apoio no contrato, em si.

A função hermenêutica objetiva proteger a finalidade social do contrato, podendo o juiz invocá-la ainda que contrarie a vontade das partes, quando assim se fizer necessário, isto é, sob nenhuma hipótese pode o princípio da boa-fé objetiva ser ignorada, independentemente da vontade das partes. Teresa Negreiros ensina que:

Contraria a boa-fé permitir que, em nome da intangibilidade da vontade negocial, uma dada conjuntura que leve a distorções no que se refere à finalidade econômico-social do contrato ou de dada cláusula contratual deixe de ser considerada pelo julgador.²⁶

Entretanto deve-se ter em mente que tal interpretação há de ser realizada de forma equilibrada, na medida em que, apesar de ter como elemento norteador a boa-fé, faz-se necessário um cuidado especial com os princípios clássicos do direito, sem perder de vista o contexto histórico em que a sociedade está inserida. A boa-fé, como cânone hermenêutico deve, então, ser utilizada como um critério objetivo na interpretação, e, mais precisamente como instrumento para interpretar o preceito contratual segundo o espírito e não mais segundo a letra, simplesmente.

Não raro o cumprimento, pelo aplicador da lei, do dever de respeito à recíproca confiança das partes, que justifica a relação contratual e possibilita que esta atinja seu objetivo fim, deixa transparecer uma outra característica do

²⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

princípio da boa-fé objetiva, qual seja a função de criar deveres jurídicos, também denominada função integrativa²⁷.

Muitas vezes as partes da relação contratual, ao editarem o contrato, não fazem constar determinada cláusula, sem a qual a finalidade do contrato pode restar prejudicada. Dessa forma, a função integrativa do princípio da boa-fé objetiva tem a responsabilidade de complementar o que não está expressamente previsto no contrato, suprimindo, assim, eventuais omissões e devendo ser levada em conta em todas as fases contratuais.

Fica claro tal entendimento a partir da leitura do artigo 422 do Código Civil, que dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. O dispositivo em tela também coloca a boa-fé como cláusula geral aberta e, justamente em função dessa característica, o princípio da boa-fé objetiva se apresenta de forma flexível, tendo por objetivo adaptar-se mais facilmente às mutações sofridas pelo direito e, no caso, se adequar a determinado contrato dentro de uma sistemática exigida pelo contexto. Portanto, frente à omissão das partes relativa à determinada cláusula, a boa-fé objetiva, como fonte de deveres jurídicos, figura como instrumento apto a corrigir a falha, na medida em que impõe uma regra de conduta a ser obedecida.

O caráter integrativo da boa-fé objetiva acarreta, então novos deveres jurídicos às partes, chamados pela doutrina de deveres contratuais anexos, secundários em relação aos deveres expressamente pactuados em contrato – deveres principais –, pois, ao integrar um contrato, cria obrigações decorrentes desta ação. A regra de comportamento ditada pela boa-fé, portanto, transcende as obrigações principais.

Decorre das relações contratuais os deveres secundários acessórios, voltados a assegurar a prestação da obrigação principal, e os deveres secundários autônomos, os quais podem figurar como sucedâneo da obrigação

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. p. 437.

principal, “como o dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação, ou o dever de garantir a coisa, mediante a prestação de garantia autônoma²⁸”.

Importante citar, aqui, os deveres instrumentais, que podem situar-se autonomamente em relação à obrigação principal do contrato, também conhecidos como “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”, dirigindo-se a ambas as partes da relação contratual. Dentre esses deveres, Judith Martins Costa elenca um rol exemplificativo, a saber: deveres de cuidado, providência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; deveres de prestação de contas; deveres de cooperação e colaboração; deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; deveres de omissão e de segredo²⁹.

O escopo dos deveres supracitados é satisfazer a finalidade do contrato, caracterizando-se como auxiliares da realização da obrigação principal do contrato. Motta Pinto, em sua obra *Cessão de Contrato*, ensina que se trata de “deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé, em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação”.³⁰

A função de criar deveres jurídicos tem como consequência direta a limitação do exercício de direitos subjetivos, que pode ser entendida como a terceira função do princípio da boa-fé objetiva, à qual foi dedicada o capítulo subsequente.

²⁸ Idem, p. 438.

²⁹ Idem, p. 439.

³⁰ Carlos Alberto da Motta Pinto *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. p. 440.

3 A FUNÇÃO CORRETIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA E O ABUSO DE DIREITO

A terceira função do princípio da boa-fé objetiva, denominada função corretiva, ou restritiva, decorre do atual sistema constitucional, que, como já mencionado no capítulo anterior, busca o desenvolvimento social e econômico, priorizando a valorização da dignidade da pessoa humana³¹. O presente capítulo se presta não só a analisar tal função, mas também a sua relação com a teoria do abuso de direito e os conceitos decorrentes dessa relação.

3.1. A função corretiva como limite ao exercício dos direitos subjetivos

A função corretiva está consagrada no artigo 187 do Código Civil, segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Sua finalidade é limitar o exercício dos direitos subjetivos das partes, de maneira a não prejudicar demasiadamente a outra parte, o que remete à teoria do abuso de direito.

O abuso de direito pode ser definido como um exercício de um direito que, embora amparado pelo ordenamento jurídico, extrapola os limites estabelecidos pelas regras de conduta impostas pela boa-fé, descumprindo, portanto, os fins sociais e econômicos do direito. Isto é, o abuso não está no direito, em si, mas em seu mau uso, no exercício que não esteja de acordo com os limites ou finalidades que lhe foram conferidos pelo sistema jurídico a que pertence. Neste sentido Cláudia Lima Marques ensina que “o abuso de direito seria a falta praticada pelo titular de um direito que ultrapassa os limites ou que deturpa a finalidade do direito que lhe foi concedido”³².

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 86.

³² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 901.

Apesar de não se poder evitar que o exercício de um direito cause prejuízo a terceiros³³, não se aceita mais a antiga concepção que concedia caráter absoluto aos direitos subjetivos, permitindo que seus titulares os utilizassem como bem entendessem, independentemente de qualquer proveito e de quaisquer danos que poderiam ser causados. Atualmente os direitos subjetivos têm caráter relativo, devendo observar, obrigatoriamente, sua função social, atendendo a valores éticos e de justiça.

A ideia do abuso de direito tem origem no direito romano, onde foram editadas normas prevendo, por exemplo, a perda da propriedade quando seu titular se recusar a prestar caução de dano infecto; a proibição, imposta pelo proprietário, de demolir sua casa para vender os materiais; a proibição de manutenção de latifúndios, e, principalmente, de manterem as terras sem cultivo, dentre diversas outras normas. Nota-se, aqui, a necessidade de coibir o exercício abusivo de direito, sobretudo em matéria de propriedade e vizinhança.

Na Idade Média foi desenvolvida a teoria dos atos emulativos, os quais podem ser definidos como aqueles praticados com objetivo de causar danos a terceiros. A emulação, portanto, era o ato de exercer um direito subjetivo com única finalidade de causar prejuízo a outrem. Os atos em comento eram observados, assim como no direito romano, em decorrência do direito de propriedade e vizinhança, o que favoreceu o surgimento da relativização dos direitos subjetivos, condicionando-os à sua função social e extinguindo, portanto, o caráter absoluto que lhes era conferido pelo direito romano.

³³ Como bem ensina Caio Mário, “Não é que o exercício do direito, feito com toda a regularidade, não seja razão de um mal a outrem. Às vezes é, e mesmo com frequência. Não será inócua a ação de cobrança de uma dívida, o protesto de um título cambial, o interdito possessório que desaloja da gleba um ocupante. Em todos esses casos, o exercício do direito, regular, normal, é gerador de um dano, mas nem por isso deixa de ser lícito o comportamento do titular, além de moralmente defensável. Não pode, portanto, caracterizar o abuso de direito no fato de seu exercício causar eventualmente um dano ou motivá-lo normalmente, porque o dano pode ser o resultado inevitável do exercício do direito, a tal ponto que este se esvaziaria de conteúdo se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Insituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria Geral de direito civil**. 20 ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 672-673

O abuso de direito como se conhece nos dias atuais, entretanto, foi criação da jurisprudência francesa, através de dois casos clássicos³⁴: o caso da “chaminé de Colmar” e o do “gradeamento de Compiègne”. Em ambos houve um exercício em desequilíbrio, onde se verificam situações de abuso.

O primeiro caso diz respeito a um proprietário que construiu uma chaminé falsa em seu prédio com o único objetivo de bloquear a janela do vizinho. O Tribunal de Apelação francês de Colmar condenou, em 1855, o proprietário, o qual teve que demolir a chaminé, conforme transcrição:

Se é de princípio que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa, o exercício desse direito, no entanto, como o de qualquer outro, deve ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo; os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma ação inspirada pela malquerença, cometida sob o domínio de uma má paixão e provocando um prejuízo grave a outrem.

O segundo caso foi julgado pelo Tribunal de Compiègne, em 1913. Pelo tribunal foi reconhecido o abuso de direito de um proprietário que ergueu em seu terreno estacas de 16 metros de altura, a fim de inviabilizar os pousos e decolagens de dirigíveis no terreno ao lado para que, assim, seu vizinho comprasse seu terreno a um preço elevado.

No direito nacional já havia menção ao abuso de direito no extinto Código Civil de 1916 que, em seu artigo 160, inciso I dispunha que não constituíam atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de direito, ou seja, a *contrario sensu*, entende-se que o exercício irregular acarretaria ato ilícito e, portanto, seria abusivo. Outros diplomas legais anteriores ao novo Código Civil também apresentavam proteção contra eventuais abusos de direito, como era o caso da revogada Lei de Falências³⁵, que previa, em seu artigo 20, o direito à indenização na hipótese de pedido abusivo de falência e do Código de Processo Civil, editado em 1973, que trata

³⁴ MENEZES, Antonio Cordeiro. **Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas**. Disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=45614> Acesso em: 10 abr. 2014.

³⁵ BRASIL, **Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**.

do abuso de direito no exercício do direito de ação, nos termos de seu artigo 17.

A mesma controvérsia encontrada no direito estrangeiro foi repetida no âmbito jurídico brasileiro no que concerne à natureza jurídica do abuso de direito, sendo entendida, por uns, como uma modalidade de ato ilícito, exigindo os mesmos pressupostos deste para sua caracterização, gerando apenas o dever de indenizar. Outros o entendiam como instituto autônomo, procurando não limitá-lo à simples reparação cível do dano, podendo, assim, aplicar o abuso de direito em diversos campos jurídicos.

Heloísa Carpena entende que o abuso de direito em nada se confunde com o ato ilícito e o principal elemento diferenciador é a natureza da violação a que se referem, já que, em suas palavras:

No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito age aparentemente no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo. Em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade.³⁶

De outro lado, situam-se os doutrinadores que coadunam com a ideia de ser o abuso de direito modalidade do ato ilícito, já que ambos têm como consequência a responsabilidade civil e, portanto, geram as mesmas sanções³⁷. Dentre eles Judith Martins-Costa e Pontes de Miranda, para quem “o abuso de direito é ato ilícito, porque exercício irregular”³⁸.

³⁶ CARPENA, Heloísa. **O abuso de direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 381.

³⁷ Idem, p. 381.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, FC. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoni, 1954. p. 311.

Ademais, também havia controvérsia em relação aos requisitos necessários para a caracterização do abuso de direito, existindo duas principais correntes: subjetiva e objetiva. Aquela pressupõe a existência do dano e a presença de dolo ou culpa do titular do direito subjetivo para que fosse configurado o abuso de direito. Alguns autores consideravam necessário, ainda, o ânimo do agente no sentido de causar prejuízo a outrem.

Já para os adeptos da corrente objetiva, também denominada finalística, bastava a irregularidade no exercício do direito subjetivo, ou o desvio de finalidade econômica ou social para que se configurasse o abuso de direito. Tal corrente afasta, então, a presença de dolo ou culpa e o ânimo do agente em prejudicar terceiros.

Embora a divergência acerca da natureza jurídica do abuso de direito ainda se faça presente na doutrina brasileira, desde o advento do Código Civil de 2002, fica claro que foi adotada a teoria objetiva do abuso de direito no que tange aos requisitos necessários à sua caracterização, excluindo, portanto, o elemento volitivo do agente, conforme entendimento de Caio Mario, a seguir exposto:

O artigo [187, do Código Civil] oferece os extremos da caracterização do abuso de direito, assentando que o exercício dele há de ser limitado. O parâmetro instituído no novo Código está em que o sujeito de um direito subjetivo não o pode exercer em afronta à finalidade econômica ou social dele, ou contrariando o princípio da boa-fé ou os bons costumes. Não importa, na caracterização do uso ilícito do direito a deliberação de malfazer – *animus nocendi*.³⁹

O artigo 187, além de suprimir tal controvérsia, foi editado como fórmula geral, permitindo ao aplicador do direito verificar, em concreto, se o titular do direito efetivamente excedeu seus limites e quais as consequências advindas de eventual excesso. Isto é, o legislador optou por adotar um modelo aberto, como já tratado anteriormente, ao invés de tentar tipificar os elementos

³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Insituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. 20 ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 675.

definidores da conduta que se pretende regular e as suas possíveis consequências.

Em suma, o abuso de direito se dá na medida em que viola o elemento valorativo da norma, acarretando uma contrariedade entre sua finalidade e o comportamento do sujeito. Nesse diapasão, insta reconhecer que a boa-fé atua, em matéria de abuso de direito, como limite ao exercício dos direitos subjetivos, buscando evitar o abuso de direito e, daí nasce a função corretiva do princípio da boa-fé objetiva.

Da função corretiva decorrem alguns institutos, muito utilizados pela jurisprudência nacional, os quais serão a seguir analisados.

3.2. Institutos decorrentes da função corretiva da boa-fé objetiva

Sob o enfoque da análise da função restritiva do princípio da boa-fé objetiva, surgiram alguns institutos, como manifestação dessa função. Pode-se citar, como principais, o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *supressio* e a *surrectio*, os quais serão a seguir analisados.

3.2.1. *Venire contra factum proprium*

A proibição do *venire contra factum proprium*, ou a teoria dos atos próprios, segundo Ruy Rosado:

Protege uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte.⁴⁰

Isto é, sempre que ocorrer o exercício de um comportamento jurídico contrário a um comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito subjetivo invocado, a teoria dos atos próprios estará configurada. Caracterizada tal situação, tem-se a consequente caracterização de um abuso de direito,

⁴⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução: de acordo com o novo Código civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 254.

devido à inobservância do princípio da boa-fé, nos termos do artigo 187 do Código Civil.

A intenção, ao se aplicar a teoria dos atos próprios, não é reprimir o comportamento contraditório, em si, mas sim o desrespeito à confiança, como bem explica Anderson Schreiber:

De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos. Mais que a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior.⁴¹

Na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 362, segundo o qual “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos artigos 187 e 422 do Código Civil”. No mesmo sentido está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que apesar de guardar tópico próprio, deve ser aqui exposta:

Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pelo primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior.⁴²

3.2.2. *Tu quoque*

A regra do *tu quoque* dita que ninguém pode invocar determinada norma jurídica se a houver descumprido. Sobre o tema, Ruy Rosado explica que “aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio descumprira (*tu quoque*)”.

⁴¹ SHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 96.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62.

É o caso, a título de exemplo, do menor de idade que descumpre determinada imposição legal e, posteriormente, invoca sua condição de relativamente incapaz para eximir-se da obrigação contraída. Nesse sentido o artigo 180, do Código Civil, que dispõe que:

Menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Nessa hipótese não há de se falar em nulidade do negócio jurídico, pois uma vez violada a norma protetiva, não se pode invocá-la para fugir da obrigação contraída com base nessa mesma norma.

3.2.3. *Supressio*

O instituto da *supressio* veda a invocação de um direito se este ficou muito tempo sem ser exercido. Para a caracterização da *supressio* deve-se observar se há omissão no exercício de um direito subjetivo ou potestativo de forma reiterada no tempo, se essa omissão causou, na contraparte, um legítima expectativa de que o direito não seria mais exercido, tendo por base o princípio da boa-fé objetiva e, por fim, deve-se analisar a desproporção entre o benefício auferido pelo titular omissor e o prejuízo da contraparte.

Vale, mais uma vez, recorrer aos ensinamentos de Ruy Rosado acerca do tema, para uma melhor compreensão:

Um direito não exercido durante determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo por contrariar a boa-fé. O contrato de prestação duradoura que tiver permanecido sem cumprimento durante longo tempo, por falta de iniciativa do credor, não pode ser motivo de nenhuma exigência, se o devedor teve motivo para pensar extinta a obrigação e programou sua vida nessa perspectiva. O comprador que deixa de retirar as mercadorias não pode obrigar o vendedor a guardá-las por tempo indeterminado. Enquanto a prescrição encobre a pretensão pela só fluência do tempo, a *supressio* exige, para ser reconhecida, a demonstração de que o comportamento da parte era inadmissível, segundo o princípio da boa-fé.⁴³

⁴³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução: de acordo com o novo Código civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 254-255.

3.2.4. *Surrectio*

O último instituto a ser analisado, a *surrectio*, pode ser entendido como o contraposto da *supressio*, na medida em que se configura sempre que houver um reiterado comportamento, em contradição ao que foi convencionado ou ao ordenamento jurídico, que gere um direito subjetivo à contraparte, baseado na confiança.

Para a configuração do instituto em tela, assim como em matéria de *supressio*, são exigidos alguns requisitos, como determinado lapso temporal, durante o qual uma das partes age juridicamente de forma semelhante ao direito potestativo que irá surgir, a conjunção objetiva de fatores que contribuam para a constituição do novo direito e, por fim, a ausência de previsão negativa que impeça a configuração da *surrectio*. Verificadas tais hipóteses, o exercício do novo direito subjetivo é amparado pela boa-fé objetiva.

Encontra-se, no artigo 330 do Código Civil⁴⁴, exemplo de *supressio* e *surrectio*, segundo o qual “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”, isto é:

Se o devedor efetuar, reiteradamente o pagamento da prestação em lugar diverso do estipulado no negócio jurídico, há presunção “*juris tantum*” de que o credor a ele renunciou, baseado no princípio da boa-fé objetiva e nessas formas de aquisição e perda de direito pelo decurso do tempo. Consequentemente, se o devedor efetuar o pagamento em local diverso do previsto no contrato, de forma reiterada, surge o direito subjetivo de assim continuar fazendo-o – “*surrectio*” – e o credor não poderá contrariá-lo, pois houve a perda do direito – “*supressio*” -, desde que, contudo, com observância do “*venire contra factum proprium no potest*”⁴⁵.

Carlos Roberto Gonçalves se utiliza de uma tabela para sintetizar os conceitos dos institutos acima expostos, a qual está abaixo reproduzida⁴⁶:

⁴⁴ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

“Art. 330: O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 298.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 3 : contratos e atos unilaterais**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62.

CONCEITOS CORRELATOS À BOA-FÉ OBJETIVA	
<i>Venire contra factum proprium</i>	Protege uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente.
<i>Supressio</i>	Um direito não exercido durante determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé.
<i>Surrectio</i>	É a outra face da <i>supressio</i> . Acarreta o nascimento de um direito em razão da continuada prática de certos atos.
<i>Tu quoque</i>	Proíbe que uma pessoa faça contra outra o que não faria contra si mesmo, consistindo em aplicação do mesmo princípio inspirador da <i>exceptio non adimpleti contractus</i> .

3.3. Aplicação jurisprudencial no Direito Civil

Após todo o exposto, cumpre entender de que forma a boa-fé é aplicada em concreto. A seguir alguns exemplos:

1) DIRETO CIVIL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/02. INTERPRETAÇÃO LITERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE BOA FÉ DO SEGURADO. PROVA DA PREMEDITAÇÃO. NECESSIDADE.

1. As regras relativas aos contratos de seguro devem ser interpretadas sempre com base nos princípios da boa-fé e da lealdade contratual. Essa premissa é extremamente importante para a hipótese de indenização securitária decorrente de suicídio, pois dela extrai-se que a presunção de boa fé deverá também prevalecer sobre a exegese literal do art. 798 do CC/02.

2. O biênio previsto no art. 798 do CC/02 tem como objetivo evitar infundáveis discussões judiciais a respeito da premeditação do suicídio do segurado, geralmente ocorrido anos após a celebração do contrato de seguro. À luz desse novo dispositivo legal, ultrapassado o prazo de 02 anos, presumir-se-á que o suicídio não foi premeditado, mas o contrário não ocorre: se o ato foi cometido antes desse período, haverá a necessidade de prova, pela seguradora, da premeditação.

3. É desrazoável admitir que, na edição do art. 798 do CC/02, o legislador, em detrimento do beneficiário de boa-fé, tenha deliberadamente suprimido o critério subjetivo para aferição da premeditação do suicídio. O período de 02 anos contido na norma não deve ser examinado isoladamente, mas em conformidade com as demais circunstâncias que envolveram sua elaboração, pois seu objetivo certamente não foi substituir a prova da premeditação do suicídio pelo mero transcurso de um lapso temporal.

4. O planejamento do ato suicida, para fins de fraude contra o seguro, nunca poderá ser presumido. Aplica-se à espécie o princípio segundo o qual a boa-fé é sempre pressuposta, enquanto a má-fé deve ser comprovada.

5. Há de se distinguir a premeditação que diz respeito ao ato do suicídio daquela que se refere ao ato de contratar o seguro com a finalidade única de favorecer o beneficiário que receberá o capital segurado. Somente a última hipótese permite a exclusão da cobertura contratada, pois configura a má-fé contratual.

6. Recurso especial provido.

(STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.118.091 – MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 26.04.2011)

A 3ª turma do STJ decidiu que uma empresa de seguros deve indenizar a mãe de um segurado que cometeu suicídio sete meses depois da assinatura do contrato. A turma considerou que não foi comprovada a intenção de fraude contra o seguro de vida, a fim de favorecer a beneficiária com pagamento de indenização.

A decisão definiu que a seguradora será isenta do pagamento apenas se comprovar que o suicídio cometido nos dois primeiros anos do contrato já estava premeditado. O prazo de carência para esse tipo de indenização foi instituído pelo novo Código Civil que, em seu artigo 798 prescreve que "o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato". Foi com base nesse dispositivo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu razão à seguradora, considerando que seria irrelevante qualquer discussão sobre premeditação quando o suicídio ocorre no prazo de carência.

Entretanto, de acordo com o entendimento da ministra Nancy Andrighi, relatora do processo, "o período de dois anos contido na norma não deve ser

examinado isoladamente, pois seu objetivo certamente não foi substituir a prova da premeditação do suicídio pelo mero transcurso de um lapso temporal". Segundo ela, mesmo com o novo dispositivo legal, continua aplicável a súmula 61 do STJ, elaborada ainda sob o antigo Código Civil, a qual estabelece que "o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado".

Ainda segundo a ministra, "a seguradora em momento algum faz prova ou sequer alega que o suicídio foi premeditado e limita-se a afirmar que a premeditação deveria ser presumida". Para ela, as regras relativas aos contratos de seguro devem ser interpretadas sempre com base nos princípios da boa-fé e da lealdade no contrato, pois

A interpretação literal do artigo 798 desconsidera importantes aspectos de ordem pública, entre eles a necessidade de proteção do beneficiário de contrato de seguro celebrado em conformidade aos princípios da boa-fé e lealdade contratual.

De acordo com a relatora, esses princípios determinam a presunção de boa-fé, que deve prevalecer sobre o entendimento literal do texto da lei. Tal entendimento se apoia na ideia de que a boa-fé é sempre pressuposta, enquanto a má-fé deve ser comprovada.

A ministra alertou para a necessidade de se distinguir entre a premeditação que diz respeito ao ato do suicídio e aquela que se refere ao ato de contratar o seguro com finalidade de fraude, para favorecer o beneficiário que vai receber a indenização, isto é, somente a última hipótese permite a exclusão da cobertura contratada, pois configura má-fé.

Percebe-se aqui, além da presença do princípio da boa-fé objetiva, a presença da boa-fé em seu aspecto subjetivo, contrapondo-se ao conceito de má-fé.

2) Direito civil e processual civil. Contratos. Recurso especial. Embargos do devedor. Execução de honorários advocatícios contratuais. Acordo em ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato com previsão de sub-rogação do ex-companheiro nas obrigações contratuais, inclusive de pagar honorários. Incidência sobre condenação a pagamento de "renda vitalícia". "Cláusula de sucesso". Limitação. Boa fé objetiva.

- Em se tratando de honorários advocatícios contratuais – e não sucumbenciais – deve valer entre as partes o tanto quanto pactuado, mesmo na hipótese de sub-rogação de obrigações, na qual o recorrente assumiu a obrigação de pagar os honorários contratuais estipulados entre terceira pessoa – sua ex-companheira – com o recorrido, que atuou como advogado em ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato.

- O contrato de honorários advocatícios que embasa a execução, tem em seu bojo uma “cláusula de sucesso”, isto é, abrange todos os ganhos da representada em Juízo, de modo que devem os honorários recair sobre a totalidade dos valores a ela destinados, tanto aqueles decorrentes da divisão dos bens do casal, quanto os referentes à “renda vitalícia” fixada, ressalvado, quanto esta, que, para o cálculo desta execução, os honorários não podem recair sobre as parcelas ainda não pagas, porque não há como fazer incidir a verba honorária sobre valor que sequer foi ainda recebido pela parte, o que faria com que o advogado obtivesse, de imediato, valores correspondentes a prestações que sua cliente apenas poderá receber ao longo da vida, pois o recebimento está condicionado ao fator de ela “continuar viva”; qualquer raciocínio diferente caracterizaria tentativa imediata de enriquecimento sem causa do recorrido.

- A boa fé objetiva, verdadeira regra de conduta, estabelecida no art. 422 do CC/02, reveste-se da função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar e o de cooperar, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das partes, e, por conseguinte, integra o contrato naquilo em que for omissa, em decorrência de um imperativo de eticidade, no sentido de evitar o uso de subterfúgios ou intenções diversas daquelas expressas no instrumento formalizado.

- A pretensão do advogado que postula honorários contratuais em valores superiores ao proveito econômico imediato auferido pela parte que representou em Juízo, encontra limitação no princípio da boa fé objetiva, mostrando-se patente o rompimento da atuação ponderada e preocupada com a outra parte, marcada pela postura respeitosa e povoada de lealdade que deve nortear os contratantes.

- A expectativa de vida da beneficiária da pensão vitalícia, não pode se converter em direito líquido e certo para fins de execução, porquanto não se pode aferir e, por consequência, tampouco adiantar, algo que é de acontecimento incerto, porquanto os aludidos 25 anos de sobrevivência não passam de mera probabilidade, baseada em estatísticas.

- A única forma viável, portanto, é que integrem, para o cálculo dos honorários contratuais a embasar a execução, a totalidade das parcelas já pagas e, por conseguinte, já percebidas por M. R. dos S. S., ficando ressalvado ao recorrido, que execute, nos termos do acordo e respectivo contrato de honorários, as

parcelas que forem sendo pagas, como entender de direito. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, 3ª Turma, REsp nº 830.526 – RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 03.09.2009)

Trata-se de caso execução de honorários advocatícios devidos pelos serviços em uma ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, em que ficou acordado que o ex-companheiro pagaria, à ex-companheira, a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de todos os direitos por ela pretendidos nos processos judiciais, além de constar no referido acordo, para fins de regularização do que já estava acontecendo, a obrigação de pagar a quantia de 10 (dez) salários mínimos mensais, à título de alimentos.

O ex-companheiro se obrigou ainda, por meio do mesmo acordo, a pagar os honorários sucumbenciais, fixados no valor de 10% sobre o valor da causa, bem como os celebrados pela ex-companheira com seu advogado, acordados em 20% sobre o valor da partilha dos bens.

Entretanto, o advogado da ex-companheira adicionou, ao cálculo da execução, honorários no valor de 20% sobre a renda mensal vitalícia, recebida a título de alimentos, levando em conta o tempo de sobrevivência de sua cliente, fixado por ele em 25 anos. Tal cálculo levaria o advogado a receber, somente em relação à renda vitalícia, quase o dobro do valor recebido por sua cliente pela partilha.

Em primeira instância o pedido foi parcialmente deferido, para excluir, da execução, os valores relativos à renda mensal vitalícia. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, deu provimento à apelação interposta pelo advogado, determinando o prosseguimento da execução de honorários.

A 3ª turma do STJ decidiu que a imputação de honorários não pode recair sobre a renda mensal vitalícia a ser recebida pela beneficiária ao longo de sua vida provável, pois o recebimento está relacionado ao fato de ela continuar viva, sendo o raciocínio contrário tentativa de enriquecimento sem causa.

De acordo com a ministra Nancy Andrighi, para que a relação entre advogado e cliente não seja fonte de prejuízo ou decepção para um deles, a boa-fé objetiva deve ser adotada como regra de conduta, pois tem a função de criar deveres laterais ou acessórios, que servem para integrar o contrato naquilo em que for omissivo. Isto é, "é possível utilizar o primado da boa-fé objetiva na aceção de limitar a pretensão dos contratantes quando prejudicial a uma das partes".

A boa-fé objetiva, no caso em comento, age claramente como limite ao exercício do abuso de direito e mostra, mais uma vez, seu caráter de norma geral de conduta vez que se fez prevalecer sobre uma cláusula contratual considerada, no caso, abusiva.

3) CIVIL. CONTRATOS. DÍVIDAS DE VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. OBRIGATORIEDADE. RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA. RENÚNCIA AO DIREITO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA RETROATIVA APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO. NÃO-CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS. *SUPRESSIO*.

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.

(STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.202.514 – RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 21.06.2011)

O caso diz respeito a uma ação de cobrança ajuizada por um escritório de advocacia em face das INDUSTRIAS MICHELLATO S.A., tendo por base um contrato de prestação de serviços jurídicos, firmado em 1998, o qual previa um reajuste anual da prestação mensal paga, que nunca ocorreu. Ademais, em 2004, o contrato foi rescindido unilateralmente pela empresa, sem quitação dos serviços prestados durante dois meses e do aviso prévio de 4 meses.

A sentença julgou procedente o pedido, condenando a recorrida ao pagamento da correção monetária sobre os honorários, das parcelas vencidas e não pagas anteriormente e do aviso prévio. Em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a decisão, afastando, apenas, o reajuste anual das parcelas pretendido, sob o argumento de que não seria razoável exigí-lo quando da rescisão, se a cláusula nunca fora invocada anteriormente.

Apesar do recurso especial não poder ser conhecido, por lhe faltar o elemento do prequestionamento, a ministra Nancy Andrighi, relatora do processo, por amor ao debate se pronunciou no sentido de que:

É inegável que a correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. (...) A despeito disso, nada impede o beneficiado de abrir mão da correção monetária, mantendo, sem reajuste a contraprestação mensal, como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua suspensão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular.

Segundo a ministra, a boa-fé objetiva dita um padrão de conduta a ser observado pelas partes contratantes, exigindo de todos um comportamento condizente com tal padrão:

O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A esta 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*.

Para deslinde da presente controvérsia interessa apenas a *supressio*, que indica a possibilidade de se considerar suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o não-exercício do direito correspondente, pelo credor, gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não-exercício de prorrogará no tempo.

Isto é, ao abrir mão do reajuste anual a recorrente despertou uma justa expectativa na recorrida de que o direito não mais seria pleiteado. Diante disso, o princípio da boa-fé objetiva, por meio de um de seus institutos, torna inviável a pretensão de exigir retroativamente os reajustes atrasados.

4 A FUNÇÃO CORRETIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA APLICADA ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

A defesa do consumidor é dever do estado, consagrada como direito fundamental, nos termos do art. 5º, XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil, e como princípio da ordem econômica, conforme art. 170, V, também da Constituição. Diante disso, fica clara a importância de identificar o papel do Código de Defesa do Consumidor no direito brasileiro, a fim de garantir sua efetiva aplicação, para, então, entender de que forma a boa-fé, através de sua função corretiva, atua como limite às relações regidas pelo diploma legal em comento.

4.1. O Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro

O Código Civil de 1916 não mais correspondia aos interesses da sociedade, baseada num modelo de consumo – conforme já mencionado no primeiro capítulo –, motivo pelo qual, como bem coloca Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira:

Fez-se imperiosa a elaboração de normas para garantir a tutela do consumidor, mormente neste novo século em que a sociedade é globalizada, dominada pelo comércio eletrônico e pela busca de mais segurança e transparência nas relações.⁴⁷

O surgimento do Código de Defesa do Consumidor significou um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, não só por suprir as lacunas existentes no Código de 1916, elaborado na visão individualista e patrimonialista, mas principalmente por positivar o princípio da boa-fé objetiva, da transparência e da equidade contratual, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor⁴⁸.

A *ratio* da legislação consumerista está justamente na tentativa de reequilibrar a relação de consumo, “seja reforçando a posição do consumidor,

⁴⁷ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Relações jurídicas de consumo: critérios interpretativos**. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Pensamento crítico do Direito Civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011. p. 307.

⁴⁸ Idem, p. 308.

seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado⁴⁹. Isto é, deve-se aplicar tal legislação de maneira a proteger a parte mais fraca da relação, sob pena de esvaziar o espírito da lei.

A incidência do Código de Defesa do Consumidor no direito brasileiro se dá, como o nome leva a crer, nas relações de consumo, independentemente da área do Direito onde ocorram. Atualmente não são muitas as exceções às relações de consumo, vez que essas se fazem presentes em diversos campos, como saúde, habitação, segurança, transportes, alimentação, medicamentos, e assim por diante.

Isso ocorre, porque o CDC tem cunho inter e multidisciplinar, na medida em que seus dispositivos apresentam conteúdo ligado a diversas áreas do direito (Civil, Empresarial, Administrativo, Penal, Processual Civil etc), compartilhando com elas sua submissão aos mandamentos constitucionais. Neste sentido ensina Sergio Cavalieri Filho:

As normas do Código do Consumidor tendem a se incrustar nas demais normas jurídicas, obrigando a que se leve em conta a proteção do consumidor em cada um dos ramos do Direito, porque o seu fundamento de validade é emanado de um princípio constitucional.⁵⁰

O campo de aplicação do CDC, portanto, é difuso e abrangente, permeando todas as áreas do Direito, motivo pelo qual o Código de Defesa do Consumidor pode ser entendido como uma lei principiológica, que se destina a efetivar, no plano infraconstitucional, os princípios constitucionais de proteção e defesa dos consumidores⁵¹.

As normas do Código de Defesa do Consumidor estão sistematizadas a partir dessa ideia de proteção do sujeito mais vulnerável, figurando como um “conjunto de princípios e regras destinados à proteção do consumidor⁵²”.

Para atender a essa pretensão protetiva o CDC se valeu de inúmeros instrumentos, como responsabilidade objetiva do fornecedor, o elenco não

⁴⁹ Idem, p. 307

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 16.

⁵¹ Idem, p. 16.

⁵² Idem, p. 8.

taxativo de cláusulas abusivas, a disciplina de ações coletivas, a previsão expressa de direitos indisponíveis do consumidor (dentre eles o direito à adequada informação sobre o produto e o direito à inversão do ônus da prova), dentre outros⁵³.

Todos os mecanismos citados têm o escopo de amenizar a vulnerabilidade do consumidor, reconhecida no inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, artigo este que será analisado a seguir.

4.1.1. O art. 4º, incisos I e III do CDC

O Código de Defesa do Consumidor foi pioneiro ao positivar, em seu artigo 4º, I o caráter vulnerável do consumidor na relação de consumo e, em seu inciso III a boa-fé objetiva, como princípio da política nacional de relações de consumo⁵⁴, motivo pelo qual cumpre analisar esses incisos do artigo em tela:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Fica claro, pela leitura do artigo, que o Código de Defesa do Consumidor tem o objetivo de implantar uma Política Nacional de Consumo. A intenção do legislador, portanto, foi implantar uma disciplina jurídica única e uniforme, por meio de normas de ordem pública e interesse social, destinada a tutelar os

⁵³ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 31.

⁵⁴ Idem, p. 31.

interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores⁵⁵, buscando sempre a harmonia das relações consumeristas.

A menção à expressão “respeito à dignidade” está diretamente relacionada ao processo de constitucionalização do direito civil, conforme explicado no primeiro capítulo, já que a Carta de 1988 almeja, através de seus diversos princípios fundamentais, promover a dignidade da pessoa humana.

O inciso I do artigo 4º, ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor na relação, ressalta o caráter protetivo do CDC, expressando a preocupação com a abrangência de alguns dos principais interesses sociais, tidos como indispensáveis. Tais interesses devem ser observados em todas as relações que incidirem as regras consumeristas.

Importante ressaltar que, ao reconhecer esse caráter vulnerável relativo ao consumidor, fica mais fácil compreender a intenção do Código de Defesa do Consumidor em buscar o equilíbrio contratual na relação de consumo. Neste sentido, vale recorrer, mais uma vez, ao ensinamento de Sergio Cavalieri Filho:

A vulnerabilidade, portanto, é o requisito essencial para a formulação de um conceito de consumidor; está na origem da elaboração de um Direito do Consumidor; é a espinha dorsal que sustenta toda a sua filosofia. Reconhecendo a desigualdade existente, busca estabelecer uma igualdade real entre as partes nas relações de consumo. As normas desse novo direito estão sistematizadas a partir dessa ideia básica de proteção de determinado sujeito: o consumidor, por ser ele vulnerável. Só se justifica a aplicação de uma lei protetiva em face de uma relação de desiguais. Entre partes iguais não se pode tratar privilegiadamente uma delas sob pena de violação do princípio da igualdade.⁵⁶

Relativamente ao inciso III, como já comentado, o Código de Defesa do Consumidor tem a finalidade de equilibrar a relação consumerista, buscando a harmonização dos interesses das partes, mas insta salientar que, aqui, mais uma vez, o legislador buscou deixar claro o caráter protetivo em favor o consumidor.

Destarte, o equilíbrio pretendido, por meio da harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor, é proporcional às condições das

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 24.

⁵⁶ Idem, p. 8.

partes na relação, com clara convergência a sempre proteger a parte mais fraca. Entretanto, não se pode implantar medidas exageradas, ou mesmo uma burocratização desproporcional, sob pena de impedir ou enfraquecer a necessidade do desenvolvimento econômico da cadeia produtiva, que é considerada fundamental para a manutenção das relações consumeristas de modo geral.

A harmonização advém de normas e princípios constitucionais, tais como isonomia, solidariedade, boa-fé e transparência, confirmando, mais uma vez, que a Constituição de 1988 passou a figurar como núcleo de todas as relações jurídicas.

Exatamente pelo fato de o desequilíbrio contratual entre as partes se fazer presente na seara do direito do consumidor, o artigo 4º e seus incisos tem como escopo nortear as relações regidas pelo diploma legal em comento, vedando ou restringindo determinadas práticas de mercado, a fim de proteger a parte mais vulnerável. Na esteira desse entendimento deve ser analisado de que forma a boa-fé atua como limite às relações consumeristas.

4.2. O caráter corretivo da boa-fé objetiva aplicado às relações regidas pelo CDC

A função corretiva da boa-fé objetiva se faz presente no artigo 51, IV, na medida em que decreta a nulidade das cláusulas contratuais entendidas como abusivas, analogamente ao artigo 187 do Código Civil.

Em sua função de limite, a boa-fé representa:

(...) o padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para a convivência social; um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo; uma espécie de cinto de segurança de toda a ordem jurídica; a bitola geral de comportamento no tráfego jurídico. A conduta adotada, correspondente, ou não, ao modo de se comportar das pessoas de bem, segundo o juízo crítico da sociedade. As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas.⁵⁷

Isto é, existe uma expectativa de comportamento leal e confiável por parte do outro, e, caso o titular de determinado direito subjetivo, ao exercê-lo, frustre tal expectativa, considera-se violado o princípio da boa-fé objetiva.

⁵⁷ Idem, p. 191.

Desta forma, necessário se faz reconhecer que a função corretiva da boa-fé objetiva funciona, na seara consumerista, como limite a todo e qualquer direito subjetivo, o qual não pode ser extrapolado sem incorrer em antijuricidade, reforçando, portanto, o caráter protetivo conferido ao consumidor, parte vulnerável da relação.

4.2.1. O art. 51, IV do CDC

O artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor funciona como norma geral proibitiva da utilização de cláusulas contratuais abusivas no âmbito do Direito do Consumidor.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

A cláusula prescrita pelo artigo em comento diz respeito a todas as obrigações estabelecidas em qualquer contrato de consumo, deixando clara a intenção do legislador de impor limites à relação contratual de consumo, como forma de proteger o consumidor de eventuais abusos por parte do fornecedor.

Neste sentido, Claudia Lima Marques:

(...) a norma do inciso IV do art. 51 do CDC, com a abrangência que possui e que completada pelo disposto no § 1º do mesmo art. 51, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificadamente nos outros incisos do art. 51.⁵⁸

Isto é, qualquer cláusula contratual que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, independentemente do motivo alegado ou do meio utilizado, será considerada abusiva, por desobedecer o princípio da boa-fé objetiva.

⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 932.

Para melhor compreender de que forma o princípio da boa-fé objetiva, através de sua função corretiva, atua como limite ao exercício irregular de direitos subjetivos necessário se faz analisar sua aplicação, em concreto.

4.3. Análise da aplicação jurisprudencial no Direito do Consumidor

1) RECURSO ESPECIAL - PRELIMINARES - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA - PRAZO DECADENCIAL - APLICAÇÃO DO ART. 27 DO CDC - MÉRITO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO NÃO CREDENCIADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E COM VALIDADE JUDICIAL CONTESTADA - VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAR - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 283 DA SÚMULA/STF - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - INADMISSIBILIDADE NESTA VIA RECURSAL (SÚMULA N. 7/STJ) - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - É competência da Justiça estadual o processo e julgamento de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada em face de universidade estadual;

II - A oportunidade de acesso e de manifestação, no decorrer da marcha processual, em relação aos documentos juntados ao processo pela parte ex adversa, descaracteriza qualquer ofensa ao art. 398 do CPC, ainda mais quando não comprovada a existência de prejuízo;

III - A intimação da recorrente acerca da audiência de instrução por meio de publicação na imprensa oficial, nos termos do art. 236 do CPC, afasta a alegação de nulidade;

IV - O prazo decadencial para o ajuizamento de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de inadimplemento absoluto da obrigação do fornecedor de produtos ou serviços é de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 27 do CDC;

V - O fundamento utilizado pelo acórdão recorrido no enfrentamento do mérito recursal não foi impugnado nas razões de recurso especial, o que atrai o óbice do Enunciado n. 283 da Súmula/STF; ademais, impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório (Enunciado n. 7 da Súmula/STJ);

VI - Recurso especial improvido.

(STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.076.496 – AL, Rel. Min. Massami Uyeda, Julgado em 02.06.2011)

A 3ª turma do STJ manteve decisão que condenou a Universidade Salgado de Oliveira ao pagamento de indenização por danos moral e material a duas estudantes que, depois de finalizarem um curso de pós-graduação online oferecida pelo estabelecimento, descobriram que a instituição não era credenciada pelo Ministério da Educação e Cultura – MEC. Foi alegado pelas autoras que o curso de pós-graduação à distância oferecido pelo estabelecimento além de não ser credenciado pelo MEC, tem sua validade judicialmente questionada.

O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas manteve a decisão da primeira instância que condenou o estabelecimento de ensino ao pagamento de danos materiais correspondentes ao dobro do valor investido no curso e danos morais fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), para cada um das estudantes.

No STJ, a Universidade alegou, no mérito do recurso especial, não ter descumprido o dever de informar, já que o curso de pós-graduação oferecido pelo estabelecimento, denominado "Projeto Novo Saber", foi considerado válido pelo Poder Executivo Federal (Conselho Federal de Educação), devendo a ação de indenização ser julgada improcedente.

Em seu voto, entretanto, o ministro Massami Uyeda, relator do processo, reafirmou o entendimento do Tribunal de Alagoas de que, independentemente da regularidade do curso oferecido, houve quebra da boa-fé objetiva consistente no descumprimento do dever de informar, já que a universidade foi omissa quanto ao risco.

Destarte, fica claro que a norma imposta pelo princípio da boa-fé objetiva não foi respeitada pela instituição, que deveria ter observado seus limites.

2) CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA LIMITATIVA DE FORNECIMENTO DE PRÓTESES. INAPLICABILIDADE. CIRURGIA CUJO SUCESSO DEPENDE DA INSTALAÇÃO DA PRÓTESE.

1. Malgrado válida, em princípio, a cláusula limitativa de fornecimento de próteses, prevendo o contrato de plano de saúde, no entanto, a cobertura de determinada intervenção cirúrgica, mostra-se inaplicável a limitação caso a colocação da prótese seja providência necessária ao sucesso do procedimento.

2. No caso, é indispensável a colocação de próteses de platina para o êxito da cirurgia decorrente de fratura de tíbia e maléolo.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, 4ª Turma, REsp nº 873.226 – ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em 08.02.2011)

A 4ª turma do STJ determinou que a Unimed Vitória Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. pagasse pelas próteses de platina colocadas por um segurado, mesmo havendo previsão contratual expressa de que o plano de saúde não cobria o fornecimento de próteses e órteses de qualquer natureza.

Os ministros consideraram legítima e válida a cláusula limitativa de fornecimento de prótese, pois a amplitude do serviço prestado pelo plano de saúde está condicionada à contraprestação financeira que o contratante se propõe a pagar. Porém, eles entenderam que as limitações contratuais impostas por uma contratação menos ampla não podem impedir o cumprimento de outros procedimentos contratados.

No caso em comento, o segurado sofreu um acidente e precisou de cirurgia para colocar prótese de platina na perna direita, devido a fraturas. A operação foi realizada por força de liminar, mediante caução prestada pelo paciente. O juízo de primeiro grau condenou a Unimed a pagar a prótese, mas o Tribunal de Justiça do Espírito Santo decidiu que o ônus era do segurado, em razão da cláusula limitativa prevista no contrato, assinado antes da vigência da lei 9.656/98, que dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde.

O STJ, entretanto, reformou a decisão do Tribunal de Justiça, condenando a Unimed ao pagamento da prótese. O relator do recurso, ministro Luis Felipe Salomão, se manifestou no sentido de que o fornecimento da prótese era essencial para o sucesso do procedimento, este coberto pelo plano.

Daí porque a jurisprudência do STJ é uníssona em repudiar a recusa de fornecimento de instrumental cirúrgico ou fisioterápico, quando este se encontrar proporcionalmente interligado à prestação contratada.

O relator ressaltou que essa recusa fere o Código de Defesa do Consumidor e a exigência do comportamento pautado pela boa-fé objetiva:

Por conferir ao hipossuficiente desvantagem desproporcional, ademais escamoteada em cláusula limitativa cujo alcance se torna bem maior do que inicialmente imaginado, apanhando inclusive os procedimentos cobertos pelo plano ou seguro.

Salomão destacou que o STJ já aplicava as regras do CDC nos contratos de plano de saúde antes mesmo da vigência da lei 9.656/98.

3) RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONTRATO DE SEGURO DE VIDA - RESILIÇÃO UNILATERAL - IMPOSIÇÃO PARA READAPTAÇÃO A NOVAS PROPOSTAS - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ - RECURSO IMPROVIDO.

I - Não se verifica a alegada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, porquanto a questão relativa à licitude da cláusula contratual que contempla a não renovação do contrato de seguro de vida foi apreciada de forma clara e coerente, naquilo que pareceu relevante à Turma Julgadora a quo;

II - A pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior sob as mesmas bases, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo;

III - Recurso especial improvido.

(STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.105.483 – MG, Rel. Min. Massami Uyeda, Julgado em 10.05.2011)

A 3ª turma do STJ decidiu que a Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A terá que manter contrato de seguro de vida firmado há mais de 30 anos com uma segurada. A empresa pretendia extinguir unilateralmente o contrato, propondo termos mais onerosos para a uma nova apólice. Entretanto, a renovação terá que respeitar as mesmas bases impostas inicialmente, dentro dos parâmetros estabelecidos, sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé.

A segurada ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de liminar. Na ação, alegou ter firmado contrato de seguro com a Sul América há mais de 30 anos, e que, desde então, vinha pagando regularmente o valor do seguro contratado, sendo o contrato renovado anualmente de forma automática e readequado em 1999, por imposição da seguradora, com emissão de nova apólice. Em julho de 2006, foi surpreendida com uma notificação enviada pela seguradora, informando que

o contrato de seguro estaria extinto a partir de setembro, por conta da impossibilidade de manutenção dos termos contratados, sendo facultado à ela a contratação de um novo seguro, com redução das coberturas anteriormente contratadas e aumento do valor dos prêmios a serem pagos.

Assim, a segurada pediu a manutenção dos termos anteriormente contratados e o reconhecimento da abusividade das cláusulas constantes do novo contrato de seguro proposto pela seguradora.

Em primeira instância, a Sul América foi condenada a manter o contrato inicial e respeitar, na renovação anual do contrato, as mesmas bases impostas na contratação do seguro. A Sul América apelou da sentença e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a cláusula que faculta à seguradora rescindir unilateralmente o contrato por meio de mera notificação é abusiva, ainda que igual direito seja conferido ao consumidor, pois estabelece vantagem excessiva à fornecedora, tendo em vista as peculiaridades do contrato de seguro.

Para o Tribunal mineiro, tratando-se de contrato de adesão, que tem como escopo principal a continuidade no tempo, não há como se admitir a rescisão com intuito de que o segurado contrate novo seguro, em condições mais onerosas.

A seguradora recorreu ao STJ, sustentando que o contrato de seguro de vida não é vitalício, podendo ter prazo de vigência determinado, o que não encontra óbice no Código de Defesa do Consumidor. Alegou que o contrato firmado possui cláusula expressa acerca da sua temporariedade, prevendo a possibilidade de rescisão unilateral por qualquer das partes, o que acontece no caso. Por fim, afirmou que a decisão viola o princípio da função social do contrato, ao defender o suposto dever de continuidade do contrato de seguro firmado entre as partes, o que não se pode admitir.

Em seu voto, o relator, ministro Massami Uyeda, concluiu que a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do contrato, não renovando o ajuste anterior nas mesmas bases, ofende os

princípio da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo.

5 CONCLUSÃO

A partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé passou a figurar como valores éticos que norteiam a sociedade organizada, realizando a função de sistematização da ordem jurídica. É a denominada boa-fé objetiva que, desatrelada das antigas concepções subjetivistas, que levavam em conta simplesmente as intenções íntimas ou psicológicas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões de lealdade, probidade, honestidade e ética que são exigíveis nas relações de consumo, devido à reconhecida vulnerabilidade do consumidor.

Fica nítida, ante o exposto, a importância do princípio da boa-fé objetiva em todas as áreas do direito brasileiro, confirmada não só pela doutrina, mas também pelos tribunais que, não raro, resolvem os litígios levados a juízo tomando por base a boa-fé, seja através de sua função integrativa, interpretativa ou corretiva.

Importante ressaltar, também, que os institutos decorrentes da boa-fé objetiva, *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supressio* e *surrectio*, colaboram com o seu caráter de padrão de conduta a ser seguida em qualquer fase contratual, já que vedam ou restringem determinados comportamentos. A boa-fé, aqui, atua como limite ao exercício dos direitos subjetivos, objetivando evitar o abuso de direito e proteger a figura do consumidor.

Na esteira deste entendimento percebe-se que a boa-fé constitui um modelo jurídico, na medida em que pode assumir variadas formas. Impossível seria enunciar taxativamente as hipóteses em que ela pode ser configurada, vez que se trata de uma norma cujo conteúdo irá variar de acordo com o caso concreto, a fim de adaptar-se às circunstâncias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo**. In: Revista do Consumidor, n. 14, pp. 20 a 27, Brasília, 1995.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução: de acordo com o novo Código civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

CAPIBERIBE, Denise de Araújo. **O princípio da boa-fé objetiva e sua evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo dos 10 anos de edição do novo Código Civil**. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdecodigocivil_117.pdf> Acesso em: 02 abr. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CARPENA, Heloísa. **O abuso de direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 3 : contratos e atos unilaterais**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

MENEZES, Antonio Cordeiro. **Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas**. Disponível em
<http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=45614> Acesso em: 10 abr. 2014.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Insituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. 20 ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Relações jurídicas de consumo: critérios interpretativos**. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Pensamento crítico do Direito Civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

PONTES DE MIRANDA, FC. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoni, 1954.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. Disponível em:
<www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm> Acesso em: 02 abr. 2014.

SHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. **Lições de Direito do Consumidor**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.