

JUDITH MARTINS-COSTA

A BOA-FÉ
NO DIREITO PRIVADO
critérios para a sua aplicação

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

NOTA DA AUTORA.....	7
ABREVIATURAS.....	35
INTRODUÇÃO.....	39
§ 1. A expressão boa-fé.....	39
1. Os sentidos.....	39
2. Boa-fé objetiva.....	40
3. As perspectivas e o enfoque adotado.....	44
CAPÍTULO PRIMEIRO	
AS RAÍZES.....	47
§ 2. A boa-fé no Direito Romano.....	49
1. A origem.....	49
2. A <i>fides</i> como dever de auxílio e promessa de proteção.....	51
3. A <i>fides</i> -promessa (<i>fides</i> garantia).....	52
4. A <i>fides</i> como garantia do cumprimento das obrigações assumidas e sua expansão.....	53
5. <i>Fides</i> nas relações intrassubjetivas e nas relações intersubjetivas.....	54
6. A <i>exceptio extra quam</i>	56
§ 3. A <i>fides bona</i>	57
1. A transformação da <i>fides</i> em <i>bona fides</i> : as relações creditícias e os <i>iudicia bonae fidei</i>	57

2. O crédito e a civilização (<i>koiné</i>) mercantil	59
3. <i>Iudicia bonae fidei</i>	62
4. <i>Oportet ex fides bona</i>	64
5. <i>Bona fides e consensus contractae</i>	66
§ 4. O momento hermenêutico: <i>bonae fidei interpretatio</i>	70
1. O significado	70
2. Os campos funcionais	73
§ 5. A diluição da boa-fé	74
1. O enfraquecimento da boa-fé.....	74
2. A subjetivação da boa-fé: a usucapião.....	75
3. <i>Bona fides e aequitas</i>	76
§ 6. A boa-fé na cultura germânica	79
1. O desenvolvimento germânico da fórmula.....	79
2. <i>Treu und Glauben</i>	81
§ 7. A boa-fé canônica.....	82
1. Boa-fé e moral cristã.....	82
2. <i>Consensus e sollemnia</i>	85
3. A unificação da boa-fé	87
§ 8. A boa-fé na primeira e na segunda sistemáticas.....	89
1. A boa-fé na primeira sistemática	89
2. Os aportes dos humanistas	89
3. A boa-fé como «princípio geral»	92
4. O modelo de expressão do jusracionalismo.....	95
5. O desenvolvimento da boa-fé em Grotius	97
6. Desenvolvimentos da boa-fé nos jusracionalistas.....	100
§ 9. A boa-fé no <i>Code Civil Français</i>	103
1. A boa-fé no <i>Code</i> como amálgama da técnica jurídica, da moral e da filosofia	103
2. Boa-fé e liberdade contratual	107
3. Boa-fé e método da exegese	109

§ 10. A boa-fé germânica e sua apreensão no BGB	111
1. O encontro entre a boa-fé romana e a germânica	111
2. O trabalho dos práticos	112
3. Boa-fé no BGB de 1900.....	113

CAPÍTULO SEGUNDO

CONTEXTO, NOÇÃO E APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS..	117
§ 11. Denominação e origem.....	119
1. Proposição.....	119
2. A denominação	120
3. A origem	121
4. O parágrafo 242 do BGB	121
5. O papel da jurisprudência alemã.....	125
6. A expansão.....	126
7. As espécies de cláusulas gerais.....	127
§ 12. A estrutura e a linguagem das cláusulas gerais	128
1. Proposição.....	128
2. Método da casuística.....	128
3. Método das cláusulas gerais.....	130
§ 13. A linguagem das cláusulas gerais: a vagueza.....	131
1. Precisões conceituais	131
2. Enunciados gerais	131
3. Enunciados genéricos.....	132
4. Enunciados ambíguos	132
5. A vagueza semântica.....	133
6. Os significados de «significado».....	134
7. A vagueza das normas	136
8. A vagueza «socialmente típica».....	138
§ 14. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados	141
1. Proposição.....	141
2. O critério e a noção utilizados	142

§ 15. Cláusulas gerais e princípios jurídicos	146
1. Proposição.....	146
2. Noção de princípio jurídico	146
3. Semelhanças e distinções.....	150
4. Proposição sintética acerca da distinção entre princípio e cláusula geral	154
5. Critérios para a aplicação das cláusulas gerais	157
§ 16. Funções das cláusulas gerais: abertura, mobilidade e ressystematização por via da formação de novos institutos.....	158
1. Proposição.....	158
2. Função de «abertura» do sistema.....	158
3. A função de ressystematização e a formação de novos institutos	163
4. Cláusula geral e vinculação aos precedentes	168
5. A técnica dos «grupos de casos»	170
6. O papel da doutrina.....	171
7. Riscos e vantagens	173
§ 17. A conjugação entre o pensamento tópico e o pensamento sistemático: o «novo pensamento sistemático».....	179
1. Proposição.....	179
2. A tópica jurídica.....	179
3. Pensamento sistemático e processo da subsunção	184
4. O processo de subsunção	185
5. O processo de concreção.....	186
6. A pré-compreensão	189
7. O pensamento tópico-sistemático	190

CAPÍTULO TERCEIRO

PRESSUPOSTOS PARA A COMPREENSÃO DA ATUAÇÃO DA BOA-FÉ OBRIGACIONAL.....	195
§ 18. A relação obrigacional: concepções, conteúdo, principiologia e classificações	197
1. Proposição.....	197

2. A relação obrigacional simples, ou o «vínculo obrigacional»...	199
3. A relação obrigacional complexa.....	202
4. As doutrinas pessoalistas	204
5. As doutrinas realistas	204
6. A doutrina dualista (<i>Schuld und Haftung</i>)	205
§ 19. A relação de obrigação como uma totalidade complexa.....	208
1. Origem	208
2. A concepção de Karl Larenz.....	211
3. O dinamismo da relação obrigacional.....	213
4. A noção de processo obrigacional	214
5. A relação obrigacional como relação de cooperação.....	215
6. A análise interna da relação	218
§ 20. As espécies de deveres gerados pela incidência da boa-fé objetiva: deveres anexos (instrumentais à prestação) e deveres de proteção ..	219
1. As espécies.....	219
2. Deveres de prestação.....	220
3. Espécies de deveres de prestação.....	221
4. Os deveres anexos.....	222
5. Deveres de proteção	223
§ 21. Distinção e interdependência principiológica: boa-fé, confiança, autonomia privada, autorresponsabilidade	228
1. Proposição.....	228
2. Autonomia privada.....	228
3. Autonomia privada e confiança	230
4. Confiança e boa-fé	233
5. Autorresponsabilidade	237
§ 22. As fontes das obrigações e suas classificações.....	238
1. As várias classificações.....	238
2. O contato social como categoria jurídica.....	240
3. Contato social como categoria sistematizadora	243

4. Os atos existenciais	245
5. Atos existenciais e «relações contratuais de fato»	246
6. Qualificação jurídica dos atos existenciais	247
7. Atos existenciais como «atos-fato»	248
8. Boa-fé e categorização dogmática das fontes	252

CAPÍTULO QUARTO

CRITÉRIOS PARA UMA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ

SISTEMATICAMENTE ORIENTADA	255
§ 23. A indispensabilidade do <i>distinguo</i>	259
1. Proposição.....	259
§ 24. Primeira distinção: boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva	261
1. A boa-fé subjetiva.....	261
2. A boa-fé objetiva.....	263
3. A boa-fé objetiva como modelo jurídico	265
4. Indistinções entre a boa-fé objetiva e a subjetiva – exemplos ...	266
5. Cumulação entre boa-fé subjetiva (estado) e boa-fé objetiva (norma).....	269
§ 25. Segunda distinção: o critério do campo de incidência	270
1. Proposição.....	270
2. Os campos examinados.....	272
§ 26. Relações obrigacionais de Direito Civil comum.....	273
1. Proposição.....	273
2. Vetores	273
§ 27. Relações obrigacionais de Direito de Família.....	274
1. Proposição.....	274
2. Direito Pessoal de Família	275
3. Direito Patrimonial de Família.....	275
4. Boa-fé e Direito Patrimonial de Família: o dever de prestar alimentos	277
5. Boa-fé e Direito Pessoal de Família.....	280

§ 28. Relações comerciais (contratos interempresariais)	281
1. Proposição.....	281
2. O mercado.....	282
3. A atividade empresarial	283
4. Atividade empresarial e contratos.....	285
5. O mercado, o informalismo e a atipicidade das formas contra- tuais	286
6. A relevância dos usos do comércio e das práticas seguidas entre os agentes	288
7. O <i>standard</i> da probidade específica	289
8. Os vetores.....	290
§ 29. Relações associativas (associações e sociedades), empresariais ou não	290
1. Proposição.....	290
2. Boa-fé e relações associativas, em sentido amplo	291
3. A cooperação e a lealdade como elementos estruturais.....	293
4. Escalonamento da boa-fé, conforme a espécie associativa.....	294
5. Vetores	294
§ 30. Relações obrigacionais regidas por normas internacionais.....	295
1. Proposição.....	295
2. Boa-fé e princípio da interpretação uniforme	296
§ 31. Relações obrigacionais assimétricas	299
1. Proposição.....	299
2. Assimetria e poder	299
3. Assimetria e vulnerabilidade.....	300
§ 32. Relações obrigacionais de consumo.....	301
1. Proposição.....	301
2. As «normas objetivo» do art. 4.º do CDC.....	301
3. Boa-fé e relação de consumo	303
4. Boa-fé, equilíbrio, abusividade	303
5. Adesividade e abusividade.....	304

6. Boa-fé e transparência.....	305
7. Boa-fé como proteção à confiança legítima do consumidor	306
8. Boa-fé e conduta do consumidor	307
§ 33. Relações obrigacionais de emprego	307
1. Proposição.....	307
2. Boa-fé e equilíbrio na relação de emprego	308
3. Deveres para as partes e vedação ao exercício desleal	308
4. A jurisprudência trabalhista	309
§ 34. Relações obrigacionais entre os particulares e o Estado	311
1. Proposição.....	311
2. Princípios em conjugação com a boa-fé	311
3. Boa-fé e princípio da proteção da confiança.....	313
4. Boa-fé, proteção da confiança e vedação à contraditoriedade desleal	314
5. Boa-fé e conduta do administrado e contribuinte	316
6. Boa-fé e o exercício de direito formativo extintivo	317
7. Boa-fé e aplicação de penalidades	319
8. Boa-fé e conflito de interesses	320
§ 35. Terceira distinção: a materialidade da situação jurídica subjacente	321
1. Proposição.....	321
2. Significados.....	322
3. Função sistematizadora.....	323
§ 36. <i>Mea res agitur</i>	324
1. Proposição.....	324
2. Negócios de intercâmbio em sentido próprio	324
3. Contratos movidos por intenção liberal	325
4. A maior consideração ao donatário.....	327
§ 37. <i>Tua res agitur</i>	327
1. Proposição.....	327
2. Contrato de mandato.....	328

3. Relação jurídica de administração	330
4. Os administradores de sociedades	330
5. Deveres fiduciários do administrador – especificidades	332
6. Critérios para a avaliação dos deveres	333
7. Contrato de investidura	336
8. Qualificação do contrato de investidura.....	336
9. Obrigação principal no contrato de investidura	338
10. Independência e imparcialidade do árbitro	339
11. Boa-fé e deveres anexos no contrato de investidura	339
12. Contrato de seguro	340
13. Boa-fé e seguro	343
14. Boa-fé e disciplina informativa no seguro	344
15. Boa-fé e regulação do sinistro.....	346
16. Boa-fé e abusividade no contrato de seguro	347
17. Boa-fé e agravamento do risco.....	348
18. Boa-fé e «dever de minimizar o risco»	349
§ 38. <i>Nostra res agitur</i>	350
1. Proposição.....	350
2. A colaboração estrutural: o contrato de sociedade	351
3. O fim comum	352
4. A «acendrada boa-fé» como fonte de deveres	352
5. Deveres decorrentes da boa-fé e titulares do poder de controle	355
6. A colaboração conjuntural: acordos de acionistas e contratos- aliança.....	356
7. Acordos de acionistas	356
8. Conjugação principiológica	367
9. Possível tensão principiológica.....	362
10. Síntese conclusiva.....	363
11. Os contratos-aliança.....	363
12. Colaboração estratégica pontual: contratos de colaboração empresária, contratos de duração, contratos relacionais.....	365

13. Operações concertadas	366
14. Qualificativos e subespécies.....	367
15. Os contratos relacionais	368
16. Relacionalidade e lacunosidade intencional.....	369
17. Relacionalidade e boa-fé.....	370
18. Relacionalidade e pessoalidade.....	371

CAPÍTULO QUINTO

ATUAÇÃO DA BOA-FÉ CONFORME AS FASES DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL	379
§ 39. O critério das fases do processo obrigacional	381
1. Proposição.....	381
2. Os planos da transmissão de domínio.....	382
3. Fase do desenvolvimento, ou execução contratual	382
4. Fase das tratativas: primeira enunciação.....	383
5. Deveres de proteção na fase das tratativas.....	385
§ 40. A fase formativa de um contrato	386
1. Proposição.....	386
2. A solução do CDC	386
3. As soluções do Direito Civil e Empresarial.....	387
§ 41. Fase inicial de prospecção e de chamamento a contratar, sem a caracterização de oferta em sentido técnico	389
1. Proposição.....	389
§ 42. Fase negociatória em sentido estrito	390
1. Proposição.....	390
2. Utilidade e figuras	390
3. Critérios.....	391
4. Formação progressiva do contrato	393
5. A possível vinculabilidade dos atos pré-contratuais e as chamadas «condições precedentes»	394
6. Eficácias hermenêuticas	396

7. As cláusulas de entendimento integral.....	397
§ 43. Fase da oferta, propriamente dita	398
1. Proposição.....	398
2. O art. 427 do Código Civil.....	399
§ 44. Fase da conclusão contratual.....	401
1. Proposição.....	401
2. A eficácia contratual	402
3. O problema da legitimidade da expectativa.....	403
§ 45. Origem da doutrina da <i>culpa in contrahendo</i> e seu atual estágio	404
1. A origem: a formulação de Jhering.....	404
2. <i>Culpa in contrahendo</i> e teoria do contato social	408
3. Desenvolvimento e expansão da doutrina da <i>culpa in con-</i> <i>trahendo</i>	410
§ 46. A responsabilidade pré-contratual no Direito brasileiro	418
1. Proposição.....	418
2. A hipótese do injusto rompimento das tratativas.....	419
3. O recesso justificado	420
4. <i>Culpa in contrahendo</i> e boa-fé	420
5. Síntese conclusiva.....	429
§ 47. Fase da execução contratual: a boa-fé <i>in executivis</i>	430
1. Proposição.....	430
2. Papel auxiliar e limitador da boa-fé <i>in executivis</i> em relação à vontade contratual.....	431
§ 48. Fase pós-contratual.....	432
1. Proposição.....	432
2. Acolhimento no Direito brasileiro	432
3. Síntese conclusiva.....	437

CAPÍTULO SEXTO

A FUNÇÃO HERMENÊUTICA DA BOA-FÉ	439
§ 49. A função e interpretação contratual.....	441

1. Proposição.....	441
2. Fatores introdutórios da atenção à boa-fé no Direito brasileiro.....	442
3. O método adotado	444
§ 50. A interpretação segundo a boa-fé.....	445
1. Interpretação – sentido amplo	445
2. Interpretação contratual: questões.....	446
3. Atuação complessiva da boa-fé hermenêutica.....	448
§ 51. A boa-fé «contextual»: os cânones dos artigos 112 e 113 do Código Civil.....	449
1. Proposição.....	449
2. Regras jurídicas de interpretação e regras jurídicas interpretativas	450
§ 52. A «intenção consubstanciada na declaração» e o cânone da «totalidade e coerência» do contrato	451
1. Proposição.....	451
2. O alcance do art. 112	452
3. A insuficiência do critério literal.....	453
4. O cânone da totalidade e da coerência.....	454
5. O art. 113: o elemento contextual	459
§ 53. Cânone da totalidade hermenêutica e finalidade do negócio	461
1. Proposição.....	461
2. Negócio jurídico como categoria finalista: consequências	463
3. Interpretação finalista e contratos por adesão	466
4. Finalidade, «título» do contrato e atipicidade contratual.....	467
§ 54. Cânone da totalidade hermenêutica e o critério do comportamento das partes	468
1. Proposição.....	468
2. O comportamento posterior	469
3. O comportamento anterior	470
4. As práticas seguidas pelas partes	471

5. As práticas referidas no art. 9.º da CISG	472
6. Boa-fé e interpretação segundo os usos	474
7. Significados da palavra «usos»	474
8. O art. 113 inclui os usos e as práticas	475
9. Usos e prévio consentimento	476
10. O valor dos usos referidos no art. 113.....	476
11. Usos na prática internacional	478
§ 55. Boa-fé e interpretação a favor do aderente.....	479
1. Proposição.....	479
2. A regra <i>contra proferentem</i>	480
3. O ônus de falar claro	481
4. Interpretação segundo a boa-fé e vulnerabilidade do consumidor	483
§ 56. A boa-fé hermenêutica na CISG – Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias	488
1. Proposição.....	488
2. A boa-fé como norma dirigida ao intérprete.....	489
3. O cânone da uniformidade hermenêutica	489
4. O postulado normativo do caráter internacional do contrato.....	490
5. Aplicação da boa-fé por via indireta	491
§ 57. Boa-fé e tutela da confiança na interpretação das declarações tácitas: o problema da chamada «extensão da cláusula compromissória» ..	499
1. Proposição.....	499
2. Fundamentos	499
3. A hipótese da «extensão subjetiva» da cláusula compromissória	500
4. Cuidados a adotar e <i>standards</i> a considerar.....	502
§ 58. Boa-fé e interpretação mitigadora do rigor legal ou contratual....	503
1. Proposição.....	503
2. Campo de aplicação	504
3. Equidade e assistemática.....	507
4. Síntese conclusiva.....	507

CAPÍTULO SÉTIMO

A COLMATAÇÃO DE LACUNAS E A CRIAÇÃO DE DEVERES.....	509
§ 59. Função integrativa	511
1. Proposição.....	511
2. Distinções.....	511
3. A palavra «lacuna»	514
4. A integração	515
5. Lacuna e pluralidade de fontes integrativas.....	516
§ 60. Lacunas e integração contratual: técnicas e limites.....	517
1. Espécies de lacunas.....	517
2. Boa-fé como fonte integrativa	517
3. O processo integrativo	519
4. Lacunas não intencionais e boa-fé	520
5. Lacunas intencionais (incompletude contratual)	520
§ 61. Lacunas e criação de deveres às partes	521
1. Proposição.....	521
2. Escopo dos deveres que servem à integração	522
§ 62. Deveres de cooperação e lealdade contratual.....	523
1. Âmbito dos deveres de cooperação e lealdade	523
2. Dever de cooperação e materialidade da situação jurídica	524
§ 63. Deveres informativos	526
1. Proposição e significados	526
2. Interesse à informação: as várias escalas	528
3. Instrumentalidade da informação.....	529
4. Transindividualidade da informação: o mercado de valores mobiliários	532
5. Uma informação marcada pelo interesse público	532
6. Informação e prospecto.....	533
7. Critérios e elementos do dever de informar.....	535
8. Formas de infração aos deveres informativos.....	538
9. Deveres informativos na fase pré-contratual	538

10. Dever de informar: extensão	540
11. Critérios auxiliares à concreção do dever de informar.....	540
12. Informação, lealdade, veracidade.....	542
13. Afastamento do dever de informar.....	543
14. Deveres informativos na área da saúde.....	544
§ 64. Deveres de proteção («deveres laterais»).....	546
1. Proposição.....	546
2. O significado e a abrangência	546
3. Deveres de proteção e dano moral	548
4. Interesses de proteção: o problema dos terceiros em sua relação com o contrato.....	549
5. Diferentes significados da relação «contrato e terceiros».....	550
6. O princípio da incolumidade das esferas jurídicas	552
§ 65. O «dever» de colaborar para a mitigação do próprio prejuízo	554
1. Proposição.....	554
2. Qualificação jurídica: dever ou ônus?.....	554
3. Problemas de Direito Comparado.....	557
4. Origem da doutrina da mitigação.....	558
5. Quantificação e critérios	560
6. Jurisprudência	563

CAPÍTULO OITAVO

FUNÇÃO CORRETORA: A BOA-FÉ E O EXERCÍCIO JURÍDICO.....	567
§ 66. A função corretora.....	571
1. Proposição.....	571
2. As duas vertentes da função corretora	571
§ 67. A função corretora do conteúdo contratual	572
1. Premissas.....	572
§ 68. Boa-fé como norma de validade: o sistema do Código Civil.....	575
1. Proposição.....	575

2. Soluções do Direito brasileiro.....	576
3. O art. 166 do Código Civil.....	577
4. Demais hipóteses de controle do conteúdo no âmbito do Código Civil.....	581
§ 69. Boa-fé como norma de validade e correção da «abusividade contratual».....	581
1. Distinções: abuso e abusividade	581
2. Os planos de projeção da distinção.....	582
3. Abusividade, segundo o CDC.....	583
4. Crítica: a miscelânea de fundamentos e a invocação iterativa....	587
§ 70. Correção do conteúdo do contrato sem referência à validade: papel da boa-fé frente a situações de desequilíbrio decorrente de circunstâncias supervenientes à formação do contrato.....	590
1. Proposição.....	590
2. Dimensão plurívoca do princípio do equilíbrio	590
3. Tempo e contrato	591
4. A longa duração	591
5. Fontes legais do dever de reequilíbrio e especificidades consoante os campos normativos.....	592
6. Fontes negociais: a autonomia privada	595
7. Cláusulas de renegociação: desnecessidade de apelo à imprevisibilidade	596
8. O critério do modo de operar a adaptação do contrato	596
9. As cláusulas de <i>hardship</i>	597
10. Conjugação entre fontes legais e fontes negociais.....	598
11. Previsões gerais do Código Civil.....	598
12. Reequilíbrio e contratos entre desiguais	599
13. A jurisprudência.....	599
14. Síntese conclusiva.....	606
§ 71. Boa-fé e revisão nos contratos administrativos.....	607
1. Proposição.....	607

2. Requisitos da revisão	607
§ 72. Boa-fé e controle do modo de exercício dos direitos e posições jurídicas	609
1. O exercício jurídico.....	609
2. A boa-fé e o art. 187 do Código Civil: a ilicitude no modo de exercício.....	610
§ 73. A contraditoriedade desleal no exercício jurídico.....	613
1. Proposição.....	613
2. A vedação à contraditoriedade desleal como figura da experiência.....	614
§ 74. O <i>venire contra factum proprium</i>	616
1. Proposição.....	616
2. Noção	617
3. Âmbito de delimitação	617
4. Ligação à boa-fé.....	619
5. Requisitos.....	621
6. A jurisprudência.....	621
§ 75. <i>Nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i>	628
1. Proposição.....	628
2. Origem da regra	628
3. Jurisprudência	630
4. Consequências da incidência	633
5. A questão da vedação à <i>repetitio</i>	633
6. Utilidade da distinção	635
7. Alegação de nulidade formal	639
8. Síntese conclusiva.....	640
§ 76. <i>Tu quoque e exceptio non adimpleti contractus</i>	641
1. Proposição.....	641
2. <i>Tu quoque</i>	641
3. Aplicação tópica: <i>tu quoque</i> como figura da experiência.....	642

4. Os direitos de exceção e a noção de sinalagma	643
5. Sinalagma e <i>tu quoque</i>	645
§ 77. <i>Suppressio</i> e <i>surrectio</i>	647
1. Proposição.....	647
2. Noção e origem	648
3. <i>Suppressio</i> e boa-fé.....	649
4. A <i>surrectio</i>	652
§ 78. Boa-fé no balanceamento entre Justiça e Utilidade Contratual....	656
1. Proposição.....	656
2. As causas de cessação dos efeitos de um contrato: distinções...	657
3. Premissas sobre a terminologia adotada	658
§ 79. Boa-fé e exercício de denúncia	662
1. Noção e distinções	662
2. Boa-fé e exercício do direito formativo de denúncia.....	663
3. O parágrafo único do art. 473	666
§ 80. A cláusula resolutiva expressa, condição resolutiva e o art. 128 do Código Civil.....	671
1. Proposição.....	671
2. Boa-fé e cláusula resolutiva.....	671
3. A condição resolutiva e o art. 128 do Código Civil.....	672
§ 81. Resolução (em sentido amplo) por inadimplemento.....	672
1. Proposição.....	672
2. As espécies de inadimplemento.....	673
3. O incumprimento definitivo.....	673
4. Critérios para a averiguação da inutilidade da prestação para o credor	674
5. Incumprimento definitivo parcial.....	675
6. Boa-fé e apreciação da utilidade da prestação para o credor	677
§ 82. O adimplemento substancial do contrato	679
1. Noção e origem.....	679

2. Adimplemento substancial e boa-fé.....	679
§ 83. O inadimplemento antecipado do contrato.....	682
1. Premissas.....	682
2. Noção.....	682
3. Origem.....	684
4. O inadimplemento antecipado nos documentos do Direito Contratual Internacional.....	685
5. Aceitação no Direito brasileiro.....	686
6. Inadimplemento antecipado e boa-fé.....	687
7. Requisitos.....	688
§ 84. A violação positiva do crédito.....	690
1. Proposição.....	690
2. Extensão.....	690
3. Eficácia.....	691
§ 85. Conclusões muito sintéticas.....	692
BIBLIOGRAFIA.....	695
JURISPRUDÊNCIA CITADA.....	743
ÍNDICES REMISSIVOS.....	759
Índice remissivo <i>stricto sensu</i>	759
Casos nomeados.....	778
Legislação citada.....	780
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	788

NOTA DA AUTORA

«*Bôa-fé não soffre, exigir-se o mêsmo duas vêzes*»

(fórmula gaiana, traduzida e transcrita por Augusto Teixeira de Freitas. *Regras de Direito*).

Hesitei muito em publicar este livro, porque não teria sentido fazer uma nova edição ao *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*,¹ dezesseis anos após o lançamento original, em 1999, e quase vinte anos passados de sua efetiva redação como tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo em 1996. Mudou o mundo, mudaram lei, jurisprudência e doutrina e, fundamentalmente, mudou, pelo amadurecimento e experiência que só o tempo traz, também o pensamento desta autora. Por isso, ao invés de uma nova edição, é agora apresentado um novo livro, intitulado *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*.

Este apenas guarda, de seu antecessor, além de parcial evocação no título, uma síntese – bastante modificada – do que então havia sido o conteúdo dos três capítulos da Primeira Parte do livro publicado em 1999. Também sobreviveu, ainda que muito revisado, parte do texto dos então Capítulos 4 e 5, agora apreendidos nos Capítulos Segundo e Terceiro. Daí em diante, até o Capítulo Oitavo, tudo o mais foi escrito a partir de novas reflexões suscitadas pela experiência e compreensão dos dados que preenchem e caracterizam o entorno jurídico-cultural hoje vigorante.

1. MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; 2ª tiragem, 2000. As subsequentes referências a esse livro serão indicadas como: *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*.

O exame agora procedido está direcionado a um diverso foco: analisar a boa-fé como *modelo* ou *instituto jurídico* – como estava intuído em texto de 2002² – mas agora é mais bem desenvolvido; tratar a boa-fé *funcionalmente*; sistematizar e propor *critérios para a sua aplicação*.

Essa nova escritura e os desenvolvimentos aqui seguidos se faziam necessários, primeiramente porque não poderia contentar-me em maquiar com pinceladas de uma nova edição o primitivo texto, cujos primórdios situam-se no já muito distante ano de 1992, quando iniciadas as pesquisas para o que viria a ser a minha tese de doutoramento. Era também obrigatória a reelaboração estrutural e contenedora do livro, não apenas porque a experiência com os casos concretos apontou a outras vertentes, afinou perspectivas, refinou possibilidades de entendimento. Também carecia atualizar o trabalho porque mudou o panorama, no Brasil, acerca da boa-fé objetiva. E finalmente porque aquela intuição expressa nos textos de 2002 amadureceu e se transformou em convicção teórica: mais do que princípio, norma, *standard* (que também configura), a boa-fé objetiva é um *modelo*³ ou *instituto jurídico* do qual descendem outros institutos⁴ e figuras parciais de sua manifestação.

Na época em que iniciados os meus estudos acerca da boa-fé – ainda no mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por sugestão, orientação e estímulo do Professor Clóvis do Couto e Silva – o campo de pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema era, no Direito brasileiro, extremamente restrito e as dúvidas teóricas tinham como horizonte a contraposição entre o pensamento sistemático (entendido ao modo meramente axiomático) e o pensamento problemático ou tópico, suscitado pelas cláusulas gerais. Na primeira vez em que escrevi sobre a boa-fé objetiva, no ano de 1990, apenas três acórdãos foram encontrados, todos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁵ Na doutrina, afora dos textos de Couto e Silva,⁶ e uma ou outra referência em Orlando Gomes⁷ e Serpa Lopes⁸ (estes últimos, ainda assim, cuidando da boa-fé objetiva apenas como regra de interpretação), quase nada

2. MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé como Modelo. Notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no Direito brasileiro. *Rivista Roma e America*, Modena, Mucchi, 2002, p. 71-98. Republicado, posteriormente, com o seguinte subtítulo: «uma aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale», em: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes Fundamentais do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 188-221.

3. Acerca dos modelos jurídicos e dos modelos hermenêuticos ou doutrinários, vide, por todos: REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

4. Explicito esse ponto na Introdução, *infra*, §1.

5. Esses acórdãos estão transcritos e comentados em: MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da Boa-Fé. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, vol. 50, 1990, p. 207-227.

6. Notadamente em COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. Porto Alegre: Tese de Cátedra, 1964 (posteriormente publicada – São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976; Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006) e em O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 43-72.

7. GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

8. SERPA LOPES, Miguel Maria. *Exceções Substanciais*: Exceção de Contrato Não Cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 304-312.

mais havia. Até o pioneiro trabalho de Alípio Silveira, do início dos anos 70⁹ cuidava da boa-fé fundamentalmente em sua feição de «crença» ou «confiança investida» (uma feição objetivada, mas construída a partir da boa-fé subjetiva), não se ocupando, porém, em conferir ao princípio desenvolvimento dogmático para explicitar os deveres anexos e laterais que, na relação obrigacional, decorrem da sua incidência; fixar os critérios que pautam a boa-fé como baliza ao exercício jurídico lícito; e evidenciar suas figuras parcelares bem como a apontar às distinções que, conforme o campo de sua incidência, devem reger a sua aplicação.

No Direito Comercial, em que pese a presença, no Código de 1850, de preceito legal explícito¹⁰ versando a boa-fé na função de cânone hermenêutico, a doutrina também não se detinha sobre o tema: nenhuma monografia foi então encontrada que tivesse, como seu objeto, a análise específica da boa-fé, sequer como norma de interpretação, como estava, com todas as letras, no art. 131 – e, mesmo assim, ora era dada à expressão *boa-fé* ali constante conotação subjetiva,¹¹ ora era considerada critério hermenêutico meramente subsidiário e incidente apenas em face de ambiguidades ou de obscuridades no texto contratual.¹²

9. SILVEIRA, Alípio. *A Boa-Fé no Código Civil*. Tomos I e II. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1973. Este, autor de um amplo estudo que procura distinguir entre a «boa-fé crença» e a «boa-fé lealdade», mesmo assim atribui, à segunda, o caráter de um estado subjetivado, como se observa pelos grupos de casos que analisa no 2.º volume de sua obra.

10. *In verbis*: «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 subsequentes, 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.»

11. Assim atesta José Carlos Moreira Alves: «É de notar-se, porém, que esse dispositivo, que se apresenta com a natureza de cláusula geral, até época relativamente recente foi tido como simples princípio de hermenêutica que se baseia na boa-fé subjetiva» (MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro*. *Rivista Roma e America*, n. 7, Modena, Mucchi, 1999, p. 194).

12. Comentando o art. 131, Bento de Faria, importante comercialista da primeira metade do século XX, escrevia: «Quando as partes contratantes claramente expressarem a sua intenção deixando perceber inequivocamente as suas vontades, a ninguém é dado interpretar as cláusulas que a traduzem (*Interpretatio cessat in claris*). E continua: «E a convenção fazendo lei entre as partes, deve ser observada e cumprida em todas as suas consequências. Se, porém, a convenção for obscura, se seus termos forem suscetíveis de dois sentidos, se a vontade das partes for equívoca, o juiz então tem o direito de interpretar o contrato, e nessa tarefa deverá guiar-se antes pela intenção das partes do que pela significação gramatical das palavras empregadas». (FARIA, Antonio Bento de. *Código Commercial Brasileiro*, vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1920, p. 175, transcrito por MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Anotações sobre a Interpretação dos Contratos conforme à Boa-Fé. In: ESTEVEZ, André; JOBIM, Marcio Felix (Orgs.). *Estudos de Direito Empresarial*. Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 247-248. Essa

Correlatamente a essa notável ausência de *modelos doutrinários* que orientassem a aplicação da boa-fé,¹³ a jurisprudência era escassa, quase inexistente. Vigia, ainda que mudamente, a concepção de serem as normas semanticamente abertas, meros (e até mesmo indesejáveis) «conceitos amortecedores»¹⁴ na fricção entre o direito e a vida.

Foi necessária, à época em que comecei a mergulhar nesse tema, uma verdadeira garimpagem nos repertórios de jurisprudência (na altura, ainda não informatizados), resultando no encontro dos poucos, mas emblemáticos acórdãos que nomeei como «casos», comentei e, após, foram repetidos em outros textos de doutrina com a mesma denominação pela qual os identifiquei, como o «caso dos tomates», o «caso da loja de vestuários» ou o «caso do posto de gasolina».¹⁵ Essas decisões foram o resultado – é de justiça que se diga – do encontro entre a cultura, inteligência e sensibilidade de Clóvis do Couto e Silva, na doutrina, no ensino universitário e na linha de frente da advocacia, e de Ruy Rosado de Aguiar Júnior e de Adroaldo Furtado Fabrício, também professores, na magistratura.

Hoje, o panorama brasileiro é totalmente diverso. Em estimativa conservadora, se contarão às dezenas as obras que, direta ou indiretamente, versam a boa-fé. Considerados tão somente os Tribunais Superiores brasileiros, os julgados já ultrapassaram em muito o milhar. Ao invés da garimpagem, é necessária uma cuidadosa filtragem. Ao invés de apenas noticiar os julgados, é preciso submetê-los ao crivo da crítica – contundente, por certo, mas respeitosa e, fundamentalmente, colaborativa, pois, na ausência de um diálogo verdadeiro entre doutrina e jurisprudência, a Ciência Jurídica não se desenvolve e a insegurança – filha do voluntarismo – passa a imperar.

Em nosso panorama doutrinário e jurisprudencial, a boa-fé é incessantemente referida, proclamada ou estigmatizada, mas nem sempre compreendida. Distinções basilares são ignoradas até mesmo por professores e por legisladores.¹⁶ Há verdadeira «explosão» do emprego (nem sempre criterioso) da boa-fé, o que não é fenômeno apenas nacional. Verifica-se, considerado o quadro traçado pelo Direito Comparado, espécie de *essor* da boa-fé objetiva, inclusive atestada por sua inscrição em textos internacionais relevantes.

concepção que marcou a cultura comercialista brasileira, também se verificou na antiga doutrina italiana, como dá conta SCOGNAMIGLIO, Claudio. Interpretazione. In: RESCIGNO, Pietro; GABRIELLI, Enrico. Tomo I. *Trattato dei Contratti*. Torino: UTET, 1999, p. 959-963.

13. Sobre o papel orientador da doutrina na formulação de modelos hermenêuticos, escrevi: MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e Utilidade da Doutrina. In: MARTINS-COSTA, Judith *et alii*. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 9-40.

14. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. O autor, posteriormente, veio a repensar a concepção negativa primeiramente adotada, como apontam RAMOS, Luiz Felipe Rosa; SILVA FILHO, Osny da. *Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2015, p. 93-96.

15. MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. sistema e tópica no processo organizacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 473-480.

16. Vide, *infra*, Capítulo IV, §24.

A explosão do emprego do instituto jurídico designado como *boa-fé objetiva* tem um lado virtuoso e outro perverso. Virtuoso porque assenta no Direito brasileiro inafastável padrão ético à conduta contratual. Perverso quando o uso excessivo, desmesurado, imperito, deslocado dos *critérios dogmáticos* a que deve estar vinculado serve para desqualificá-lo, esvaziá-lo de um conteúdo próprio, diluindo-o em outros institutos e minorando sua densidade específica. Oferecer critérios é também oferecer limites. A ausência de limites importa necessariamente em arbítrio, como diz antigo provérbio – «quando as margens são ultrapassadas, caem todos os limites».

O panorama da aplicação da *boa-fé* é, portanto, paradoxal: de um lado, encontra-se o seu desenvolvimento por obra de uma jurisprudência responsável, pois ciente da conexão entre o fato e a configuração que terá, no caso, o princípio da *boa-fé*, bem como atenta ao mandamento constitucional de fundamentação da sentença; de outro, encontra-se o seu emprego traduzido no subjetivismo hermenêutico, vindo então a ser invocada a *boa-fé* objetiva ora como mero argumento de autoridade distanciado dos fatos cuja ordenação é a sua razão de ser; ora como escusa ao personalismo de um julgador por tudo infenso à controlabilidade democrática; ora *flatus vocis* que nada agrega ao convencimento, racional e sistematicamente ancorado, sobre a pertinência do argumento. Nesses casos, limita-se o julgador a proclamar a *boa-fé* sem explicitar as razões, de fato e de direito, pelas quais o faz, sem revelar o *problema* que suscita o direcionamento dado pela *boa-fé*, e sem indicar *como* encontrou a solução para a qual foi orientado pelo princípio. Então, o instituto designado pela expressão «*boa-fé*» resta transmutado em pretensa *fórmula mágica* difusamente empregada, sem distinções nem mediações, em um sem número de situações díspares. De figura da Ciência Jurídica, torna-se aríete do voluntarismo que, afastado da construção dogmática segura e consolidada pelo tempo e pela racionalidade própria ao universo jurídico, tudo quer modificar com palavras, sem nada construir com institutos ou modelos jurídicos.

O que se mostrava necessário neste livro, portanto, era compreender as nuances da operatividade da *boa-fé* objetiva, é dizer: os travos técnicos de sua *concreção*, o que vem refletido na mudança do subtítulo deste livro – indicativo dos critérios para a sua aplicação –, a bem demarcar que esta é *outra obra*, embora nascida da primeira e a ela atada, inclusive, em parte, textualmente.

Paralelamente a essa necessidade, a expansão no emprego da *boa-fé* para outros campos que não o do Direito Privado (isto é: Civil, Comercial, do Consumidor e Internacional Privado) e em outras jurisdições, como a arbitral, também apontavam à conveniência de serem traçadas distinções que pudessem ser de valia aos intérpretes do Direito, juízes, árbitros e advogados.

Esse novo enfoque está traduzido na estrutura deste livro. Dos cinco capítulos originais daquele primeiro livro de 1999, os três primeiros – que cuidavam de tracejar, na História, a dialética entre sistema e tópica – foram praticamente extirpados, sobrevivendo apenas no que era necessário o exame das raízes para pontuar que os significados atribuídos à expressão *boa-fé* têm sido incessante-

mente projetados e modificados ao longo do tempo, como é próprio dos objetos culturais que pautam as relações dos homens no mundo (Capítulo Primeiro). Sobreviveram alguns ecos dos dois Capítulos destinados, na obra de 1999, tanto a averiguar os sentidos e as funções das cláusulas gerais (Capítulo Segundo) quanto a pontuar as transformações mais relevantes do Direito das Obrigações de nossos dias (Capítulo Terceiro). Foram, porém, tamanhas as alterações que também aí se poderia falar em «novos capítulos». E foram acrescidos integralmente *ex novo* cinco outros Capítulos diretamente focados à aplicação da boa-fé objetiva.

No primeiro deles – o Capítulo Quarto – cuida das *distinções* e dos *critérios* que, no meu modo de ver, são úteis para a aplicação do *instituto da boa-fé* de modo dogmaticamente orientado. Não são critérios excludentes e exaurientes – antes, são prismas pelos quais um mesmo fenômeno é visto por diferentes angulações. Assim, por exemplo, a atuação da boa-fé pode ser vista, em diferentes matizes, pela luz dos demais princípios incidentes num mesmo campo normativo; pelo interesse contratual prevalente nas concretas relações contratuais travadas e desenvolvidas naquele campo; pelo tipo contratual (legal, social ou derivado da liberdade de formas expressiva da autonomia privada, configurando, então, o fenômeno da atipicidade) especificamente considerado.

Verso, em seguida, a sua apreciação *in concreto*, consideradas as distintas situações de vida em que se pode apresentar, destacando o *caráter escalonado de sua incidência*, conforme a situação fática que visa regular os múltiplos e complexos graus de sua intensidade, sempre polarizada pelo *fato*, direcionada pelas demais *normas* do Ordenamento e pelo *valor* a ser concretizado de modo prevalecente naquela situação concreta que se tem em vista solucionar.

No Capítulo Quinto (que traz brevíssimas lembranças, ainda, do livro anterior no concernente à boa-fé na fase pré-contratual), tracejei a distinção conforme as fases da relação obrigacional na qual manifesta-se a boa-fé, com atenção particular à fase antecedente à conclusão contratual. Isso porque na fase pós-contratual sua atuação é mais escassa; a fase de execução, por sua vez, constitui o tema do exame funcional proposto nos três últimos capítulos, destinados a averiguar, pela via da exposição e crítica dos julgados, as três principais funções: a boa-fé como cânone de interpretação; como fonte de deveres destinados a integrar o negócio jurídico; e como régua corretora do conteúdo do negócio e da conduta contratual.

No exame dos critérios, nos Capítulos Quarto e Quinto, procurei sublinhar que a boa-fé é um instituto jurídico fundamentalmente *relacional*, atuando ao modo articulado com outros princípios e regras legais, negociais e costumeiras e assim, compondo-se incessantemente com outras fontes de prescritividade: a lei, o negócio jurídico, os usos, e as decisões dos órgãos autorizados a aplicar o Direito.

Nos Capítulos Sexto, Sétimo e Oitavo está, pois, o exame funcional *in concreto*. Ali verso, por meio da exemplificação com casos práticos, exposição e a crítica da jurisprudência, da sua função hermenêutica (Capítulo Sexto); bem como da função integrativa, produtora de deveres que colmatam as lacunas do contrato e do sistema (Capítulo Sétimo); e da função corretora em sua dupla

vertente, já que atua a boa-fé tanto para coibir o *exercício jurídico ilícito* quanto para, em alguns casos, servir como pauta de controle do *conteúdo contratual* e, ainda, como ferramenta coordenadora da tensão entre o *justo e o útil*¹⁷ quando se trata de analisar e decidir acerca de determinados institutos que pautam o adimplemento (e o seu reverso, o inadimplemento) das Obrigações (Capítulo Oitavo).

Para tanto, foi necessário limitar-me, quase que exclusivamente, ao exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de restar inviabilizada uma análise rigorosa, em face do volume da produção decorrente da atividade dos Tribunais brasileiros.¹⁸

Já quanto ao conteúdo das ideias ora expostas, as modificações realizadas respeitadamente ao que fora exposto no livro de 1999 – que não infirmam o meu pensamento anterior, mas o complementam, corrigem, retificam, refinam, consolidam e clarificam – resultam do teste da experiência. De um lado, tentei traduzir a experiência da jurisprudência brasileira nos dois últimos decênios e as configurações dadas à boa-fé pelo Código Civil de 2002. De outro, busquei refletir sobre a minha própria experiência, continuamente suscitada, nas últimas duas décadas, a examinar a incidência da boa-fé na relação contratual, expondo o meu pensamento em pareceres, sentenças arbitrais, aulas, palestras, artigos e debates acadêmicos.

Assumindo a responsabilidade pela reflexão, volto, assim, a agradecer aos que me auxiliaram com a inspiração, com o auxílio à pesquisa e com o solidário e generoso exercício da crítica.

Aos professores e colegas que em congressos e aulas me questionaram sobre a boa-fé e escreveram sobre o tema – sobretudo aos que adotaram perspectivas distintas da minha – devo a interlocução, sem a qual a vida é tão pobre e a atividade intelectual não tem sentido.

Agradeço de modo especial aos meus antigos alunos e/ou orientandos, hoje colegas e amigos que nomeio em ordem alfabética: Carla Muller Rosa, Denise de Oliveira Cezar, Ester Peixoto, Giovana Benetti, Gustavo Haical, Karime Costalunga, Luis Felipe Spinelli e Mariana Pargendler, que revisaram vários capítulos, oferecendo-me preciosas sugestões. Sou igualmente grata a Fernanda Minarsky Martins-Costa que muito perguntou e me fez duvidar; à minha colega nas fortunas e nos infortúnios da docência junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Vera Fradera, atenta leitora das referências à CISG; à professora Selma Lemes, por suas acuradas sugestões quanto ao exame da boa-fé na execução do contrato de investidura; ao amigo José Emilio Nunes Pinto, pelas muitas conversas sobre o Direito Civil na arbitragem, que envolve com frequência o tema da boa-fé contratual; sou também grata a Laura Beck Varela, amiga, ex-orientanda, e a Eduardo Engelsing que

17. Essas expressões – justo e útil – remetem à conhecida teoria proposta por Jacques Ghestin acerca do equilíbrio contratual. Todavia, no contexto em que as utilizarei, não se confundem com aquela teoria. (Ver: GHESTIN, Jacques. *L'Utile et le Juste dans les Contrats*. Paris: Dalloz, 1982).

18. Considerando STF, STJ, STM, TST e TSE e, ainda, os 27 Tribunais de Justiça e os 5 Tribunais Regionais Federais.

corrigiram as referências em latim constantes do Capítulo Primeiro e com coragem acenaram – no caso de Laura – à conveniência de afiar a espada de Occam, conselho ouvido não sem alguma rebeldia inicial mas, depois, acatado com alívio; a Humberto Ávila, com quem conversei, com tanto proveito para mim, sobre os princípios e as cláusulas gerais; e a Guilherme Seibert e Giacomo Grezzana, pela disponibilidade de sempre e pelas traduções do idioma alemão.

De todos tive uma ajuda fundamental no labor de «sova e capina»¹⁹ resultante da leitura integral ou parcial dos originais, da generosidade ao dispor do seu tempo e do cuidado no apontar críticas e sugestões sempre pertinentes.

Sou grata de modo especialíssimo a meus alunos na Faculdade de Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul onde lecionei por vinte anos, pois as amarguras, futricas e mesquinhas da vida acadêmica foram para mim enormemente compensadas por sua presença, solidariedade, apoio, atenção, curiosidade e entusiasmos constantes. Dentre esses tenho especialmente presentes Gustavo Sanseverino, Erika Dutra, Giacomo Grezzana, Maurício Licks, Guilherme Seibert, Vitor Vieira, Amanda Moreno, Felipe Guaspari e Pietro Webber, que trabalham ou trabalharam como meus estagiários e/ou pesquisadores, este último se dedicando com entusiasmo e proficiência invulgares à revisão formal do livro. Agradeço sobremaneira à editora Marcial Pons e ao Professor Marcelo Porciuncula que tanto tem feito em prol da qualidade das letras jurídicas no Brasil. Agradeço também à solidária ajuda dos alunos da Faculdade de Direito da UFRGS, que atenderam com total competência e dedicação à urgência na elaboração dos índices.

De modo especialmente intenso sou grata a Rafael Branco Xavier, ex-estagiário, ex-aluno e orientando e agora meu sócio no escritório (juntamente com Mariana Pargendler e Giovana Benetti), sem cujo auxílio este livro não teria sido concluído. Desde quando estagiário em meu escritório, coletou grande parte das decisões do Superior Tribunal de Justiça ora analisadas, sobre elas também percorrendo em trabalho acadêmico originalmente sob minha orientação,²⁰ e revisou, linha por linha, rodapé por rodapé, todas as cerca de 800 páginas que se seguem, apontando minhas falhas, instigando o meu pensamento com perguntas embaraçosas, sugerindo esclarecimentos, discutindo textos e não me deixando desistir de seguir em frente.

Canela, junho de 2015.

19. A expressão está em carta de Raymundo Faoro a Jorge Rafael Cezar Moreira que transcrevi em: MARTINS-COSTA, Judith. Raymundo Faoro: o advogado como «líder da comunidade» e «transmissor da cultura». In: MOTA, Carlos Guilherme. *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro*. 1930 – dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 341-366.

20. XAVIER, Rafael Branco. *A Boa-Fé Objetiva na Jurisprudência do STJ*. Orientadora Professora Judith Martins-Costa. Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, 2012. O trabalho continuou, depois que desisti de prosseguir como professora na Faculdade de Direito da UFRGS, com a orientação do Professor Gerson Branco, estando ora expresso em: XAVIER, Rafael Branco. *Funções da Boa-Fé na Jurisprudência do STJ*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013, 167 páginas, onde também estampada grande parte dos acórdãos referidos nos Capítulos VI, VII e VIII deste livro.

INTRODUÇÃO

§ 1. A expressão boa-fé

1. Os sentidos. O sintagma «boa-fé» é utilizado na linguagem dos juristas de modo multifacetado, nem sempre designando o mesmo fenômeno jurídico.¹ A própria legislação registra a locução em diversas situações e significados, ora como conceito indeterminado integrante de regra jurídica,² ora como princípio,³ ora plasmando uma acepção objetiva, como *standard* jurídico (boa-fé como pauta da conduta devida),⁴ ora a acepção subjetiva (boa-fé como crença e/ou estado de ignorância),⁵ muito embora melhor se deva qualificar a boa-fé como

1. «Sintagma» é, para a teoria linguística, a combinação entre um determinante e um determinado. O «boa» determina a espécie de «fé» considerada. Mas um sintagma é, também, uma expressão de significado inacabado. Especificamente quanto ao sintagma «boa-fé», observa Mario Talamanca: «todos deveríamos saber» que sob a «mesma genérica etiqueta, podem estar contidos os mais disparatados valores, diversos no tempo e no espaço», sendo o papel do jurista, no seu presente, saber individuar quais são os valores correntes com base nos quais é regida a sociedade onde vive. TALAMANCA, Mario. *La Bona Fides nei Giuristi Romani – «Leerformeln» e Valori dell’Ordinamento*. In: GAROFALO, Luigi (Org.). *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell’Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea – Atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, vol. IV. Padova: Cedam, 2004, p. 3, em tradução livre.

2. Exemplificativamente, no Código Civil, art. 167, § 2.º, *in verbis*: «Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado».

3. Para as distinções entre princípio jurídico e conceitos jurídicos indeterminados, vide *infra*, Capítulo II, §14 e ss.

4. Paradigmaticamente, no Código Civil, art. 422, *in verbis*: «Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé». Por igual o 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».

5. Exemplificativamente, Código Civil, art. 1.201, *in verbis*: «É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa». Veja-se ainda, a título exemplificativo, arts. 242; 286; 309; 523; 637; 686; 689; 878; 879; 896; 901; 916; 918, § 2.º; 925; 954; 1.049; 1.149; 1.177; 1.201; *caput* e parágrafo único; 1.202; 1.214; 1.216 a 1.220; 1.222; 1.228, § 4.º; 1.238; 1.242; 1.243; 1.247, par. único; 1.254.

instituto ou *modelo jurídico*.⁶ Já quanto às acepções, o idioma português, tal qual o italiano, o espanhol, o francês e o inglês,⁷ dispõe de uma mesma e única expressão linguística para designar duas realidades jurídicas diversas⁸ a que são atribuídas distintas funções, gerando, cada qual, específicas e inconfundíveis eficácias normativas, discernidas pelo adjetivo: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.⁹ Apenas essa última é objeto de estudo neste livro, embora a boa-fé subjetiva compareça tanto para efetivar-se a distinção, quanto para indicar um estado de confiança objetivado ou objetivável, segundo critérios (por exemplo, os usos).

2. Boa-fé objetiva. Diga-se, por ora, tão somente que a expressão «boa-fé objetiva» não traduz um estado de fato (o «estar de boa-fé») que afasta a culpa ou gera determinadas pretensões aquisitivas (*e.g.*, a aquisição da posse) ou salvaguarda posições jurídicas (como ao credor de boa-fé). Diferentemente, o sintagma, quando adjetivado como «objetiva» ou «obrigacional», aponta a um modelo ou instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um *standard* comportamental.¹⁰ Conquanto não se possa definir um conceito, os juristas chegam ao seu conteúdo pela análise de diferentes situações nas quais os Tribunais encontram a razão de decidir (ou uma delas) na violação a esse *standard* comportamental. Trata-se de uma listagem extremamente heterogênea de situações, sendo dificultoso recortar de modo preciso o que tais situações têm em comum,¹¹ razão pela qual é imprescindível um exame casuístico – como primeira aproximação – e um *approach* funcional.¹²

Efetivamente, não é fácil essa caracterização, pois a locução «boa-fé» é uma expressão semanticamente vaga ou aberta e, por isso, carecedora de *concretização*, sendo a tarefa de concretizar sempre, e necessariamente, contextual. Por mais que seja manifesto um significado genérico do sintagma boa-fé – por todos compreensível, mas de pouco auxílio, justamente por conta da elevada genericidade – *especificar* o conteúdo de um comportamento pautado por esse

6. Vide Capítulo IV, §24.

7. No Direito inglês e no francês (assim como no brasileiro), utiliza-se o termo «boa-fé» para as duas realidades diversas. Vide: ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (Orgs.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 30-31. «On the distinction between “objective” and “subjective” good faith (...) see the comparative remarks by Hesselink (n.35) who points out that a number of legal systems (such as French or English law) tend to use the same term in both meanings».

8. Essas duas realidades normativas vêm, no idioma alemão, discernidas pelas expressões *Treu und Glauben* e *Gutten Glaube*.

9. A distinção entre boa-fé subjetiva e objetiva é tratada no Capítulo IV, §24.

10. Essas noções estão explicitadas no Capítulos VI, VII e VIII.

11. Vide a observação de GORDLEY, James. *Good Faith in Contract Law in the Medieval ius commune*. In: ZIMMERMANN, Reinhard e WHITTAKER, Simon (Orgs.) *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 93.

12. Apontando a essa perspectiva também: FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis. *La Bonne Foi*. In: *Terminologie Contractuelle Commune*. Paris: Societé de Législation Comparée, 2008, p. 223.

modelo jurídico nos variados casos concretos é tarefa de difícil realização. O conteúdo específico da boa-fé, em cada caso, está indissolúvelmente ligado às circunstâncias, aos «fatores vitais» determinantes do contexto da sua aplicação. Por isso é impossível apresentar uma definição apriorista e bem-acabada do «que seja» a boa-fé objetiva. Como sintetizado com precisão, o conceito de boa-fé parece mais interessar por sua função que por sua definição.¹³

Isso não significa, de modo algum, que a expressão boa-fé objetiva constitui *flatus vocis* ou elástico cheque em branco a ser preenchido de acordo com o impressionismo jurídico (principalmente aquele, muito perigoso à democracia, que é o ditado pelo incontrolável e subjetivo «sentimento de justiça»). Há – mesmo na relatividade do tempo e no espaço – um conteúdo mínimo (traduzido no *honeste vivere*¹⁴ ciceroniano) que lhe está conotado. O agir *segundo a boa-fé objetiva* concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico *campo de atuação* em que situada a relação obrigacional.¹⁵ Porém, no plano concreto das relações de vida que o Direito é chamado a ordenar, nem sempre é fácil saber quais são essas exigências de probidade, correção e lealdade; o que é um tráfico negocial adequado à finalidade e utilidade do negócio; em suma, o que caracteriza um comportamento segundo a boa-fé.

A especificação desse conteúdo é sempre *relacional* aos demais dados do contexto no qual incidente a normatividade da boa-fé,¹⁶ inclusive aos dados

13. No original: «De fait, le concept de bonne foi semble intéresser davantage par sa fonction que par sa définition». FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis. La Bonne Foi. In: *Terminologie Contractuelle Commune*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008, p. 215. Advirta-se que todos os termos entre aspas deste livro cujas referências estão em língua estrangeira, caso não haja referência explícita à tradução, são resultado de tradução livre. Incluem-se nesse contexto, pontualmente, traduções a línguas estrangeiras de obras de outras línguas, as quais também foram vertidas livremente ao português.

14. «*Profecto nihil est aliud bene et beate vivere nisi honeste et recte vivere*» (CÍCERO, *Paradoxa Stoicorum*, I, 46 a.C. (data provável) que li como: *Las paradojas de los estoicos*, I, 15, Ed. Universidad Autónoma de México, 2000, p. 7. Em tradução livre: «seguramente o viver bem e ditosamente não é outra coisa senão que o viver honesta e retamente»). O paradoxo está em que Cícero, nesta que é considerada a sua primeira obra filosófica, partindo do princípio de que «somente o que é virtuoso é bom», examina e refuta dois lugares comuns: a de que o bem (*bonum*) estaria na posse de riquezas materiais; e que o bem derivaria de um vida levada pelos prazeres.

15. BOURDIEU, Pierre. *Raison Pratiques: sur la Théorie de l'Action*. Paris: Éditions du Seuil, 1994, p. 53-57. Do mesmo autor, *Ce que Parler Veut Dire: l'Économie des Échanges Linguistiques*. Paris: Fayard, 1982, p. 53-58. A ideia bourdieusiana de *campo* foi enunciada pela primeira vez no livro *Microcosmos* no qual reunidos estudos sobre os diversos campos sociais. Sinteticamente, os «campos» constituem um pedaço do mundo social regido por leis e códigos próprios, caracterizando, tal qual na física «campos de forças» onde interagem indivíduos ou forças sociais diversas. Assim anotei em: MARTINS-COSTA, Judith. Os Campos Normativos da Boa-Fé Objetiva: as três perspectivas do Direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÓRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Org.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas: Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 388-421. Também publicado In: *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. VI. Coimbra: 2004, p. 85-128.

16. «O problema é, pois, de ver como, em circunstâncias diversas, segundo a variação dos contextos sociais na sincronia e da mesma comunidade na diacronia, se dá corpo aquela *flatus vocis*,

decorrentes do fenômeno da pré-compreensão,¹⁷ sempre culturalmente orientada, o que traz dificuldades especiais quando se trata de aplicá-la em relações marcadas pela diversidade de culturas jurídicas.¹⁸

Conquanto impossível – tecnicamente – *definir* a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, *indicar*, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes (valendo então a expressão como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional),¹⁹ bem como *discernir funcionalmente* a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do *alter*,²⁰ copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais.²¹ Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve como *pauta* de interpretação, *fonte* de integração e *critério* para a correção de condutas contratuais (e, em certos casos demarcados em lei, inclusive para a correção do conteúdo contratual).

àquela «*Leerformeln*» entre as quais se acolherão também a *bona fides* dos romanos e a nossa boa-fé. «*Leerformeln*» que – para não restarem meras expressões verbais – vão recheadas por valores, que não estão, porém, fixados *ab aeterno* e *in aeternum*, como não poucos creem, talvez justamente para – mais ou menos conscientemente – esconder o caráter variável daqueles valores que esses defendem como eternos». TALAMANCA, Mario. La Bona Fides nei Giuristi Romani – «*Leerformeln*» e Valori dell’Ordinamento. In: GAROFALO, Luigi (Org.). *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell’Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea* – Atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, vol. IV. Padova: Cedam, 2004, p. 4, em tradução livre).

17. GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Fundamentos de Hermeneutica Filosófica. Trad. espanhola de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Sigueme, 1991, p. 331-338; ESSER, Josef. *Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto*. Trad. italiana de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 132-137.

18. Mostram as dificuldades que cercam uma pretensa univocidade do princípio da boa-fé as obras coletivas organizadas por ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (Orgs.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, que pretende responder se há um «coração comum» à boa-fé no cenário contratual europeu, e por CÓRDOBA, Marcos; CORDOBERA, Lidia Garrido; KLUGER, Viviana (Orgs.). *Tratado de la Buena Fé en el Derecho*. 2ª ed. Tomos I e II. Buenos Aires: La Ley, 2005, mais centrado no panorama latino-americano, trazendo, outrossim, aportes de juristas europeus.

19. A boa-fé é um instrumento que «se não indica em si precisos modelos de comportamento», veicula, porém, «uma relevância no plano da valoração dos casos concretos» e pode – «mas em via apenas metonímica – ser adotada como uma designação coletiva para tais modelos», uma vez expressar uma «disposição de honestidade», «*diatesti d’onestà*», nas palavras de Talamanca, traduzindo a «feliz expressão» de Max Kaser, «*redliche Gesinnung*». (TALAMANCA, Mario. La Bona Fides nei Giuristi Romani – «*Leerformeln*» e Valori dell’Ordinamento. In: GAROFALO, Luigi (Org.). *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell’Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea* – Atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, vol. IV. Padova: Cedam, 2004, p. 13, em tradução livre).

20. Esses três grandes grupos de deveres abrangem, como oportunamente sublinharei, outros deveres, positivos ou negativos (tais quais os de informação, conselho, esclarecimento, de abstenção de condutas mais gravosas ao parceiro, de sigilo).

21. Outras funções ainda são desempenhadas, tal como, exemplificativamente, prevê o art. 765 do Código Civil em matéria de contrato de seguro; ou supõem os arts. 619, parágrafo único (*suppressio* em contrato de empreitada); 473 (denúncia unilateral, em contratos duradouros); 128 (requisito de persistência da eficácia dos atos, na superveniência de condição resolutive). Ver, *infra*, Capítulos VI a VIII.