

# **BOA-FÉ, EQÜIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA: DIRETRIZES DO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO**

*Ana Claudia Marassi Spineli\**

**SUMÁRIO:** 1. Noções preliminares; 2. Eqüidade; 3. Segurança jurídica; 4. Princípios da boa-fé; 5. Conclusões; 6. Referências.

## **1. NOÇÕES PRELIMINARES**

Este trabalho pretende tratar de forma objetiva e concisa temas importantes da moral e valores éticos que têm sua aplicação, também, no campo jurídico.

Para promover uma seqüência didática, inicialmente, será tratada a eqüidade numa visão geral para uma exata noção do seu conceito.

A segurança jurídica tem breve tratamento diferenciando-a da certeza jurídica, geralmente confundidas. É uma abordagem direta para se ter idéia da sua concepção e aplicação nos casos reais.

O terceiro capítulo refere-se a boa-fé, princípio geral de suma importância. Será tratada a sua definição, fazendo um paralelo com o princípio da igualdade. A distinção de boa fé subjetiva e objetiva tem destaque para uma melhor compreensão do seu conceito e aplicação nas relações jurídicas.

Diante da evolução da sociedade e, conseqüentemente, dos seus relacionamentos, é feita uma abordagem geral da boa-fé objetiva adotada e positivada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A justiça, busca ideal de todos aplicador do direito, é vislumbrada em alguns momentos do trabalho. Questão de grande importância que deve

---

\* Aluna no Curso de Mestrado em Ciências jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Especialista em Direito Contratual, do Consumo e da Responsabilidade Civil do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá. Advogada militante na comarca de Maringá (PR)..

estar sempre presente em todos os atos humanos. Diante desse fato merece várias inserções nos temas aqui apresentados.

São temas abstratos que envolvem noções filosóficas. Por isso, não há pretensão de se esgotar a matéria. Mesmo porque, são assuntos centenários e ao mesmo tempo atuais e que, mais do que nunca, merecem atenção da sociedade para sua aplicação, principalmente, no mundo jurídico. As relações humanas, jurídicas ou não, devem atender a esses aspectos, para que o mundo se torne mais humano.

## 2. EQÜIDADE

### 2.1. Princípios gerais de direito

Os princípios gerais de direito são fonte do direito.

O art. 4º, Lei de Introdução do Código Civil dispõe que na omissão da lei, o juiz decidirá de acordo com analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Na aplicação ao caso concreto, observa-se, inicialmente, o dispositivo legal referente a matéria. Se esta não oferecer a solução após analogia e verificação das normas consuetudinárias, os princípios gerais serão o preceito orientador do caso, isto é, adquire força normativa.

A importância dos princípios está na fase de elaboração das leis e na aplicação do Direito, pelo preenchimento das lacunas da lei.

O positivismo sustenta a tese de que os princípios gerais de direito estão contidos no ordenamento jurídico e o juiz decide com base no direito vigente não resvalando no subjetivismo.

Os jusnaturalistas entendem que os princípios gerais compreendem os princípios eternos, imutáveis e universais, ou seja, os do Direito Natural.

Alguns autores, ainda, identificam esses princípios como legado do Direito Romano e outros os equiparam aos ditados pela equidade. Os Códigos Civis suíço e chileno consagram os princípios como “equidade filosófica<sup>1</sup>”.

Clóvis Beviláqua ao comentar a lei civil brasileira, identificou os princípios gerais de direito como caráter universal, ditados pela ciências filosófica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Os Códigos Civis francês, alemão e japonês silenciam quanto aos princípios gerais de direito. Para o austríaco é princípio geral do Direito Natural; Princípios gerais de Direito é utilizado pelo brasileiro, argentino, mexicano e espanhol e, ainda, o italiano refere-se a princípios do ordenamento jurídico do Estado.

<sup>2</sup> Beviláqua, C. *Código Civil*, Oficinas Gráficas da Livraria Francisco Alves, v. 1. p. 88, *apud* Nader, P. *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 237.

Paulo Nader ressalta que o Direito exige que entre os princípios gerais e as normas do Direito haja harmonia e coerência. Aquele não pode contrariar a lei<sup>3</sup>.

## 2.2. Noção de equidade

A equidade diz respeito ao sentimento do justo no caso concreto. É nesse sentido que alguns autores identificam os princípios gerais com a equidade. Portanto, é o princípio que se aproxima da justiça.

Uma norma jurídica justa pode ao ser aplicada no caso concreto, tornar a solução injusta. O juiz, nesses casos, pode e deve suavizar o rigor da norma, adaptando-a as peculiaridades e circunstâncias particulares do caso concreto. Surge, então, a equidade, que é o “critério particular da justiça de cada caso”<sup>4</sup>.

A equidade como justiça do caso concreto surgiu com Aristóteles.

O conceito de equidade não pertence a ciência do direito, mas resulta da filosofia.

Na sua obra *Ética a Nicômaco*, Aristóteles conceituou a equidade como “uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade”<sup>5</sup>. Isto significa que ao surgir um caso que a lei universal não abrange é justo corrigir essa omissão. A correção é a equidade. Portanto, a equidade é forma de justiça.

Aristóteles comparou a equidade com a “régua de Lesbos”, que era uma régua de chumbo usada pelos operários para medir blocos de granito. Por ser flexível se ajustava às irregularidades da superfície<sup>6</sup>. Explica que a equidade é específica e concreta, como a “régua de Lesbos” que se ajusta as diferentes superfícies, enquanto que a justiça é genérica e abstrata<sup>7</sup>.

### 2.2.1 Justiça

O Prof. Miguel Reale ensina que as normas jurídicas estão fundadas na pluralidade de valores: liberdade, igualdade, ordem e segurança. A justiça é a condição primeira de todos eles. Ela vale para que todos os valores valham<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Nader, P. *op. cit.*, p. 235.

<sup>4</sup> Moncada, L. C. de. *Lições de Direito Civil – parte geral*, 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, p. 40.

<sup>5</sup> Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, livro V – Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 325, *apud* Nader, p. *op. cit.* p. 133.

<sup>6</sup> Nader, P. *op. cit.*, p. 371.

<sup>7</sup> Reale, M. *Lições preliminares de Direito*, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 123.

<sup>8</sup> Reale, M. *op. cit.*, p. 371.

A idéia de justiça faz parte da essência do direito, pois a harmonia e a paz social só se concretizam numa sociedade justa.

Há justiça *subjetiva* e *objetiva*. A *subjetiva* consiste na virtude do indivíduo. É a vontade de dar a cada um o que é seu. A justiça na concepção *objetiva* é a realização de dar ordem social justa.

O ideal é que as concepções subjetiva e objetiva se complementem.

Aristóteles classificou a justiça em *distributiva* e *corretiva*. A *distributiva* baseia-se no princípio da proporcionalidade, ou seja, a proporção geométrica. É a repartição de acordo com o mérito de cada indivíduo. O Estado é o agente que deve promover o bem comum a todos que compõem a sociedade<sup>9</sup>. *Corretiva* ou *comutativa* funda-se no princípio da igualdade, aplicado nas relações recíprocas, ou seja, entre apenas duas pessoas. É o que o particular deve dar a outro, tendo como parâmetro a igualdade aritmética. São as relações de troca entre os particulares. Exemplo: os contratos de compra e venda, em que o comprador paga o preço equivalente ao objeto recebido.

Hobbes criticou as duas concepções de justiça. A justiça comutativa não consiste numa proporção aritmética, na qual se exige igualdade de valor dos objetivos de contrato, afirmando que “o valor de todas as coisas contratadas é medido pelo apetite dos contratantes, portanto o valor justo é aquele que eles acham conveniente oferecer”<sup>10</sup>. Sobre a distributiva dizia que não é uma proporção geométrica que reparte benefícios iguais a pessoa de mérito igual. Entendia que “o mérito não é devido por justiça, é recompensado apenas pela graça... A justiça distributiva é a justiça de um árbitro, isto é, o ato de definir o que é justo”<sup>11</sup>.

A esta divisão, Santo Tomás acrescentou a justiça geral<sup>12</sup>. É a contribuição dos membros da comunidade dentro de suas possibilidades para o bem comum. Quando, por exemplo, pagam impostos e prestam o serviço militar, ocorre esta colaboração. Também é chamada de legal, pois geralmente, vem expressa em lei.

Modernamente, há a necessidade da justiça social, cuja finalidade é a proteção dos mais pobres e dos desamparados, através de uma repartição mais equilibrada.

---

<sup>9</sup> A justiça penal inclui-se nesta espécie, pois o Estado participa da relação jurídica e impõe penalidades aos autores de delitos.

<sup>10</sup> Hobbes, *Os Pensadores*, vol. XIV, São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 93-94, *apud* Nader, P. *op. cit.*, p. 131.

<sup>11</sup> *Idem*, *ibidem apud idem*, *ibidem*.

<sup>12</sup> Nader, P. *op. cit.*, p. 130.

### 2.2.2 Justiça, eqüidade e Direito Natural

Justiça, eqüidade e direito natural têm relação estreita, sendo os seus conceitos por alguns autores confundidos.

Diante de alguns casos é necessário que a “justiça se ajuste à vida”<sup>13</sup>. Esse ajuste é a eqüidade que foi inserida pelos romanos no conceito de Direito. Para os gregos é a *epieikéia*, que significa a eqüidade acima da justiça e corresponde a uma virtude<sup>14</sup>.

Miguel Reale ensina que a eqüidade “é o momento dinâmico da concreção da justiça em suas múltiplas formas”<sup>15</sup>. É, portanto, a justiça amoldada ao caso real. Muitas vezes a aplicação estrita do Direito conduz a injustiça.

Cícero citou o adágio *summum jus, summa injuria*; supremo direito, suprema injustiça<sup>16</sup>.

A lei não é casuística, não prevendo todos os casos possíveis. Diante disso, o magistrado ao aplicar a lei deve adapta-la ao caso concreto. A aplicação rígida e automática da lei poderia fazer do Direito um instrumento de injustiça.

A eqüidade pressupõe o ordenamento jurídico. Ela refere-se a norma aplicada ao caso concreto, enquanto que o ordenamento jurídico trata de situações hipotéticas.

Arthur Faveret Cavalcanti distingue 3 tipos de normas: as normas de justiça, que são as que o legislador deve observar na formulação do ordenamento jurídico; as normas que constituem o próprio ordenamento; e as normas de eqüidade que regem a aplicação do ordenamento<sup>17</sup>.

Eduardo Couture, no seu mandamento dos Advogados diz: “teu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela Justiça”<sup>18</sup>.

Com essa afirmação percebe-se o conflito que pode haver entre Direito e Justiça, como se o Direito não devesse respeitar a justiça.

A idéia de justiça faz parte da essência do direito. As leis para serem justas têm como fonte o Direito Natural, ou seja, os princípios *da ordem natural das coisas*.

<sup>13</sup> Reale, M. *op. cit.*, p. 125.

<sup>14</sup> Paes, P.R.T. *Introdução ao Estudo do Direito*, 2. ed. Ver. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>15</sup> Reale, M. *op. cit.*, p. 125.

<sup>16</sup> Nunes, L.A. *Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 232.

<sup>17</sup> Cavalcanti, A.J.F. *A estrutura lógica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 278.

<sup>18</sup> Nunes, L.A. *op cit.* P. 229.

Paulo Nader conclui que o “Direito depende da justiça para cumprir o seu papel, a justiça necessita também de se corporificar nas leis, para se tornar prática”<sup>19</sup>.

Portanto, o Direito natural tem sua procedência na natureza que rege todas as coisas. São preceitos de convivência criados pela própria Natureza e que precedem a lei escrita ou direito positivo. É uma concepção geral do direito que se impõe pela força dos princípios supremos, universais e necessários inerentes à natureza humana.

John Locke, pensador da escola do direito natural, diz que “todos os homens possuem, *por natureza*, os direitos inerentes à liberdade, à igualdade e à propriedade, competindo ao Estado tão-somente tutelar tais prerrogativas *naturais*”<sup>20</sup>.

Os romanos ligavam o conceito da equidade ao direito natural. Modernamente, a equidade não é mais considerada como direito, mas como atributo do direito, seja quando aplicado pelo legislador na formulação da norma como pelo juiz ao caso real<sup>21</sup>.

Finalmente, entende-se que a equidade apesar de ter caráter moral e uma “alma de justiça”, distingue-se de tudo isso por ter um conceito mais simples. A equidade passa de critério de aplicação e correção do direito pelos juizes. Na decisão, o juiz deve lançar mão do sentido social, de justiça e equidade. Mas, mesmo seguindo o critério da equidade deve fundamentar sua decisão, o mais objetivo possível. Com isto, faz-se uso do significado positivo e do alcance prático dos conceitos de direito natural, de justiça e equidade.

### 2.2.3 Equidade e igualdade

Um dos critérios formais para noção de justiça é a igualdade. Paulo Nader<sup>22</sup>, classifica em critérios formais (igualdade e proporcionalidade) e critérios materiais (mérito, capacidade e necessidade).

A justiça exige tratamento igual para situações iguais.

O Direito consagrou o princípio da isonomia, todos são iguais perante a lei. O art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal estabelecem o tratamento isonômico às partes do processo.

Destaca-se que a equidade é a justiça do caso concreto. Essa noção de equidade, segundo a idéia aristotélica, traz uma melhor compreensão do

---

<sup>19</sup> Nader, P. *op. cit.*, p. 126.

<sup>20</sup> Acquaviva, M.C. *Notas introdutórias ao estudo do direito*, 2. ed. São paulo: Ícone, 1990, p. 47.

<sup>21</sup> Ráo, V. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. Anot. Atual., vol. 1 – Noções gerais. Direito positivo. Direito objetivo. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997, p. 84.

<sup>22</sup> Nader, P. *op. cit.*, p. 127.

conceito de igualdade. A justiça é uma expressão ética do princípio de igualdade<sup>23</sup>. Portanto, a equidade é a aplicação da igualdade no caso real para se obter a justiça.

Observa-se que a equidade não é o princípio da isonomia, pois este é princípio constitucional, mas aquela funda-se na idéia de igualdade.

Vicente Ráo destaca três regras para que o Direito incorpore a equidade<sup>24</sup>:

- a) tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais;
- b) todos os elementos que constituem a relação *bus judice* devem ser devidamente consideradas;
- c) deve dar preferência a decisão mais suave e humana, pois assim estará atendido o sentido de piedade e de benevolência da justiça.

Essas regras são resumidas no princípio da igualdade quanto as relações jurídicas concretas, devendo ser aplicado de forma humana e benigna.

Portanto, a equidade exige a aplicação do princípio da igualdade, tanto na sua utilização pelo legislador como pelo juiz, isto é, na elaboração das normas jurídicas e na aplicação nas decisões dos casos reais. Dessa forma, todos os casos iguais devem ser tratados igualmente, com humanidade e benignidade, corrigindo-se a rigidez das normas universais e gerais de acordo com as especificidades dos casos concretos, ou os erros e omissões da lei.

### 2.3 Função da equidade

A equidade é utilizada na aplicação judicial da lei aos casos concretos e na elaboração da norma jurídica pelo legislador.

A equidade ajuda, supre e corrige a aplicação das normas abstratas de acordo com as circunstâncias de cada caso. Quando há a lacuna o juiz deve verificar se na própria lei existem semelhanças entre fatos diferentes. Não encontrando casos análogos, recorre ao costume e ao princípio geral de direito. Só nesse momento é que pode fazer uso da equidade<sup>25</sup>. Porém, é óbvio que há limitações a sua aplicação, caso contrário, a decisão seria arbitrária. Pode-se dizer que quando a norma positiva for aplicada e gerar injustiça, pode o juiz decidir de acordo com a equidade. Moncada esclarece que "só muito prudentemente os nossos juizes podem recorrer à equidade"<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Reale, M. *op. cit.*, p. 123.

<sup>24</sup> Ráo, V. *op. cit.*, p. 84-85.

<sup>25</sup> Diniz, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 9ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 463.

<sup>26</sup> Moncada, L. C. de. *op. cit.*, p. 40.

No direito brasileiro, o juiz recorre a equidade quando a própria lei autoriza, é o que dispõe o art. 127, do CPC. A CLT prevê a equidade no art. 8º.

Outros exemplos de autorização legal:

- a) O art. 25 da Lei nº 9.099, de 26.9.95 (Juizados Especiais);
- b) O art. 108, do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.66);
- c) Art. 1.109, do CPC, que permite que o juiz adote a solução que reputar mais conveniente ou oportuna na jurisdição voluntária, como por exemplo, na separação consensual dos cônjuges;
- d) O art. 1.040, N, do CC que prevê autorização para os árbitros decidirem por equidade em juízo arbitral;
- e) O art. 38, § único, da Lei 6.649, de 16.5.79.

Moncada acrescenta para a aplicação da equidade, os casos em que faltar lei expressa quando não for possível resolvê-los nem pelo espírito da lei e nem pela analogia. Sustenta que o próprio Código Civil determina como critério geral e permanente o recurso dos princípios do direito natural conforme as circunstância do caso<sup>27</sup>.

O processualista Celso Agrícola Barbi ensina que o art. 127 do CPC não exclui a aplicação da equidade nos casos que não têm autorização legal, pois ainda continua *jus est ars aequi et boni*. Portanto, não depende de autorização expressa do legislador quando for aplicar a equidade como meio de interpretação da norma legal. A autorização somente é necessária para os casos em que o juiz aplicar equidade em vez do texto legal<sup>28</sup>.

Na elaboração das leis, a equidade também influi:

- a) quando uma norma abre exceção a outra de caráter geral, a equidade será o fundamento daquela norma. Por exemplo: casamento putativo, procurador aparente, reconhecimento dos filhos havidos após desquite, validade do pagamento das obrigações naturais, cláusula *rebus sic stantibus*.

#### 2.4 A equity inglesa

O Direito inglês se apresenta como um direito jurisprudencial, um direito casuístico ou *case law*, em que predomina a regra do precedente, temperada pela aplicação do princípio da equidade (*equity*).

A história do direito inglês se divide em 4 períodos. É no terceiro que há a manifestação das regras da equidade ao lado da *common law*

<sup>27</sup> Moncada, L. C. de. *op cit*, p. 41.

<sup>28</sup> *Equidade*. Direito virtual [on line]. Disponível: <http://www.direitovirtual.com/dic/equidade.htm>. Capturado em 02.02.2002.

(direito comum).

Nos países europeus era comum a figura do Chanceler que era responsável pelo expediente escrito do rei. Ele é quem expedia o *writ*<sup>29</sup> quedaria início ao processo.

Começaram a surgir pedidos reclamando da ausência de *writs*<sup>30</sup> adequados à defesa de certas pretensões na *common law*. Por analogia, concediam-se *writs* para situações novas. Por exemplo, inexistia um *writ* determinado para os contratos, porém, com um *writ of detinue* (beneficiava possuidor de boa-fé) poderia proteger quem detivesse uma propriedade sem justo título e o *writ of trespass* (proteção de dano causado por ato ilícito) dava para proteger um contratante prejudicado por inadimplência<sup>31</sup>. Observa-se que não havia como fazer cumprir o contrato, pois inadimplido, bastava perdas e danos.

Outra situação era quando a decisão dos Tribunais Reais era injusta diante dos precedentes conhecidos. Portanto, as reclamações dirigidas ao Chanceler eram referentes a ausência de adequação entre a decisão que adviria da *common law* e o caso concreto, ou seja, a inobservância da equidade.

O Chanceler (*Courts of Chancery*) passou a decidir sobre essas petições, tornando-se cada vez mais uma jurisdição independente da exercida nas Cortes da *common law*, conhecida como *equity*. A *equity* era um processo escrito, secreto e inquisitório, preferível ao processo oral e público da *common law*. Formou-se, então, um "corpo de normas"<sup>32</sup>. Portanto, a *equity* era diferente do *common law*, pois aquela apoiava-se nas normas do Direito Canônico<sup>33</sup>, consideradas bem mais evoluídas que a aplicação dos precedentes.

O juiz da *common law* aplica os princípios embasados nos precedentes e o Chanceler examina os méritos intrínsecos dos casos, resolvendo-os conforme a equidade. Era a maior satisfação do sentido de Justiça.

No caso dos contratos, os enfoques da equidade e da *common law* são diferentes. Para a *common law* os únicos acordos de vontade obrigatórios eram os expressos em documentos selados, que deveriam ser interpretados

---

<sup>29</sup> Pedido de concessão para que a jurisdição real pudesse ser posta em funcionamento a seu favor, mediante o pagamento de taxas à chancelaria, sendo que somente seria concedido com perfeito conhecimento de causa.

<sup>30</sup> Em 1227 eram 56 *writs*, sendo elevado em 1832 para somente 72.

<sup>31</sup> Soares, G. F. S. *Common law - Introdução ao direito dos EUA*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

<sup>32</sup> *Idem, ibidem*, p. 34.

<sup>33</sup> O cargo do Chanceler era ocupado por um eclesiástico alterado pela Reforma Anglicana de Henrique VIII.

ao pé da letra. Em caso de descumprimento, caberia uma indenização. Para o Chanceler o importante era a intenção, negando validade a contratos obtidos mediante fraude ou demasiadamente onerosos para uma das partes. Portanto, reconhecia a obrigatoriedade dos contratos verbais. Além disso, obrigava a parte inadimplente ao cumprimento específico da obrigação e não apenas, a indenização. Sintetizando, a diferença entre os dois estava em que a *common law* agia sobre o patrimônio, enquanto que a *equity* agia sobre as pessoas<sup>34</sup>.

O Chanceler proferiu decisões proibindo que a parte vitoriosa na *common law* executasse o julgado. O conflito entre as duas jurisdições explodiu. Em 1616, por desrespeito à justiça, uma parte vencida na *common law* obteve do Chanceler uma ordem obstando a execução do julgado. O rei Jaime I tomando o partido da *equity* reconheceu a legitimidade das intervenções do Chanceler nos julgados da *common law*.

Aos poucos a *equity* incorpora normas jurídicas e os Tribunais da *common law* ficam em equilíbrio de forças com a jurisdição do Chanceler. Os dois sistemas passam a seguir a regra do *stare decisis* (coisa julgada). Foi em 1875 que um ato do Parlamento reformou o sistema judiciário inglês, estabelecendo que qualquer juiz poderia aplicar tanto a *equity* como a *common law*. Observa-se que ao lado das regras da *common law*, que são obras dos Tribunais Reais de Westminster (*Courts of Westminster*), também designados de Tribunais da *common law*, eles apresentam soluções de *equity*, que vieram aperfeiçoar e completar as regras da *common law*.

Hoje, a *equity* é um conjunto de normas resultantes de precedentes judiciais similar a *common law*. O elemento discricionário que estava na sua origem e que possibilitava a adaptação do princípio geral ao caso concreto continua presente. Subsiste, também, a característica de só poder ser obtida por quem não cometeu nenhum erro e nenhuma incúria.

A equidade constitui uma necessidade social, tanto quanto o próprio direito.

A *equity* exerceu na Inglaterra função de completar e corrigir o direito comum.

### 3. SEGURANÇA JURÍDICA

#### 2.4 A *equity* inglesa

Segurança na teoria jurídica significa garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Cavalcanti. A. J. F. *op cit.*. p. 280.

<sup>35</sup> Silva. J. A. da. Democracia. segurança e garantismo. *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília. n.7. p. 163-174.2000.

De Plácido e Silva assim define<sup>36</sup>:

*Segurança é derivado de segurar, exprime gramaticalmente, a ação e feito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa .... Segurança, qualquer que seja a sua aplicação, insere o sentido de tornar a coisa livre de perigos, livre de incertezas, assegurada de danos ou prejuízos, afastada de todo mal. Neste particular, portanto, traduz a mesma idéia de seguridade, que é o estado, a qualidade, ou a condição, de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado dos danos ou prejuízos eventuais.*

O Direito surgiu como meio de defesa da vida e patrimônio do homem, objetivando a pacificação. Hoje, sua proteção é bem mais ampla.

A justiça é o valor supremo do Direito e maior virtude do homem. A justiça pressupõe o valor de segurança, mas, apesar de hierarquicamente superior, a justiça depende da segurança para produzir os seus efeitos na vida social. Paulo Nader destaca a afirmação de Wilhelm Sauer, "a segurança jurídica é a finalidade próxima; a finalidade distante é a justiça"<sup>37</sup>.

A verdade é que segurança e justiça são valores que se completam, pois não existe justiça sem segurança.

Fala-se, então, em direito à segurança, que é a garantia da liberdade e dos demais direitos naturais.

A Constituição Federal no seu preâmbulo assim instituiu:

*... um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias.*

O art. 5º, da CF reconhece como invioláveis e garante a todos os cidadãos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, que são, fundamentalmente, direitos naturais inerentes à existência da pessoa humana em sociedade.

A liberdade, igualdade e segurança são reiteradas como fundamentos principais da Carta Magna.

A Constituição menciona expressamente, a segurança: como objeto do Estado democrático, no preâmbulo; segurança jurídica (art. 5º, *caput*); segurança social (arts. 6º e 194); segurança do território nacional (art. 91, § 1º, III) e segurança pública (art. 144). Implicitamente trata outras vezes, da segurança no emprego (art. 7º, I).

<sup>36</sup> Silva, De P. e. *Vocabulário jurídico*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980, p. 1415.

<sup>37</sup> Nader, P. *op cil*, p. 139.

Portanto, segurança jurídica, segurança social e segurança pública são direitos constitucionais, que funcionam mais como conjunto de garantias do que como formas de direito autônomo. Esse garantismo é mais acentuado na segurança jurídica, que se apresenta "como meio de assegurar o exercício de algum direito individual em face do poder público"<sup>38</sup>.

### 3.1.1 Segurança jurídica e certeza do direito

Certeza deriva do latim *cernere*, que significa ver claro, discernir. É uma concordância da mente com a verdade<sup>39</sup>.

Algumas doutrinas mesclam o significado das expressões segurança e certeza, ou seja, quando falam em segurança querem dizer certeza ou vice-versa.

Mas, os conceitos de segurança jurídica e certeza jurídica não se confundem.

A segurança jurídica é fato, portanto, de caráter objetivo, manifestando-se concretamente através de um direito definido. A certeza jurídica é o valor, ou seja, aquilo em que se pode confiar porque tem validade. Expressa o estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas<sup>40</sup>. "A Segurança é objetiva, visível, publicada, está nas leis ... Certeza é confiança em algo que a Segurança projeta em cada um de nós: a Segurança externa nos dá Certeza interna"<sup>41</sup>. Exemplificando, a estrada legalmente sinalizada representa a segurança jurídica. É fato concreto. O condutor do veículo, seguindo todas as normas de trânsito, percorre a estrada com a certeza de agir direito, sem perigo de errar. Essa é a confiança do indivíduo nas leis, que lhe permite agir corretamente.

Nota-se, então, que a segurança vem das leis e a certeza do sujeito é adquirida quando conhece essas leis e compreende o seu valor. SOUZA conclui que "a Segurança objetiva das leis dá ao cidadão a Certeza subjetiva das ações justas, segundo o Direito"<sup>42</sup>. E, ainda, prossegue dizendo que segurança e certeza se complementam, visto que a Certeza do cidadão não pode contrariar a Segurança da ordem jurídica e vice-versa.

Elías Díaz não concorda que a segurança se identifica apenas com a noção da existência de uma ordem jurídica, que é conhecimento do que está

---

<sup>38</sup> Silva, J. A. da, *op cit.*, p. 171.

<sup>39</sup> Souza, C. A. M. de. *Segurança jurídica e jurisprudência - um enfoque filosófico-jurídico*, São Paulo: L TR Editora, 1996, p. 43.

<sup>40</sup> Nader, P. *op cit.*, p. 140.

<sup>41</sup> Souza, C. A. M. de. *op cit.*, p. 27.

<sup>42</sup> Souza, C. A. M. de. *op cit.*, p. 27.

proibido e permitido. Entende que a segurança não é só fato, mas, também, um valor<sup>43</sup>.

### 3.1.2 Certeza e conhecimento jurídico

A certeza é um conhecimento objetivo, mas apresenta gradações e espécies. O livre convencimento do juiz, isto é, a convicção é um conhecimento e uma certeza. O juiz conhece os fatos, as provas, interroga as partes, as testemunhas, ouve peritos e este conjunto de informações é que sustenta sua convicção. Sem a certeza, a sentença não trará segurança.

Como se vê, apesar de ser tema teórico, está diretamente ligado a realidade com o convencimento do juiz ao decidir.

É importante e necessário que o juiz fundamente sua convicção, pois, caso contrário, esta decisão poderá ser nula. Nota-se, então, que o juiz trabalha com a existência da certeza, mas busca o seu principal motivo. Este motivo é a evidência objetiva, que é "aquilo que se vê fora de nós, na realidade concreta"<sup>44</sup>. Pode-se dizer que a evidência objetiva é o próprio conhecer; é o motivo essencial da certeza. No crime, por exemplo, a incerteza é causa de absolvição, pois não há evidência objetiva.

Souza conclui a questão: "a evidência objetiva é o motivo último da certeza; a verdade, evidentemente conhecida, faz que julguemos as coisas com certeza; o erro não o pode fazer, pois é uma certeza falsa, muitas vezes subjetivista, que não tranqüiliza a mente"<sup>45</sup>.

### 3.2 Necessidade de segurança

O homem não é auto-suficiente, necessita tanto da natureza como do meio social. É a necessidade de sobrevivência que conduz sua vida biológica e seu desenvolvimento moral. Com a dependência, surge a inquietude e a insegurança.

Algumas correntes de pensadores entendem que a busca da segurança é ideologia burguesa, pois o que se pretende é a comodidade e a fuga à luta. O fascismo, por exemplo, adotou o lema *vivere pericolosamente*.

Os juristas alemães do nacional-socialismo, Legaz y Lacambra não admitiram a idéia de segurança como valor jurídico fundamental<sup>46</sup>.

No plano jurídico, a segurança é a primeira necessidade, porque corresponde a ordem. Goethe diz: "prefiro a injustiça à desordem"<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Díaz, E., p. 47 *apud* Nader, P. *op cit.*, p. 140.

<sup>44</sup> Souza, C. A. M. de. *op cit.*, p. 42.

<sup>45</sup> *Idem, ibidem*, p. 45.

<sup>46</sup> Nader, P. *opcit.*, p. 141.

<sup>47</sup> Nader, P. *opcit.*, p. 141.

O Código Napoleão (Código Civil francês) acrescentou o valor da segurança a conduta dos juristas, limitando-os à interpretação do texto legislativo. Assim, o positivismo jurídico exalta o valor da segurança, enquanto o jusnaturalismo está mais comprometido com os ideais de justiça e dos direitos humanos.

Recaséns Siches entende que a segurança jurídica absoluta é inatingível, pois as mudanças jurídicas criam naturalmente a insegurança<sup>48</sup>.

Já diziam que basta a modificação de um simples artigo de lei para derrubar uma biblioteca de doutrina. A proliferação de leis traz grande insegurança, porque a cada lei que surge é necessário que os doutrinadores se debrucem sobre ela para reestudar aquele tema. Até que os primeiros casos relevantes cheguem aos tribunais e fixem a jurisprudência, haverá uma evidente incerteza a, portanto, insegurança jurídica.

A diversificação das decisões também sustenta o sentimento de insegurança jurídica nos cidadãos. A certeza das decisões é melhor qualificada que a segurança das leis, pois é a aplicação concreta da lei. Já é o resultado final a ser adquirido pelo indivíduo.

### 3.3 Requisitos da segurança jurídica

Os requisitos podem ser divididos em objetivos e subjetivos.

Nos objetivos há a correção estrutural e a correção funcional. O primeiro é tarefa do legislativo na formulação das normas; o segundo está no campo particular, na área administrativa (executivo) e na jurisdicional (judiciário). Esta refere-se ao cumprimento do Direito por seus destinatários e pelos órgãos aplicadores ou intérpretes do Direito.

Isto significa que para que se alcance a segurança jurídica é necessário que o Estado esteja organizado. A divisão dos poderes (legislativo, executivo e judiciário) é essencial. Cada órgão tem sua competência e especialização, apesar de atuarem harmonicamente e de forma complementar. O Prof. Paulo Nader chama de solidariedade orgânica<sup>49</sup>. A segurança, aqui, está na impossibilidade de um poder monopolizar todas as funções dos outros poderes. Se o Poder Judiciário passar a criar o Direito que irá aplicar, estará praticando uma subtração de competência do poder Legislativo, portanto, ameaçando a segurança jurídica. Seria a vigência da incerteza jurídica.

O Poder Judiciário, também, precisa ser organizado para que de forma apta decida as questões dentro de um prazo razoável, tornando

<sup>48</sup> Siches, L. R. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 2ª ed., México: Editorial Porrúa, 1973, p. 294 *apud* NADER, P. *op cit*, p. 142.

<sup>49</sup> Nader, P. *op cit*, p. 143.

eficazes as suas sentenças. Se o aparelho judiciário não estiver preparado, com pessoal competente e recursos necessários, o Direito objetivo não alcançará a efetividade desejada, ficando frustrados os anseios de segurança e de justiça.

As exigências subjetivas referem-se a certeza do direito, tendo como fontes a própria lei e sua aplicação. É a possibilidade de conhecimento prévio das normas jurídicas e suas conseqüências, ou seja, previsibilidade. Isto significa, que quando o sujeito se conscientiza do que pode fazer ou não, ele tem a certeza do direito. Para isto a lei deve ser clara, precisa e amplamente divulgada. Mostra-se, portanto, a necessidade do Direito ser conhecido por todos. Só assim o homem pode saber o que é proibido e o que é permitido e calcular a conseqüência dos seus atos.

Na Roma primitiva, o conhecimento do Direito era permitido apenas a classe patricia, que o exercia através do Código dos Pontífices. Uma das reivindicações plebéias foi a publicidade do Direito, que foi alcançado em meados do século V a .c., com a Lei das XII Tábuas<sup>50</sup>.

Porém, não basta que se publiquem as leis, é preciso que sejam concisas, simples e precisas.

### 3.4 Segurança e justiça

A segurança jurídica também é uma característica da Justiça, pois não existe Justiça sem segurança.

A Justiça e a segurança unidas são pressupostos de garantia da boa ordem da sociedade. A sociedade necessita tanto da Justiça como de Segurança, portanto, não podem se contrapor e atendem as exigências do bem comum.

Pode-se dizer, que a Segurança é um valor dado *a priori* pelo legislador, no momento normativo, enquanto o momento judicial de aplicação da norma é o da Justiça (Certeza do direito).

A doutrina apresenta oposição entre Segurança e Justiça, ou seja, ora prevalece a Segurança, ora a Justiça. Carnelutti já afirmou inicialmente, que "para haver absoluta Segurança deve-se eliminar a Justiça"<sup>51</sup>. Recaséns Siches refere-se à "Segurança como um valor fundante, inferior em relação à Justiça, mas indispensável condição para a mesma"<sup>52</sup>. Rodriguez Paniagua, jusfilósofo espanhol, distingue os campos da Sociologia jurídica (Direito), do Direito formal (Segurança) e da Filosofia do Direito (Justiça), afirmando que

<sup>50</sup> Latorre, A. *Introdução ao Direito* (trad. de Manuel de Alarcão), Coimbra: Livraria Almedina, 1978, p. 49.

<sup>51</sup> Carnelutti. *La certezza dei Diritto*, Riv. Dir. Proc. Civ., vol.I, p. 81-91, 1943 *apud* SOUZA, C. A. M. de. *op cit.*, p. 106.

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, p. 200 *apud idem, ibidem*, p. 106.

"O Direito seria uma ordenação da conduta humana voltada para proporcionar Segurança e Certeza a toda a sociedade, mas também realizar a Justiça"<sup>53</sup>. Para ele, a sociologia trata dos fatos sociais, o Direito formal é a norma e a Justiça refere-se ao valor. Carnelutti retificou sua posição anterior e sustentou que "se além de Justiça o Direito não fosse Segurança, não ofereceria garantia para a ação judicial"<sup>54</sup>. É o momento da decisão judicial que cabe o conflito direto ou autêntico entre Segurança e Justiça, isto é, nas decisões judiciais há mais segurança do que na lei invocada. López de Oñate na sua obra clássica, opõe-se a Carnelutti seguindo uma linha positivista, defende a Segurança como aspecto proeminente da norma jurídica, ou seja, quando fazem as leis é que se dá ênfase à Segurança no Direito<sup>55</sup>. Assim, Oñate entende que a Segurança entra na lei por ação do legislador e Carnelutti sustenta que a Segurança surge no julgamento (caso concreto). Souza conclui que na lei há mais Segurança e menos Justiça, porque a Segurança está objetivada nas garantias que a lei oferece, enquanto que a Justiça ainda vai se concretizar. Nas decisões a Justiça é mais evidente que a Segurança, procurando dar a cada um o mais justo possível<sup>56</sup>.

Dessa forma, observa-se que o conflito entre a Segurança e a Justiça é comum no Direito, pelo menos quanto ao seu surgimento eficaz.

Nader entende que se predominar o ideal de Justiça pode ficar comprometida a ordem jurídica com perturbações na vida social. Para ilustrar, cita o exemplo de Sócrates, onde há a prevalência da Segurança. Os seus discípulos pediram para que ele fugisse à execução de uma injusta condenação à morte. O filósofo respondeu-lhes que "era necessário que os homens bons cumprissem as leis más, para que os homens maus cumprissem as leis boas"<sup>57</sup>.

## 4. PRINCÍPIOS DA FÉ

### 4.1 Noção de boa-fé

A boa-fé é princípio geral ao lado da autonomia da vontade.

Os romanos formularam grande número de princípios gerais, que até hoje estão em nosso sistema.

O princípio da boa-fé surgiu sobre a base da equidade natural e é

<sup>53</sup> Paniagua, J. M. R. *Derecho y ética*, 1977, p. 13 *apud idem, ibidem*, p. 107.

<sup>54</sup> Carnelutti, *op cit*, p. 191-206, *apud idem, ibidem*, p. 108.

<sup>55</sup> Oñate, F. L. de. *La certeza dei Diritto*, 2ª ed., 1968, *apud idem, ibidem*, p. 108.

<sup>56</sup> Souza, C. A. M. de. *op cit.*, p. 109.

<sup>57</sup> Nader, P. *op cit.*, p. 143.

filha da justiça<sup>58</sup>.

Pode-se dizer que as relações jurídicas se firmam sobre a boa-fé. O art. 157, do Código Civil alemão manda que os contratos sejam interpretados de acordo com a boa-fé. O Direito Romano já protegia os enganados pela má-fé de outrem e aplicava a boa-fé aos contratos<sup>59</sup>.

A boa-fé é considerada, portanto, fundamental e essencial, relacionada diretamente com os valores éticos. Por ser absolutamente subjetiva, sua apuração é difícil, sendo interpretada a vontade do autor.

Boa-fé significa a "certeza de agir com o amparo da lei, ou sem ofensa a ela; ausência de intenção dolosa"<sup>60</sup>.

Para alguns doutrinadores, a boa-fé é a falta de consciência de que tal ato causará dano, ou seja, é a ausência de vontade de prejudicar. Outros entendem que além de agir sem malícia é necessária a convicção de que age com lealdade. É a convicção da existência do direito. Porém, a atitude leal deve ser positiva, ou seja, o indivíduo entende ser existente o que, em verdade, não existe. Por exemplo, é aquele que erroneamente crê na exatidão do registro de imóveis, ou na existência de procuração que já foi revogada. O erro negativo é quando se desconhece o que, em verdade, existe. Afinal, se a convicção corresponde a realidade, não há boa-fé, mas simplesmente o direito. A convicção falsa é que importa indagar se de boa ou má-fé.

O erro é a "opinião não correspondente à verdade". É alguém que pratica determinado ato, de consequência jurídica, enganado por outrem, pelas circunstâncias e até pelas próprias convicções<sup>61</sup>.

Para que não exista boa-fé, às vezes, basta que se conheça a verdadeira situação. Outras vezes, basta a negligência grave e até negligência leve.

#### 4.2 Aplicação da boa-fé

O princípio da boa-fé não está em artigo expresso do Código Civil brasileiro. Essa omissão é atribuída ao excessivo individualismo da época e a formação estritamente positivista de Clóvis Beviláqua.

Os Códigos Civis italiano, francês e alemão têm dispositivo específico da boa-fé. O *Codice Civile* italiano, na parte geral dos contratos tem várias referências ao princípio da boa-fé. O art. 1.366 prevê que o contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé. No art. 1.175, o princípio da

<sup>58</sup> Pereira, C. M. da S. Idéia de boa-fé. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. LXXII, fascículo 412, p. 25-31, out./1937, p. 26.

<sup>59</sup> Idem, ibidem, p. 26.

<sup>60</sup> Ferreira, A. B. de H. *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2ª ed. rev. aumenL, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, p. 265.

<sup>61</sup> Miranda, P. de. *Tratado de direito privado*, Tomo I, Campinas: Bookselier, 1999, p. 198.

boa-fé é considerado uma regra áurea das obrigações. O Código Civil francês dispõe que os contratos devem ser executados de boa-fé. O BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) adotou expressamente o princípio da boa-fé. O § 157 estatui que "os contratos devem ser interpretados como exigem a boa-fé e a intenção das partes determinada segundo os usos". O § 242 do BGB reza que "o devedor é obrigado a efetuar sua prestação como exigem a boa-fé e a intenção das partes determinada segundo os usos". Portanto, o direito alemão exige dos contratantes, na formação do pacto, honestidade, lealdade e probidade.

O Código Comercial brasileiro bem antes da promulgação do Código Civil tratou da boa-fé (art. 131, § 1º). Ruy Rosado de Aguiar Junior diante do princípio expresso neste código declarou que "permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação dos tribunais"<sup>62</sup>.

As breves menções da boa-fé no Código Civil indicam a sua recepção. O direito das obrigações tem aplicação do princípio da boa-fé, por tratar de proposição jurídica de regra de conduta. Ele tem no princípio da boa-fé a sua máxima determinando alguns outros deveres, inclusive para o credor, além daqueles convencionados pelas partes.

Trata-se de princípio geral do direito contratual (art. 85 CC), referindo-se à interpretação do contrato e a sua formação, já que os contratantes devem agir com lealdade e confiança recíprocas.

O princípio da boa-fé, então, significa que a vontade das partes deve prevalecer ao sentido literal da linguagem e, ainda, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas.

Com esse princípio se determina "o que" e o "como" da prestação e fixa os seus limites<sup>63</sup>.

Nota-se que o princípio da boa-fé refere-se a conduta concreta dos partícipes da relação jurídica.

Assim, a boa-fé é princípio fundamental e deve nortear qualquer relação contratual, para que se atinja a justiça contratual.

Esse princípio foi mais examinado pelos doutrinadores brasileiros no Direito das Coisas. O direito das obrigações não teve a mesma atenção, precisando do auxílio da jurisprudência.

<sup>62</sup> Aguiar Júnior, R. R. de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.20-27, abr./jun. de 1995, p. 21.

<sup>63</sup> Silva, C. V. do C. e. *A obrigação como processo*, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 30.

### 4.3 Boa-fé e autonomia da vontade

No século XIX o princípio da autonomia foi o mais importante. O princípio da boa-fé sofreu uma profunda restrição, resultante do predomínio absoluto do voluntarismo jurídico, da obediência ao direito estrito e da metodologia da Escola da Exegese<sup>64</sup>.

O princípio da autonomia da vontade, os contratantes têm o poder de determinar as regras, desde que seja respeitada e obedecida a lei. Significa que, mediante declaração de vontade, toda pessoa capaz tem aptidão para obrigar-se. É a liberdade dos particulares de contratar.

Porém, não é autorizado o pacto que contrarie os ideais de justiça.

Essa é a função social do contrato, ligada à idéia de comutatividade ou justiça comutativa (equilíbrio nas prestações). A função social do contrato não era utilizada porque se acreditava que seria obtida pela simples atuação dos contratantes.

A noção de contrato do Código Civil brasileiro é a que corresponde ao acordo de vontades centrado em bases individuais. Ao longo do tempo, o contrato se modificou, tanto no seu conteúdo como nas suas funções, em razão da mudança da sociedade. Surgiram novas formas de contratação, como: contrato de adesão, os padronizados e até os eletrônicos. Com isso, o tratamento clássico dado as relações contratuais tornou-se ineficaz. A ausência de boa-fé era superada pelo argumento do brocardo *pacta sunt servanda*.

O princípio do *pacta sunt servanda* não admitia intervenção judicial para rever ou modificar o contrato, mesmo por razões de equidade ou de boa-fé<sup>65</sup>.

A massificação das relações sociais e o surgimento do chamado Estado Social conduziram a uma revalorização do homem, reclamando a revisão dos institutos. Essa mudança ocorreu devido: inclusão dos valores de bem-estar e justiça distributiva; mudanças do próprio mercado e mudança da racionalidade jurídica<sup>66</sup>.

A mudança do pensamento jurídico se orienta não mais pelo ideal de segurança, mas pelo da justiça. Francisco dos Santos Amaral assinala que a segurança jurídica perde terreno para os valores do bem comum e da justiça social. O pensamento jurídico passa a orientar-se mais em função dos valores do que dos interesses<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Silva, C. V. do C. e. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva* (Org. Vera Maria Jacob de Fradera), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 34.

<sup>65</sup> Tepedino, G. (Coord.) *Problemas de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 308.

<sup>66</sup> Tepedino, G. (Coord.) *op cit.*, p. 311.

<sup>67</sup> Amaral, F. dos S. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro, *Revista de Direito Civil*, São Paulo, nº63, p. 44-56, jan./mar. De 1993.

A boa-fé, hoje, limita o exercício do direito de contratar, impondo comportamentos coerentes com o ideal do Estado Social.

Couto e Silva lembra que a aplicação do princípio da boa-fé exige cautela, pois poderia resultar na insubordinação às leis<sup>68</sup>.

Antes, o centro era a vontade, donde os deveres surgiam. Mas a verdade está no centro e há deveres que promanam da vontade, outros do princípio da boa-fé e da proteção jurídica. A gestão de negócios é exemplo de casos em que o conteúdo do negócio jurídico é formado pelos deveres de boa-fé. Nas obrigações de meios, o que se destacam são a autonomia da vontade e a boa-fé.

#### 4.4 Boa-fé subjetiva e objetiva

A boa-fé subjetiva é uma "qualidade do sujeito, diz com o estado de consciência da pessoa, cujo conhecimento ou ignorância relativamente a certos fatos é valorizado pelo direito, para os fins específicos da situação regulada. Serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme com o direito, apesar de ser outra a realidade"<sup>69</sup>. Isto significa um estado de ignorância desculpável. É a ignorância daquele que se julga titular de um direito, mas é titular apenas do seu juízo e imaginação. Essa crença pode levar à lesão de direitos alheios. Está ligada ao voluntarismo e individualismo, pois a vontade era o valor supremo, portanto, o ideal de justiça da época. Verifica-se a boa-fé subjetiva: na posse de boa-fé (art. 490 e 491 CC), nos efeitos da posse de boa-fé (art. 510 e segs.), boa-fé como requisito para a ação de usucapião (art. 550 e 551), naquele que traz, em boa-fé, o título ao portador (art. 1.507), nos efeitos extraídos do casamento putativo (art. 221). Como exemplo concreto, o vendedor que aliena certo bem ignorando a presença de vícios ocultos. Portanto, ele está de boa-fé subjetiva, pois acreditava que estava praticando ato conforme o direito.

Observa-se que as novas exigências criadas pela sociedade moderna tornam esta concepção insuficiente.

Surgiu, então, noção de boa-fé como regra de conduta, de ordem geral. É a boa-fé objetiva que teve sua expansão no séc. XX. A Itália, Portugal e Espanha fizeram uso dela na sua recodificação. Vale destacar que o pioneirismo está no Código Civil alemão.

A boa-fé objetiva se constitui em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas. Isso significa que as pessoas "devem adotar um comportamento

<sup>68</sup> Silva, C. V. do C. e. *A obrigação como processo, op cit.*, p. 35-37.

<sup>69</sup> Aguiar Junior, R.R. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991, p. 238.

leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações ... Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé<sup>70</sup>. Portanto, a boa-fé objetiva caracteriza-se como um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais, como: lisura, honestidade e correção. Exemplo desta boa-fé é o da exigência de declarações sinceras emitidas pelo contratante de seguro (art. 1.443 e 1.444, do CC). Além do elemento interno (subjetivo) do contratante achar que está agindo conforme a boa-fé, espera-se um *plus* exterior. Para a boa-fé subjetiva, somente o elemento interno é suficiente.

Fernando de Noronha conclui que "mais do que duas concepções de boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas". Uma, a boa-fé subjetiva ou boa-fé crença e a outra, boa-fé objetiva ou boa-fé lealdade<sup>71</sup>.

#### 4.5 Boa-fé e o Código de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal destacou dentre os fundamentos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e entre seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sobrepondo os valores existenciais aos patrimoniais.

O legislador constituinte tentou proporcionar um maior equilíbrio nas relações patrimoniais, com preocupação com a defesa do consumidor. É o que se vê nos arts. 5º, XXXII e 170, V. No art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, assumiu-se o compromisso de elaboração de um diploma sobre a matéria, o que gerou a Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor.

Um dos avanços introduzidos foi a positivação da boa-fé objetiva, tratada no art. 4º, III, para proporcionar a harmonia das relações de consumo e no art. 51, IV que dispõe sobre a nulidade das cláusulas contratuais que estabelecem obrigações incompatíveis com a boa-fé. O art. 4º, III trata do princípio da boa-fé objetiva como princípio orientador da interpretação e o art. 51, IV, como cláusula geral para definição das regras de conduta.

Os contratos de massa, antes do CDC, tinham um tratamento inadequado no Código Civil, que tratava as partes segundo uma igualdade formal, realizando uma função individual. Houve mudanças nos princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória e da relatividade dos contratos.

O CDC limitou a autonomia da vontade evitando os abusos da parte mais forte na relação contratual. Deu-se ênfase e tornaram expressos os

<sup>70</sup> Aguiar Junior, R.R. *op cit.*, p. 239.

<sup>71</sup> Noronha, F. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais) São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136 apud Tepedino, G. (Coord.) *op cit.*, p. 57.

princípios da boa-fé e da equidade com a possibilidade de revisão do contrato que não observar esses princípios. Portanto, o CDC reputa inserida uma cláusula geral de boa-fé (art. 51, *N*), mesmo que não esteja explícita no instrumento contratual.

A boa-fé cria novos deveres contratuais que obrigam as partes durante todo o desenvolvimento da relação de consumo. Assume, então, dupla função: como fonte de novos deveres (deveres anexos) e como causa limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos<sup>72</sup>.

Cláudia Lima Marques justifica os deveres anexos através da aplicação do princípio da boa-fé objetiva que gera nos contratos, além da obrigação de prestar, uma obrigação de conduta<sup>73</sup>. Estes deveres anexos são: deveres de cuidado, previdência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; de prestar contas; de colaboração e cooperação; e outros.

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva atua como um dos pilares fundamentais da nova realidade contratual.

Após a positivação da boa-fé objetiva no CDC, a falta de dispositivo expresso no Código Civil não deve ser mais um óbice para sua aplicação.

A boa-fé pode trazer toda uma nova compreensão da matéria obrigacional, isto é, o verdadeiro papel da função social. A obrigação passa a ser mais dinâmica, pois a proteção se estende desde as primeiras negociações até os seus efeitos. Foram os Tribunais alemães que estenderam sua aplicação ao estágio de formação dos contratos.

Como cláusula geral, o princípio da boa-fé objetiva atribuiu ao juiz "a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo"<sup>74</sup>, isto é, conferiu ao intérprete poderoso instrumento para avaliar a licitude das cláusulas contratuais.

O art. 51 traz, portanto, um rol de cláusulas abusivas<sup>75</sup>, que são consideradas nulas de pleno direito. Essa listagem não é taxativa, mas exemplificativa. São situações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor<sup>76</sup>.

Há a necessidade de se analisar a cláusula em exame em relação às demais cláusulas do contrato e em âmbito geral, de acordo com as relações

<sup>72</sup> Marques, C. L. *Contratos de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, vol. 1, 3ª ed. rev. atuo ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 37 apud Tepedino, G. (Coord.) *op cit.*, p. 18.

<sup>73</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 108 apud *idem*, *ibidem*, p. 29.

<sup>74</sup> Aguiar Júnior, R. R. de. A boa-fé na relação de consumo, *op cito*, p. 20.

<sup>75</sup> Em março de 1999, o Ministério da Justiça publicou mais duas listas com 29 cláusulas abusivas em matéria de planos de saúde, de cartão de crédito, de transporte aéreo e outros.

<sup>76</sup> Amaral Júnior, A. do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 6, São Paulo: Revista dos Tribunais

contratuais predominantes. Com isso, exige-se do juiz (intérprete) nova postura com a substituição do raciocínio formalista pelo raciocínio teleológico<sup>77</sup>.

Cabe ao magistrado conciliar as partes para que elas mesmas encontrem o ponto de equilíbrio da relação de consumo e estabeleçam em que termos é que deve ser feita a modificação ou revisão da cláusula. Sem o acordo, o juiz profere a sentença determinativa, pesquisando a intenção das partes para a celebração do contrato e as circunstâncias que ensejaram o pedido de modificação ou revisão.

Nota-se que o equilíbrio das relações de consumo é o núcleo do princípio da boa-fé.

"A boa-fé não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue"<sup>78</sup>.

#### 4.6 Breve comentário sobre a boa-fé no Novo Código Civil

A boa-fé está no Novo Código Civil em três artigos: art. 187 (exercício de direito); art. 113 (interpretação dos negócios jurídicos); e art. 422 (boa-fé nos contratos).

Esse breve relato é resultante da conferência feita em Porto Alegre-RS, em 30 de abril de 1999, por Antonio Junqueira de Azevedo<sup>79</sup> sobre especificamente o art. 422, *in verbis*:

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

No começo do século XX, o paradigma da lei e da segurança da lei foi substituído pelo chamado de "sistema aberto", tendo como ponto central o juiz, e não mais a lei. Isto quer dizer que o juiz tem mais liberdade de decisão.

Quando a boa-fé se refere ao tipo de comportamento dos contratantes, por exemplo, configura-se em cláusula geral.

Uma das críticas é que o art. 422 não deixa claro se trata de norma cogente ou dispositiva.

Outra questão é que o dispositivo só se refere ao período da conclusão e execução do contrato. A possibilidade de aplicação da boa-fé na

<sup>77</sup> Amaral Júnior, A. do. A, *op cit.*, p. 32.

<sup>78</sup> Cavalieri Filho, S. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, vai. 2, Rio de Janeiro: Editora PADMA, abr./jun. 2000, p.131.

<sup>79</sup> Azevedo, A. J. de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, val. 1, Rio de Janeiro: Editora PADMA, jan.Imar. 2000, p. 3-12.

fase pré-contratual e na pós-contratual não foram tratadas.

A boa-fé na fase pré-contratual é possível, pois ocorrem as negociações preliminares. O mesmo ocorre com a fase pós-contratual, que não é tratado de forma explícita, pois quando se fala em "execução", não é o que se passa depois do contrato.

Dessa forma, o artigo aqui referido dispõe sobre dois momentos: conclusão do contrato, que é o momento em que se faz o contrato; e a execução.

A regra da boa-fé tem funções de ajudar, suprir e corrigir o direito civil. Porém, o novo código não apresenta as funções *supplendi* e a *corrigendi*.

A função *supplendi* tem dois aspectos: o problema dos deveres anexos e o fato de referir-se às cláusulas faltantes. Para estar de acordo com os dias de hoje, o novo código deveria ter previsto a regra da criação dos deveres anexos. Já as cláusulas faltantes são quando as partes não incluem alguma cláusula por omissão, falta de previsão ou até incapacidade redacional.

A *corrigendi* é a questão das cláusulas abusivas tratadas no CDC. Verifica-se, então, que o CDC está mais adiantado que o Novo Código. Mesmo porque, aquele foi elaborado após este.

Com relação à boa-fé, todos os códigos modernos dão diretrizes. O novo Código Civil brasileiro foi elaborado numa época em que ainda prevalecia o individualismo, bem distante do paradigma das codificações modernas.

Azevedo conclui que o novo código está no paradigma do Estado inchado, ou seja, a insistência na presença do juiz para "muita coisa inútil", como alguns casos de anulação e rescisão contratual<sup>80</sup>.

Antes o paradigma era o da lei, passando para o do juiz e agora é o da solução rápida do caso concreto.

Afirma, ainda, que o novo código é "só um pouco mais adiantado do que o Código Civil vigente" e entende que não deveria ser adotado um Código de 1970 para o ano de 2000.

Reale sobre o novo código diz que a equidade, a boa-fé e a probidade são tratadas de forma acanhada. E continua reconhecendo "que o legislador civil jamais exaure, na sua atividade normativa, o conteúdo ético da norma: a todo instante é necessário recorrer aos princípios morais que governam a vida comum, a vida social"<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Azevedo, A. J. de, *op cit*, p. 10-11.

<sup>81</sup> Reale, M. O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 7-8.

## 5. CONCLUSÃO

A evolução dos tempos modificou desde os pequenos hábitos até as práticas mais informatizadas e modernas, por conta da tecnologia de ponta.

Os atos mais comuns e corriqueiros passaram a envolver questões de grande vulto e de interesse de uma coletividade e não apenas de particulares.

A sociedade clamou por mudanças e o direito positivado não conseguiu atingir as expectativas e necessidades da época.

Não se admitiu mais relações contratuais sem uma concepção social. Portanto, fez-se necessário um novo paradigma, ou seja, um novo modelo teórico para solucionar as questões apresentadas.

Alguns velhos conceitos tomaram nova roupagem.

A equidade é utilizada na aplicação judicial da lei aos casos concretos e na elaboração da norma jurídica pelo legislador. Ela ajuda, supre e corrige a aplicação das normas abstratas de acordo com as circunstâncias de cada caso.

A segurança jurídica significa garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos.

A segurança e a justiça são valores que se completam. A segurança jurídica é direito constitucional.

Ela vem das leis, diferenciando-se da certeza que é adquirida quando estas leis são conhecidas e há a compreensão de seus valores.

O homem necessita da segurança, pois não é auto-suficiente. Essa dependência faz surgir a inquietude e, por consequência, a insegurança. A proliferação de leis e a diversificação das decisões são motivos do campo jurídico, que sustentam o sentimento de insegurança.

O princípio da boa-fé significa que a vontade das partes deve prevalecer ao sentido literal da linguagem e, ainda, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas.

Como princípio fundamental, deve nortear qualquer relação contratual para que se atinja a justiça contratual.

No séc. XIX, o princípio da autonomia foi o mais importante. Hoje, com as novas formas de contratação são incluídos valores de bem-estar e justiça distributiva.

É a prevalência da justiça. São os valores sobre os interesses.

Surgiu, então, um novo paradigma - a boa-fé objetiva, como regra de conduta de ordem geral. Todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas. É o dever de agir de acordo com determinados padrões sociais, como: lisura, honestidade e correção.

Na relação de consumo, a boa-fé objetiva é de grande importância. O CDC foi que positivou este princípio.

Os princípios do CDC devem ser apreciados para que se alcance o

equilíbrio das relações de consumo.

Usando a frase de Ruy Rosado, "os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé".

Nessa mudança dos tempos, há a busca da justiça, do bom, do leal, da confiança. É a era do social. Essas alterações no mundo jurídico refletem as necessidades e aspirações da sociedade.

Talvez seja a busca de cidadãos honestos, de relações mais justas e de um mundo mais "humano" e melhor.

## 6. REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, M. C. *Notas introdutórias ao estudo do direito*, 2ª ed., São Paulo: Ícone, 1990.
- AGUIAR JUNIOR, R.R. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.
- AGUIAR JUNIOR, R.R. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1995.
- AMARAL, F. dos S. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro, *Revista de Direito Civil*, São Paulo, nº63, p. 44-56, jan./mar. de 1993.
- AMARAL JÚNIOR, A. do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, na 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27-33.
- AZEVEDO, A. J. de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, vol. 1, Rio de Janeiro: Editora PADMA, jan./mar. 2000, p. 312.
- BRANCATO, R. T. *Instituições de direito público e de direito privado*, 11ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1998.
- BREVIDELLI, S. R. *Manifestação de vontade no contrato de emprego: limites interpretativos e a tarefa do juiz. Jus navigandi*, n. 34 [on line] Disponível em: <http://wwwl.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1153> Capturado em 03.02.2002.
- CAVALCANTI, A. J. F. *A estrutura lógica do direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- CAVALIERI FILHO, S. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, vol. 2, Rio de Janeiro: Editora PADMA, abr./jun. 2000, p. 123-136.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 9ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997.
- Equidade. Direito virtual [on line]. Disponível:

- <http://www.direitovirtual.comJdic/equidade.htm>. Capturado em 02.02.2002.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, A. B. de H. *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2ª ed. rev. aument., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.
- GRAU, E. R. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2, vol. 5, Rio de Janeiro: Editora PADMA, jan./mar. 200 I, p. 73-82.
- GONÇALVES, W. J. *Lições de introdução ao estudo do Direito*, vol. I, Campo Grande: Editora UCDB, 2001.
- LATORRE, A. *Introdução ao Direito* (trad. de Manuel de Alarcão), Coimbra: Livraria Almedina, 1978.
- LISBOA, R. S. *Contratos difusos e coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MARÇAL, S. P. Código de Defesa do Consumidor: definições, princípios e o tratamento da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 98- 108.
- MARQUES, C. L. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, vol. 1, Rio de Janeiro: Editora PADMA, jan./mar. 2000, p.1357.
- MIRANDA, P. de. *Tratado de direito privado*, Tomo I, Campinas: Bookseller, 1999.
- MONCADA, L. C. de. *Lições de Direito Civil - parte geral*, 4ª ed., Coimbra: Livraria Almedina.
- NADER, P. *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. NERY JÚNIOR, N. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- NERE JÚNIOR, N. Os princípios gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44-77.
- NUNES, L. A. *Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*, São Paulo: Saraiva, 1996.
- PAES, P.R.T. *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PEREIRA, C. M. da S. Idéia de boa-fé. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. LXXII, fascículo 412, p. 25-31, out./1937.
- PEREIRA, C. M. da S. *Lesão nos contratos*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, ] 994. REALE, M. *Lições preliminares de Direito*, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- REALE, M. *O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas*

- fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1986.
- RÁO, V. *O Direito e a vida dos direitos*, 4ª ed. anoto atual., vol. 1 - Noções gerais. Direito positivo. Direito Objetivo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 84.
- RAMOS, C. L. S. et al. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, (Coord. Luiz Edson Fachin), Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- SILV A, De P. e. *Vocabulário jurídico*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980. SILVA, C. V. do C. e. *A obrigação como processo*, São Paulo: Bushatsky, 1976. SILVA, C. V. do C. e. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva* (Org. Vera Maria Jacob de Fradera), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SILVA, J. A. da. Democracia, segurança e garantismo. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n.7, p. 163-174, 2000.
- SOARES, G. F. S. *Common law - Introdução ao direito dos EUA*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SOIBELMAN, L. *Enciclopédia jurídica eletrônica*, Rio de Janeiro: Editora Elsez, 1988.1CD-ROM.
- SOUZA, C. A . M. de. *Segurança jurídica e jurisprudência - um enfoque filosóficojurídico*. São Paulo: LTR Editora, 1996.
- TELLES JÚNIOR, G. *Iniciação na ciência do direito*, São Paulo: Saraiva, 2001. TEPEDINO, G. (Coord.) *Problemas de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 308.
- TUBENCHLAK, J. e BUSTAMANTE, R. S. (Coords.) *Livro de estudos jurídicos*, vol. 2, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.
- VIANA, R. G. C. e NERY, R. M. de A. (Orgs.) *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.