

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Lucas de S. C. Vieira

Revisão gramatical: Mônica A. Guedes

Finalização: Miro Issamu Sawada

Capa: Miro Issamu Sawada

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.) – Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli – 2ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ISBN 85-7674-339-6

1. Direito Privado. 2. Princípios do Novo Código Civil. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Princípios do Novo Código Civil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).



OS CAMPOS NORMATIVOS DA BOA-FÉ OBJETIVA: AS TRÊS PERSPECTIVAS DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

JUDITH MARTINS-COSTA

*Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul*

Livre-Docente pela Universidade de São Paulo

SUMÁRIO. Introdução. – 1. As relações de consumo: a coligação com a presunção de vulnerabilidade do consumidor e a “simplificação” da boa-fé. – 2. As relações civis de “direito comum”: os vários níveis de uma boa-fé complexa e multifacetada. 2.1. Boa-fé como cláusula geral do comportamento intersubjetivo na relação obrigacional 2.2. Boa-fé como comando hermenêutico e integrativo do contrato. 2.3. Boa-Fé e Ilicitude – 3. As relações empresariais: boa-fé como mandamento de honestidade e informação. 3.1. Boa-fé e responsabilidade dos administradores. 3.2. Boa-fé e oferta pública de ações. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A noção de “campo” vem da sociologia de Pierre Bourdieu¹ para designar um pedaço do mundo social regido por leis e códigos próprios. Um campo é, também, um espaço de dominação e de conflitos. Tal qual na física há, na sociedade, “campos de forças” onde interagem indivíduos ou forças sociais diversas. A noção de “campo” está coligada à de “espaço social”, para deixar claro duas *idéias-força*: em primeiro lugar que o mundo social não pode ser pensado ao modo substancialista; em segundo lugar, para evidenciar o que Bourdieu denominou de “*princípio da apreensão relacional do mundo social*”².

Parece clara a pertinência da noção bourdieusiana de “campo” para o exame da boa-fé objetiva em face das duas razões ou *idéias-força* acima enunciadas. A expressão “boa-fé” é uma expressão semanticamente “vaga” ou “aberta” e, por isso, carecedora de concretização. Ora, a tarefa de concretizar é sempre, e necessariamente, contextual. Isto significa dizer que a expressão “boa-fé” não tem um conteúdo “imane” ou “substancialista” mas contextual, estreitamente ligado às circunstâncias, aos “fatores vitais” determinantes do contexto da sua aplicação. Há, evidentemente, um conteúdo mínimo – o *honeste vivere* ciceroniano – mas a especificação desse conteúdo³ será sempre *relacional* aos demais dados do contexto no qual incidente, inclusive aos dados decorrentes do fenômeno da pré-compreensão⁴. Além do mais, a boa-fé constitui um princípio jurídico⁵ e os princípios se aplicam por via da interconexão e

1 BOURDIEU, Pierre. *Raison Pratiques: sur la théorie de l'action*. Paris: Éditions du Seuil, 1994. Idem, *Ce que parler veut dire – l'économie des échanges linguistiques*. Paris, Fayard, 1982. A idéia bourdieusiana de *campo* foi enunciada pela primeira vez no livro *Microcosmos* no qual foram reunidos estudos sobre os diversos campos sociais.

2 BOURDIEU, Pierre. *Raison Pratiques: sur la théorie de l'action*. Paris: Éditions du Seuil, 1994, p. 53, *in verbis*: “Pourquoi me semble-t-il nécessaire et légitime d'introduire dans le lexique de la sociologie les notions d' espace social et de champ du pouvoir? En premier lieu, pour rompre avec la tendance à penser le monde social de manière substancialiste. La notion d'*espace* enferme, en soi, le principe d'une appréhension *relationelle* du monde social: elle affirme en effet que toute la “réalité” qu'elle désigne réside dans l'extériorité mutuelle des éléments qui la composent. Les êtres apparents, directement visibles, qu'il s'agisse d'individus ou de groupes, existent et subsistent dans et par la *différence*, c'est-à-dire en tant qu'ils occupent des *positions relatives* dans un espace de relations (...)”

3 Vide nota 54, *infra*.

4 GADAMER, H. G., *Verdad y método. Fundamentos de Hermenéutica Filosófica*. Trad. esp. Sigüeme: Salamanca, 1991.

5 O fato de a boa-fé objetiva vir apreendida, legislativamente, pela técnica das cláusulas gerais não elide a sua caracterização como princípio, entendendo-se por “princípio” espécie do gênero “norma jurídica”. A cláusula geral é uma técnica legislativa que, no mais das vezes, “captura”, “expressa” ou “encerra” um princípio.

ponderação com outros princípios⁶. Podemos assim dizer que, conforme o espaço jurídico⁷ no qual atua, a boa-fé apresentará diferentes *feições*, às quais correspondem, semelhantemente, diversas *funções*.

Escolho, para comprovar essa proposição, três “campos jurídicos”, a saber, o das relações de consumo; das relações que, à falta de melhor designação, podemos chamar de “direito comum”; e o das relações empresariais⁸, propondo, assim, uma micro-comparação interna entre as feições e as funções do princípio da boa-fé no Direito Privado brasileiro. Para tal fim, porém, devo ainda fornecer alguns dados introdutórios, relativamente à recepção do princípio no Direito brasileiro.

Como observei em outra ocasião⁹, a boa-fé obrigacional, também dita boa-fé objetiva, chegou tarde ao Direito brasileiro legislado. Só a partir de 1990 é que

-
- 6 DWORIN, R. *Taking Rights Seriously* na edição original, 5ª impressão (Duckworth, Londres, 1987) e na tradução espanhola, de Marta Guastavino, *Los Derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1989, em especial p. 75 e ss. ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, em especial pp. 81 a 93.
- 7 A perspectiva de exame pode ser tanto a da comparação entre diferentes sistemas ou entre diferentes campos de função de uma mesma regra, instituto ou princípio. Para ambos os casos vale a observação sempre atual de Ascarelli sobre a comparação jurídica: “Chè questa perde parte della sua utilità ove ridotta a una comparazione delle soluzioni adottate nei vari paesi senza tener previamente conto dei problemi alla cui soluzione intendono le varie norme”(ASCARELLI, Tullio. *Experiências de viagens jurídicas – Direito civil e comercial. Ora em Ensaio e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 404).
- 8 Consideramos, para os efeitos do presente estudo: a) as relações de consumo que, no Brasil, vêm reguladas pela Lei n.8.078, de 11.9.90 (CDC); b) as relações de “direito privado comum”, fundamentalmente, o que é regulado pelo Código Civil (Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002) e leis especiais que não digam respeito às relações de consumo nem às relações de emprego, regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943), não havendo consenso, na doutrina, à questão de saber se o Direito do Trabalho integra o Direito Público ou o Direito Privado; c) as relações empresariais, abrangidas pelo Código Civil, leis e regulações de Direito Societário. Deixamos de fora a aplicação da boa-fé no Direito Administrativo, em que tem marcada atuação (confira-se, a respeito, COUTO e SILVA, Almiro. *Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63; GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002).
- 9 A Boa-Fé como Modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no Direito Brasileiro). In *Revista Roma e America – Diritto Romano Comune*, Mucchi Editore, Roma, 2002 pp. 71 – 98, ora *Diretrizes Fundamentais do Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002. Também escrevi sobre o tema: “O Princípio da Boa-Fé”, comentário de jurisprudência. In *Revista Ajuris*, vol. 50, Porto Alegre, 1991, pp. 207 a 227; O Princípio da Boa Fé e a Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista Direito do Consumidor*, vol. 4, São Paulo, 1992, pp. 140 a 172. *A Boa Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999; Mercado e Solidariedade Social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In “*A Reconstrução do Direito Privado. – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado* (org. MARTINS-COSTA, J.). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 611-661; *Comentários ao Novo Código Civil – Adimplemento e Inadimplemento das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 (1ª Ed.); Buena Fé objetiva y el cumplimiento de las Obligaciones, in *Tratado de la Buena Fé* (org.) CORDOBA, M.; GARRIDO, L., e KLUGER, V. Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 95-128.

os textos de lei passaram a contemplá-la, e ainda assim no domínio próprio das relações de consumo. O Código Civil de 1916 não continha regra acerca da boa-fé obrigacional, diversamente do que ocorre com o novo Código, entrado em vigor em 2002, no qual – como veremos – são expressivas as referências ao princípio. É bem verdade que o vetusto Código Comercial, de 1850, aludia, no art. 130, à boa-fé como cânone hermenêutico dos contratos¹⁰, mas este texto jamais desempenhou funções de cláusula geral, pouco passando de letra morta¹¹.

Na doutrina e na jurisprudência o panorama não era – até o final dos anos 80 –, muito diverso¹². Conquanto breve referência à boa-fé contratual já constasse das obras de Miguel Maria de Serpa Lopes¹³, Orlando Gomes¹⁴ e de Alípio Silveira¹⁵, era o tema ignorado não apenas nos manuais. Mesmo grandes autores, como Pontes de Miranda, não deram à boa-fé objetiva a atenção e a importância que o tema merecera em outros sistemas, como o alemão. Como observou Clóvis do Couto e Silva:

[...] os autores que escreveram, posteriormente ao CC brasileiro, não mencionam em geral a importância do princípio da boa-fé para uma moderna concepção da relação obrigacional, não a definem como uma complexidade, uma estrutura ou um sistema de processos.¹⁶

-
- 10 C. Com., art. 130, *caput* e inciso I, *in verbis*: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I. 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”.
- 11 São muito raras as decisões fundamentadas no art. 130, I com o sentido objetivo da boa-fé (vide, adiante, um dos raros exemplos). Acentua, a propósito, 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”. (A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro. *In: Revista Roma e América*, vol. 7, Roma, 1999, p. 194).
- 12 Aproximadamente ao Direito italiano, em que o princípio começa a despertar a atenção doutrinária nos anos 70, chegando à jurisprudência apenas nos anos 80, como refere ALPA, G. I Principi generali. *In: Trattato di Diritto Privato*. (org.) IUDICA, G., e ZATTI, P. Milão. Giuffrè, 1993, p. 296.
- 13 SERPA LOPES, Miguel Maria. “Curso de Direito Civil”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1ª edição, 1957.
- 14 GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais (1ª edição de 1967).
- 15 SILVEIRA, Alípio, *A Boa-Fé no Código Civil*, Tomos I e II, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1973. Autor de um amplo estudo que procura distinguir entre a “boa-fé crença” e a “boa-fé lealdade”, mesmo assim Silveira atribui, à segunda, o caráter de um estado subjetivado, como se observa pelos grupos de casos que analisa no 2º volume de sua obra.
- 16 COUTO E SILVA, Clóvis. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. *In: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 58.

Coube justamente a Couto e Silva – fundado na doutrina de Emílio Betti e na expansão dada ao tema pela civilística alemã¹⁷ e por autores portugueses¹⁸ – inaugurar o câmbio semântico que discerniu a concepção subjetiva da concepção objetiva da boa-fé¹⁹ apontando as suas potencialidades como “princípio ativo”, capaz de operar “verdadeira transformação jurídica através da doutrina e do Poder Judiciário”²⁰.

Em obra de 1964²¹ já qualificava Couto e Silva a boa-fé como cláusula geral, discernindo entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva (essa, sim, tradicional em nosso universo jurídico, seja nos Direitos Reais, seja no Direito das Obrigações sob a forma de “crença legítima” ou de “ignorância escusável”), apresentando-a em sua complexa funcionalidade. Para além de cânone hermenêutico, vinha a boa-fé posta como elemento essencial à caracterização do adimplemento, entendido não apenas como o cumprimento do contrato segundo a sua letra, mas como a *prestação satisfativa*, considerada a finalidade econômico-social do contrato e as concretas circunstâncias do processo obrigacional. Nesse sentido, apontava a boa-fé como fonte dos “deveres anexos”, que tenho preferido denominar de “deveres instrumentais” para deixar bem marcada a sua instrumentalidade em vista do escopo econômico-social que o contrato, como veste jurídica de uma operação econômica, deve viabilizar.

Na virada dos anos 80 uma notável coincidência fez a boa-fé objetiva emergir das sombras e seguir trilhas próprias, bem marcantes das peculiaridades que o Direito brasileiro daria ao tema nos finais do séc. XX e na primeira década do séc. XXI: concomitantemente ao incipiente e localizado²² tratamento jurisprudencial²³, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei n° 8.078, de 11.9.90)

-
- 17 Em especial LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*; ESSER, J. *Schuldrecht*; SIEBER, W. *Treu und Glaube* e os *Kommentare* de STAUDINGER-WEBER.
- 18 De modo particular a obra de ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, ora em sua 9ª edição (2002).
- 19 Diferentemente do idioma alemão, que distingue com signos lingüísticos próprios a boa-fé objetiva (*Treu und Glaube*) e a boa-fé subjetiva (*guter Glaube*), a língua portuguesa, tal qual a italiana, a espanhola e a francesa, dispõe de um mesmo e único sintagma para designar ambas realidades normativas, o que provoca sérias confusões na doutrina e na jurisprudência.
- 20 COUTO E SILVA, Clóvis. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 43.
- 21 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*, Tese de Cátedra, Porto Alegre, 1964, posteriormente publicada (São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976).
- 22 A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) foi pioneira no atentar ao princípio que só em meados da década de 90 passa a ser objeto de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de outros Tribunais estaduais.
- 23 Comentei essas decisões em Princípio da Boa-Fé. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, vol. 50, p. 207-227, 1990.

como decorrência de mandamento da Constituição Brasileira de 1988 que reconhece a proteção do consumidor como direito fundamental²⁴ e como princípio da ordem econômica²⁵. O CDC, cujo campo de incidência é extenso²⁶, situa a boa-fé como um dos *princípios* da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, inciso III²⁷) e como critério de aferição de abusividade de cláusula contratual (art. 51, inciso IV²⁸). Desta forma, contemporaneamente à “descoberta”, por setores da jurisprudência, das virtualidades da boa-fé como elemento transformador da relação obrigacional, afastando o voluntarismo extremado e situando-a como “ordem de cooperação” entre as partes, a vigência do Código de Defesa do Consumidor agregou ao princípio funcionalidades muito específicas.

24 CF-88, art. 5º, XXXII: “O Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor”.

25 CF-88, art. 170, V: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor”.

26 O campo de incidência *ratione personae* do CDC não se limita às pessoas físicas. Pelo contrário, o conceito jurídico de consumidor é relacional (carecendo encontrar, no outro pólo, a figura do “fornecedor” de produtos ou de serviços) e extensivo, como demonstrou Daniela Fontoura de Barcellos. Há o consumidor em sentido próprio, receptor da integral proteção da lei, definido no art. 2º, *caput*, do CDC (*in verbis*: Art. 2º – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final. Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo), mas a proteção do CDC estende-se para outros, sujeitos de uma tutela especial na condição de equiparados. São as vítimas (art. 17), os expostos a práticas abusivas (art. 29) e a coletividade de pessoas que haja intervindo em uma relação de consumo. Essa coletividade pode ser de sujeitos difusos, coletivos em sentido estrito ou de sujeitos individuais com direitos homogêneos (cf. FONTOURA DE BARCELLOS, Daniela Silva. *O Conceito Jurídico De Consumidor: Análise comparada entre os ordenamentos jurídicos Brasileiro e Argentino*. Porto Alegre, 2004, no prelo). A incidência *ratione materiae* é também extensa. Na forma do art. 3º (que define a figura do “fornecedor” e seus parágrafos, abrange, *in verbis*, “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Os parágrafos 1º e 2º do art. 3º definem: § 1º – “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º – Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

27 CDC, Art. 4º – A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (*omissis*) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

28 CDC, art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (*omissis*) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

1. AS RELAÇÕES DE CONSUMO: A COLIGAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE E A "SIMPLIFICAÇÃO" DA BOA-FÉ

É comumente reconhecida à boa-fé objetiva uma tríplice função, qual seja, a de atuar como cânone hermenêutico e integrativo, como fonte de deveres jurídicos e como limite ao exercício de direitos subjetivos. Porém, ao determinar, no art. 4º, que a Política Nacional das Relações de Consumo tem como objetivos, entre outros, "a transparência e a harmonia das relações de consumo", atendidos, entre outros, os princípios da *harmonização dos interesses dos participantes daquelas relações*²⁹, a fim de serem viabilizados os princípios nos quais se funda a ordem econômica, "sempre com base na boa-fé e no equilíbrio" daquelas relações, o CDC foi além daquela tríplice função: conjugando à conduta segundo a boa-fé o *equilíbrio* entre posições do pólo fornecedor e do pólo consumidor, agregou-lhe ainda a *função corretora do desequilíbrio contratual*³⁰, daí resultando, na prática, a boa-fé como mandamento de otimização do equilíbrio contratual e, no plano metodológico, a *superposição* da boa-fé ao princípio do equilíbrio (ou da "equivalência das prestações"³¹). Ao fim e ao cabo, transformou-se a boa-fé num princípio geral de tutela ao contratante débil, muito embora a letra da lei fornecesse outros princípios e mecanismos técnicos melhor adaptados a essa função³².

Conquanto tratada no CDC como princípio, e não como cláusula geral³³, a boa-fé adquiriu esse perfil funcional por obra da jurisprudência, passando a ser

29 Não só as partes contratuais, portanto, mas todos os que, mediata ou imediatamente, participam da relação jurídica de consumo, como os expostos às práticas abusivas de que trata o art. 29.

30 Assim observei em: Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo (In: *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, garantias e direitos constitucionais fundamentais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661).

31 Discernindo entre ambos AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA. Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana de Terceiro que Contribui para o Inadimplemento Contratual. In *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 750, abril de 1998. p. 113-120. Na doutrina italiana, ALPA, G. I principi generali. In *Trattato di Diritto Privato*. (org.) IUDICA, G., e ZATTI, P. Milão. Giuffrè, 1993, p. 297.

32 Assim, no CDC, a presunção da vulnerabilidade (art. 4º, I); e os princípios da transparência (art. 4º, *caput*) e da interpretação *contra proferentem* (art. 47); e o mecanismo da inversão do *onus probandi* se, à presunção de vulnerabilidade, acrescesse a hipossuficiência, esta a ser averiguada pelo juiz "segundo as regras ordinárias de experiência" (art. 6º, VIII).

33 Para a distinção os meus: *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 315-328; e O Direito Privado como um 'sistema em construção': as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1998. vol. 753, pp. 24 a 48. Acerca da boa-fé no CDC há uma vasta bibliografia, destacando-se AGUIAR JR., Ruy Rosado. A Boa-Fé nas Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 14, p. 20; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista*

utilizada como fonte de “deveres anexos”³⁴, de modo especial o dever de informar³⁵ (na fase pré-negocial, na conclusão e no desenvolvimento do contrato); como critério para a revisão dos contratos em casos de excessiva onerosidade superveniente, inclusive para o efeito de dispensar o requisito da imprevisibilidade³⁶; como cânone hermenêutico para a concretização de cláusulas contratuais segundo a interpretação pró-consumidor ou segundo a finalidade econômico-social do negócio³⁷; como elemento permissivo da revisão judicial dos contratos, por via da anulação de cláusulas, na hipótese de configurar-se a abusividade contratual³⁸; como norma limitante (ou paralisante) do exercício de direitos subjetivos ou poderes formativos, conduzindo a figuras que, no Direito Comparado, encontram similitude na Teoria dos Atos Próprios (tal qual expressa o brocardo que impede *venire contra factum proprium*³⁹); na Teoria do Adimplemento Substancial (*substantial performance*)⁴⁰; da Quebra Positiva do Contrato (*positive Vertragsverletzung* ou *fundamental breach of contract*)⁴¹; e da paralisação do exercício de direitos subjetivos ou formativos, como ocorre na *Verwirkung*⁴².

-
- de *Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 3, p. 78-87, 1992; e MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª ed., 2002, pp. 671.
- 34 STJ, RESP 595631 /SC; Terceira Turma. J em 08/06/2004 (In: DJ 02.08.2004 p.00391).
- 35 Exemplificativamente, STJ RESP 485760 / RJ; Quarta Turma. J. em 17/06/2003 (In: DJ 01.03. 2004, p..00186); RESP 264562 / SE; Terceira Turma. J. em 12/06/2001 (In: DJ 13.08.2001 p. 00150); RESP 330261 / SC; (In: DJ de 08/04/2002, p. 00212); idem em RSTJ, vol. 00154, p. 00350. Na doutrina, FRADERA, V. A interpretação da proibição da publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 4, São Paulo, Revista dos Tribunais, p.178. FABIAN, Christoph. *O Dever de Informar no Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- 36 Exemplificativamente, STJ, RESP 299501/MG; Terceira Turma, J. em 11/09/2001 (In: DJ de 22.10.2001, p. 00319).
- 37 STJ, RESP 5932/RS; Terceira Turma. J. em 11/12/1990 (In: DJ 18.02.1991 p. 01037; idem em RSTJ, vol. 00033, p. 00323).
- 38 V.g. STJ, RESP 250523 /SP – Quarta Turma. J. em 19/10/2000. In: DJ 18.12.2000 p.00203 (idem em LEXSTJ, vol. 00141, p. 00194 e RSTJ, vol. 00145, p. 00446). Também o RESP 158728/RJ; Terceira Turma. J. em 16/03/1999 (In: DJ 17.05.1999 p. 00197; idem em LEXSTJ, vol. 00122, p. 00188 e em RSTJ, vol. 00121, p. 00289) Também o RESP 80036/SP; Quarta Turma. J. em 12/02/1996 (In: DJ 25.03.1996 p. 08586).
- 39 STJ, RESP 95539/SP; Quarta Turma. J. em 03/09/1996 (In: DJ 14.10.1996 p.39015; idem em LEXSTJ vol. 00091 p. 00267 e em RSTJ, vol. 00093 p. 00314).
- 40 V.g. STJ, RESP 272739/MG; Quarta Turma. J. em 01/03/2001. (In: DJ 02.04.2001 p.00299; idem em RSTJ VOL.:00150 p.00398). Com indicação de outros julgados o meu A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Experiências do Direito* (org.) REALE, M., REALE JR., M., e FERRARI, E. São Paulo, Millenium, 2004, pp. 23-62.
- 41 Exemplificativamente: TJRS, AP. Civ. nº70007283435, Vigésima Câmara Cível. J. em 22/10/2003; Também E. Decl. nº 70007639875, Vigésima Câmara Cível. J. em 26/11/2003). Na doutrina: FERREIRA DA SILVA, J. Cesa. *Boa Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- 42 V.g.: STJ, RESP 214680/SP, Quarta Turma. J. em 10/08/1999. (In: DJ 16.11.1999 p. 00214. idem em LEXSTJ, vol.00128 p.00228 e em RSTJ vol. 00130 p. 00366).

Independente de um exame crítico dessa supervalorização da boa-fé⁴³, impende anotar que a feição que lhe foi então conferida pela jurisprudência decorre de uma geralmente implícita coligação entre aquela e o pressuposto fático e normativo da *vulnerabilidade do consumidor*⁴⁴, também estruturante da Política Nacional das Relações de Consumo, na medida em que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo. Note-se que, no Direito consumerista brasileiro, há presunção da vulnerabilidade⁴⁵, o que parece adequado ao tratamento das relações obrigacionais no quadro de uma “economia social de mercado” tal qual desenhado pela regulação constitucional da Ordem Econômica⁴⁶. Muito embora as reformas neoliberais dos últimos anos, se está ainda distante, no Brasil, ao me-

43 V. TEPEDINO, G. e SCHREIBER, A. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil, *Revista da EMERJ*, n. 23, outubro de 2003 (Edição Comemorativa dos 15 anos da Constituição), pp.139-151, *in verbis*: “A boa-fé objetiva ganhou na jurisprudência brasileira um papel, por assim dizer, reequilibrador de relações não-paritárias, que nada tem com o conceito de boa-fé em si, mas que era fundamento do Código de Defesa do Consumidor em que a cláusula geral de boa-fé vinha inserida. Era natural, portanto, que os tribunais brasileiros, desconhecendo dos contornos dogmáticos da noção de boa-fé objetiva, atribuísem ao instituto finalidade e função que tecnicamente não eram seus, mas do Código consumerista. Contribuiu para este fenômeno certa inexperiência do Poder Judiciário brasileiro em lidar com princípios e cláusulas gerais, o que resultava em uma “super-invocação” da boa-fé objetiva como fundamento ético de legitimidade de qualquer decisão, por mais que se estivesse em campos onde a sua aplicação era desnecessária ou até equivocada”.

44 Com razão FERREIRA DA SILVA, J. Cesa, segundo o qual a vulnerabilidade não é um princípio (pois não está no campo do “dever-ser”), mas um pressuposto fático (o consumidor “é” vulnerável). (In: É a vulnerabilidade um princípio de Direito do Consumidor? Porto Alegre, 2004, inédito). A vulnerabilidade é, assim, um pressuposto fático e também um pressuposto normativo, quando atua na interpretação das regras do CDC.

45 Não há ainda clareza, na jurisprudência e na doutrina, acerca da natureza da presunção, se absoluta ou relativa. A “diretriz da concreção” indicaria, ao meu ver, à relatividade da presunção, tal qual decidiu a Justiça Federal do RGS no processo n 95.0000136-5 (juizador: juiz Roger Raupp Rios, j. em 14.10.1995, não publicada) no qual a Caixa Econômica Federal pretendeu valer-se do CDC, na condição de consumidora, para reclamar por danos advindos de furto de máquinas calculadoras nas dependências da pequena empresa que, como “fornecedora”, realizava os consertos das máquinas. Disse o juiz: “O aludido Código não pode ser invocado pela Caixa Econômica Federal, empresa pública de grande porte, contra a pequena empresa de conserto de máquinas calculadoras. As normas nele vinculadas têm por fim proteger, nas relações de consumo, o hipossuficiente, não consagrar ao mais forte direitos ainda mais amplos e efetivos. Tal é sua diretriz, balizada, sem dúvida, nas vigentes concepções de Estado Social de Direito, hoje consagradas no constitucionalismo contemporâneo”.

46 CF-88, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Na doutrina, por todos: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 7ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002.

nos do ponto de vista normativo⁴⁷, da direção traçada na Europa pelos propósitos comunitários⁴⁸.

Porém, é preciso ter presente que as funcionalidades específicas que a boa-fé adquiriu no domínio das relações de consumo advêm da conexão com pressupostos, presunções e princípios do CDC (nomeadamente, o pressuposto da vulnerabilidade e os princípios do equilíbrio contratual e da interpretação *pro* consumidor), bem como da própria razão de ser da legislação consumerista: esta não faria sentido se não fosse a efetiva e real *assimetria de poderes sociais* existentes entre consumidores e fornecedores no mercado de consumo. Conquanto a influência do Direito do Consumidor sobre o sistema jurídico⁴⁹ possa ser benéfica, a questão está em determinar se uma idêntica chave de leitura da boa-fé

47 Retomando as sugestões de Ascarelli e de Irti sobre a distinção entre ordem normativa e ordem natural o meu: Mercado e Solidariedade Social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo (In: *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 611-661).

48 V. a análise crítica de SOMMA, A. "Modernizzare" l'ordinamento privatistico: l'economia sociale di mercato e la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. In: *Estudios de Derecho Civil – Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa – 40 años de Rectoría*. Tomo III. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 315-338. Referindo as "reazioni di rigetto" à cláusula geral da boa-fé, notadamente pelos países de *common law*, mas com a perspectiva da construção de um direito unitário expressivo de "ideali e valori comuni" e não atrelado exclusivamente ao mercado, ALPA, G. Diritto Privato Europeo. L'armonizzazione della disciplina dei contratti. In: *Estudios de Derecho Civil – Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa – 40 años de Rectoría*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 47-55.

49 Aludo ao conhecido trabalho de SAUPHANOR, Nathalie. *L'influence du Droit de la Consommation sur le Système Juridique*. Paris, LGDJ, 2000, cuja perspectiva é a dos reflexos da *metódica jurídica* sobre a qual está fundada a legislação consumerista francesa em outras disciplinas. Essa *metódica* é a que parte de uma consideração de ordem "funcional" sobre as regras jurídicas e sua disciplina, agrupadas em volta de uma finalidade ou diretriz de base. Como conseqüências desta influência estão: a modificação no método hermenêutico, o traçar de um papel mais ativo ao juiz e a renovação da teoria das fontes, que se abre ao pluralismo. Além da modificação no método hermenêutico há a modificação nos métodos legislativos, não mais enucleados na ficção de igualdade formal, mas no *princípio da diferença*, para o que as condutas humanas são normatizadas em seus aspectos parciais, consoante a "teoria dos papéis" sociais. Porém, para evitar a transposição acrítica – pecado maior em que pode incorrer o comparatista – é justo observar que, diferentemente de outros sistemas, o brasileiro: a) tem, tradicionalmente, em matéria de fontes, uma posição mais flexível, inclusive permitindo uma larga e direta influência da doutrina, mesmo a estrangeira, na jurisprudência; b) codificou em um *corpus* legislativo específico as regras aplicáveis às relações de consumo, incidentes a partir de um conceito amplo de "consumidor", não restrito às pessoas físicas, isto é: nem inseriu a proteção ao consumidor no Código Civil, como fez o Direito alemão, nem tratou do tema por meio de várias "leis especiais" sem pretensão codificatória, como fez o Direito francês; c) tratou esse *corpus* como Código "do Consumidor" e não como "Código do Consumo" (que corresponderia ao termo francês "*consommation*"), deixando claro o âmbito da proteção especial conferida a um dos pólos da relação jurídica; d) reuniu, no Código de Defesa do Consumidor, a par de uma principiologia própria, regras de direito das obrigações, de direito penal, processual e administrativo, atribuindo-lhe, assim, o caráter de "microssistema" (e não de subsistema) legislativo.

objetiva será adequada para o tratamento das relações obrigacionais que não apresentam em seu substrato uma tal assimetria de poderes sociais, tal qual ocorre nas relações de direito comum "paritárias" e as relações interempresariais. Como anotaram Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber⁵⁰:

[...] por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais.

É verdade que em algumas decisões a boa-fé foi direcionada *contra* a pretensão deduzida em juízo pelo consumidor que agira deslealmente, entendendo-se, de modo correto, que o princípio impõe a *ambos* os partícipes da relação jurídica obrigacional os deveres de lealdade e correção de condutas⁵¹. Por vezes, porém, tem sido a boa-fé confundida com a equidade⁵² ou chamada a atuar como argumento "forte" para uma multiplicidade de casos muito diversos, o que acaba por prejudicar a sua efetividade, pois seus traços distintivos não terão a necessária *capacidade delimitadora*⁵³. Quando através de um mesmo sintagma se quer significar um universo muito largo de situações, desenvolvendo-se extensíssimo re-

50 TEPEDINO, G. e SCHREIBER, A. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, n. 23, outubro de 2003 (Edição Comemorativa dos 15 anos da Constituição), Pp.139-151

51 Exemplar o STJ no RESP 256274/SP, Quarta Turma, J. em 26/09/2000. In DJ 18.12.2000 p. 00204. Ementa. Lucros Cessantes. Execução de sentença. Período a considerar. Boa-fé. Seguro. Citação do IRB. 1. Constando da sentença exequenda que os lucros cessantes devem ser considerados até a data do efetivo pagamento, essa data limite deve corresponder à do depósito judicial efetuado pela seguradora sobre a parte incontroversa, superior ao valor dos danos emergentes. 2. A avaliação do período a considerar para os lucros cessantes deve ser feita de acordo com a boa-fé objetiva, que impõe ao lesado colaborar lealmente, praticando atos que estavam ao seu alcance, para evitar a continuidade do prejuízo. (...).

52 O juízo de equidade opera de modo funcionalmente diverso, pois a equidade é assistematizadora, atirando o intérprete "para fora" do sistema, enquanto o juízo segundo a boa-fé é re-sistematizador (tendendo a promover uma sistematização "aberta", por "grupos de casos típicos", como registrei em *A Boa-Fé No Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 335-336. No mesmo sentido, SCONAMIGLIO, Cláudio. Il Nuovo Diritto dei Contratti: Buona Fede e Recesso Dal Contratto. In: *Europa e Diritto Privato*. Fasc. 4-200, p. 814. Para um exame das indistinções oitocentistas entre uma e outra – e a distinção ora procedida na doutrina italiana – v. ALPA, G. La Buena Fé Integrativa. Notas acerca de la dirección parabólica de las clausulas generales. In *Tratado de la Buena Fé en el Derecho* (org. CÓRDOBA, M., CORDOBERA, Lúdia M. G., e KLUGER, Viviana). Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 177-188.

53 Entre os vícios das teorias jurídicas está, segundo Canaris, a "falta de eficácia" que decorre ou da tautologia, ou da ausência de capacidade delimitadora dos seus traços distintivos. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Trad. Esp. Madrid, Civitas, 1995, p. 73).

pertório argumentativo, acaba-se, na verdade, por significar muito pouco⁵⁴. Daí a apontada “simplificação” do princípio da boa-fé que, além do mais, ao operar sobre um sujeito estatutário⁵⁵, pré-definido juridicamente pela presunção de vulnerabilidade, pouco espaço tem recebido para a consideração concreta e complexa das efetivas e reais relações de força social subjacentes à relação jurídica em causa.

É esse, no meu entendimento, o maior desafio que hoje se põe à compreensão da operatividade da boa-fé obrigacional no Código Civil que abriga, igualmente, as relações obrigacionais empresariais. Por conta do CDC temos já formada uma certa pré-compreensão do que seja a funcionalidade da boa-fé. Porém, para bem compreender e aplicar o Código Civil é preciso rever – e formar – outra pré-compreensão.

2. AS RELAÇÕES CIVIS DE “DIREITO COMUM”: OS VÁRIOS NÍVEIS DE UMA BOA-FÉ COMPLEXA E MULTIFACETADA

Diversamente do Código de Defesa do Consumidor, centrado numa noção estatutária de “sujeito”, o Código Civil é marcado pelo que Miguel Reale chama de “diretriz da concreção”⁵⁶. Não mais temos, como destinatário das normas do Código, o abstrato *sujeito sempre-igual* que marcou a Codificação oitocentista, mas a “pessoa situada”. O ator das relações obrigacionais, é, orteguianamente, “a pessoa em suas circunstâncias”. Não é possível saber, *a priori*, qual e como será a

54 É que embora a expressão “boa-fé” tenha amplo espectro semântico, não constitui – é bom que se diga – um passaporte dado ao anarquismo metodológico que, no mais das vezes, mal-esconde o voluntarismo do intérprete. No Direito expressa a *confiança no tráfego negocial*, constituindo, ao mesmo tempo, norma de fundo conteúdo ético e *rigorosa funcionalidade técnica*. Assim já referia, antes mesmo da “explosão” da boa-fé na prática jurisprudencial brasileira ocorrida pós Código de Defesa do Consumidor, lembrando que a sua aplicação não implica desamor ao exame rigoroso das leis e preceitos, tão-somente, o apego ao tecnicismo descolado da concreta realidade. Por isso mesmo não é o princípio da boa-fé, de modo algum, espécie de remédio a ser usado para uma infinidade de problemas jurídicos indistintamente (Assim o meu: *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999, p. 34 e *La buena fé objetiva y el cumplimiento de las obligaciones*. In: *Tratado de la Buena Fé en el Derecho*. (org. CORDOBA, M., CORDOBERA, Lúdia M. G., e KLUGER, Viviana. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 108-109).

55 Isto é, caracterizado pela lei (com caráter geral e abstrato), pelo seu *status* de consumidor, uma vez que o sujeito é consumidor sempre que se realizem os pressupostos da definição estipulativa do art. 2º. A abstração deriva da circunstância de que, uma vez realizadas as condições previstas na norma, haverá um “sempre-igual consumidor”, independentemente das considerações que a concreção poderia conduzir em relação ao seu efetivo poder informativo, técnico ou jurídico. Seria preciso, pois, para atender à diretriz hermenêutica da concreção, perspectivar-se a vulnerabilidade de forma graduada, segundo as concretas circunstâncias.

56 REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: Situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

atuação da boa-fé, pois antes será preciso distinguir, definir e qualificar: a relação se dá entre titulares de situações jurídicas subjetivas concretamente desiguais? Ou entre pessoas concretamente semelhantes em seu poderio social, econômico, jurídico, cultural e informativo? Trata-se de um contrato paritário, em que são partes simples cidadãos em suas relações interindividuais? Ou de rede contratual formada por vários ajustes estabelecidos por grandes complexos empresariais?

Essas e outras distinções deverão estar esclarecidas de modo que, *em cada caso*, será preciso desvendar no universo imenso, plural, transversalizado e complexo abrangido pelo Código Civil, qual é a efetiva e concreta *estrutura social*⁵⁷ que subjaz à relação jurídica, pois o conceito de estrutura importa o de *função* cujo papel crucial é o de fornecer o critério e a importância de fatores dinâmicos e dos processos, no interior dos sistemas⁵⁸. Então (e só então) será lícito determinar – no quadro de uma Teoria do Negócio Jurídico cada vez mais polarizada pela *ética da confiança*⁵⁹ e numa idéia de licitude civil como “integração de liberdades coexistentes” – qual é, naquele caso⁶⁰, a operatividade da boa-fé como mandamento geral de lealdade e norma impositiva de deveres de cooperação e consideração aos legítimos interesses do *alter*.

Do ponto de vista estrutural a funcionalidade da boa-fé objetiva no Código Civil caminha em tríplice direção: o de atuar como critério ou norte indicador do teor geral da cooperação intersubjetiva existente em toda e qualquer relação obrigacional; como cânone hermenêutico e integrativo da atividade negocial; como baliza ao exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas subjetivas, caracterizando, assim, uma renovada noção de ilicitude civil. Menționemos, ainda que brevemente, esse tríplice campo de função.

57 A noção de “estrutura social” (sendo as “estruturas jurídicas” espécies do gênero “estrutura social”) tem imensa importância na compreensão do Código Civil de 2002, pois está no centro da obra filosófica de Miguel Reale, o presidente da Comissão Codificadora”. Reale a considera como “um todo de significações”, segundo a aceção que, na Sociologia, foi evidenciada por Talcott PARSONS (*Structure of Social Action*, Harvard University, 1949, cap. XIV-XVII), privilegiando, contudo, os seus aspectos dinâmicos e não estáticos (isto é, como *Gestalt*, e não como *Struktur*). REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999 (2ª edição, 2ª tiragem, Ensaios III e VII).

58 REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999, 2ª edição, 2ª tiragem, p. 152.

59 MOTA PINTO, Paulo da. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, em especial pp. 29-31.

60 Para tanto é preciso levar a sério uma diversa perspectiva metodológica: o caso jurídico é o verdadeiro *prius* metodológico, diz, com razão, Castanheira Neves. O que se interpreta não é o texto normativo, mas o caso concreto, por isso, “é em função do caso que tudo deverá ser interrogado e resolvido”, razão pela qual “o problema da interpretação não é hermenêutico, mas normativo” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 142-143).

2.1. BOA-FÉ COMO CLÁUSULA GERAL DO COMPORTAMENTO INTERSUBJETIVO NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

O Direito contratual é, no Código de 2002, sugestivamente inaugurado por expressa principiologia (*ex vi* dos arts. 421 a 425). Aí vem a boa-fé desenhada (art. 422⁶¹) como cláusula geral do comportamento contratual, coligada ao *standard* da proibidade ou correção nos negócios⁶².

Como cláusula geral que é, a boa-fé objetiva tem uma função produtiva, isto é, mostra-se capaz de produzir normas heterônomas que são "detectadas" pelo juiz à vista de determinadas situações típicas. Assim, considerada como técnica legislativa, a cláusula geral da boa-fé deve ser compreendida nos quadros do que, ainda na década de 80, Castronuovo denominou de "heteronomia não-autoritária"⁶³ ao aludir a um modo de escrever os textos normativos que, conquanto possa ter sido percebido, anos depois, como espécie de "moda ultrapassada", constitui perspectiva hoje reafirmada e revigorada não apenas no Direito civil brasileiro, mas, por igual, no direito contratual europeu⁶⁴.

-
- 61 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
- 62 Segundo Monti, a boa-fé e a correção (*correttezza*) são conceitos que direcionam-se à mesma área operativa, caracterizando-se como expressões do princípio da solidariedade, de caráter geral e fundamento constitucional (MONTI, Alberto. *Buona Fede e Assicurazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 161).
- 63 CASTRONOVO, C. L'avventura delle clausole generale. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno IV, 1986, p. 29, *verbis*: "La buona fede è la clausola generale per eccellenza, caratterizzata specialmente dalla capacità di resistere a qualsiasi cambiamento di regime, a qualsiasi ribaltamento di valori sociali. Il perchè di tanto successo può essere spiegato considerando che essa si colloca sul crinale che corre tra autonomia e eteronomia, e individua per linee sinuose e allora difficile da cogliere e da percorrere quella che potremmo chiamare eteronomia non autoritaria, indicativa di un intervento che, pur condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario perchè si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica."
- 64 Cite-se, por exemplo, ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G., que aludem à "rivalutazione della buona fede oggettiva" (In: *L'interpretazione del contratto - Orientamenti e Tecniche della giurisprudenza*. Milão: Giuffrè, 2 ed., 2001, p. 87). Também Claudio SCONAMIGLIO alude à aplicação "sempre più ampla, e pervasiva, della clausola di buona fede (In: *Il Nuovo Diritto dei Contratti: Buona Fede e Recesso dal Contratto, Europa e Diritto Privato*, Milão: Giuffè, fasc. 4, 2003, pp. 797-817). Acerca da "revalorização" da boa-fé no direito contratual europeu (por meio, nomeadamente, dos Princípios UNIDROIT e Princípios da Comissão Lando), v., entre outros: STORME, M. Good faith and contents of contracts in European private law; ECKL, Christian. Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fé en el derecho contractual español: de principio general del derecho a clausula general; IZQUIERDO, B. V. La interpretación de los contratos a partir de los principios contractuales europeos, todos em ESPIAU, S., e VAQUER ALOY, A. *Bases de un Derecho Contractual Europeo - Basis of a European Contract Law*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, respectivamente pp. 17-30; 41-52 e 245-260. Sobre a linguagem da boa-fé e sua "textura aberta" v. CHAMBORENDON, Anthony. La "texture ouverte" d'un code européen du droit des contrats. In *Journal du Droit International*, n. 1, 2001, pp. 5-70.

Vem daí, aliás, a “revolução” ou a “evolução” – jamais a “eversão”⁶⁵ – que a boa-fé provoca num sistema de Direito Obrigacional, até há pouco enucleado no modelo binário de produção de normatividade jurídica: ou a “vontade individual” traduzida no contrato ou a lei de origem parlamentar, estritamente considerada. Essa função produtiva se espalha – em *medidas de intensidade diversas* – às obrigações nascidas de negócios jurídicos, de deslocamentos patrimoniais sem causa que geram o dever restitutivo e da produção de danos injustos.

No que tange às relações obrigacionais derivadas de *negócios jurídicos* (ou implicadas numa relação pré ou pós negocial) duas direções devem, ao meu juízo, ser entrelaçadamente seguidas. Do ponto de vista *dogmático*, é preciso, antes de mais, *compreender funcionalmente* a relação obrigacional como a prestação satisfativa dos direitos de crédito. *Da perspectiva do método hermenêutico* é necessário ter em conta a *complexa coligação* entre a boa-fé e os demais princípios incidentes àquela relação, pois a relação entre princípios é sempre uma relação de ponderação e de “precedência condicionada”⁶⁶. Vejamos, coligadamente, ambos os direcionamentos.

O sintagma boa-fé indica, na relação obrigacional, o “teor geral da cooperação intersubjetiva” que há de dar-se entre as partes com vistas ao adimplemento⁶⁷. É que esta cooperação implica, como averbou Menezes Cordeiro:

[...] dada a sua natureza de Direito inserido em determinada sociedade, *um certo tipo de colaboração*: uma colaboração informada pelos valores próprios da ordem jurídico-econômica considerada.⁶⁸

65 Usei o primeiro termo em *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 27. De “evolução” e “eversão (*eversione*)”, afirmando a primeira e negando a segunda, trata BUSNELLI, Francesco Donato, *Note in tema di Buona Fede ed Equità*, Rivista di Diritto Civile, anno XLVII, n. 5, 2001, p. 544.

66 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto G. VALDÉS. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86 e ss. Também DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Tradução espanhola de Marta Guastavino (*Los Derechos en serio*): Ariel, Barcelona, 1989, p. 75 e ss.

67 Como sugere a Sociologia, os negócios, em sentido amplo e a própria prática de uma “negociação” são instrumentos do fenômeno social da cooperação vista como *interatividade* (Assim, ELSTER, Jon. *Peças e Engrenagens das Ciências Sociais*. Tradução de Trânsito, A. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p.161). Transposta essa noção para o Direito contratual (que é emanação de interatividades), poderemos afirmar a existência de uma tripla instrumentalidade: a cooperação em si mesma é instrumental à interatividade; os negócios jurídicos, em especial os contratos, são instrumentais à viabilização da interatividade no campo econômico; e os “deveres de cooperação”, nos contratos, conformam a cooperação e a implementam.

68 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. v. 1. p. 143, grifos originais.

Isto é: a colaboração devida, em razão da boa-fé, não há de ser uma “qualquer colaboração”, mas uma colaboração pautada pela finalidade econômico-social do negócio; pelo regramento legal incidente, ou pelo regramento negocial acaso pactuado, ou decorrente dos usos, no espaço que lhes é concedido ordem jurídica; pelos princípios constitucionais informadores da ordem econômica e os demais princípios do Direito das Obrigações, de modo especial pelo respeito à *legítima confiança* que, como valor social de base, explica e garante a vinculabilidade jurídica.

Estão instrumentalizados a essa mútua colaboração certos deveres de consideração, proteção e cooperação, deveres positivos e negativos, tais como os deveres de informação e esclarecimento; de lealdade em sentido amplo (vedando, por exemplo, a contraditoriedade desleal, ou da criação de gravame desnecessário ao co-contratante); deveres de sigilo; deveres de segurança, etc. O importante é perceber que sua aplicação opera de *forma escalonada* tendo em conta a concreta relação jurídica de base. Diversa será a atuação da boa-fé na produção de deveres de tutela, consideração e cooperação conforme se tratar de negócios paritários tipicamente bilaterais; de contratos fiduciários; dos que estão enucleados numa base comunitária; ou de negócios que têm em vista a realização de interesses suprapessoais. Como ensinou Couto e Silva, nos primeiros, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*) “encontra a sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos”, pois a relação está estruturada em *interesses contrapostos*, embora convergentes, (de modo que) “o princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração”⁶⁹.

Maior é a intensidade dos deveres decorrentes da boa-fé quando os interesses em jogo não são contrapostos, mas quando se verifica uma atividade em proveito alheio: nos acordos de gestão, nos negócios fiduciários em geral “o dever de levar em conta o interesse da outra parte (*tua res agitur*) é o conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário”. Também assim ocorre – conquanto em outra escala – nos contratos cuja racionalidade e funcionalidade econômico-social não são compreensíveis em termos atomísticos, nem de contatos interindividuais mas, tão-somente, perspectivando-se a convergência de *interesses de uma inteira comunidade*. Assim, por exemplo, os contratos de seguro ou os que visam assegurar a previdência privada, ou os de consórcio para a aquisição

69 COUTO e SILVA, C. *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 30.

de bens. Nesses casos, a boa-fé, como emanção do dever de consideração aos interesses *comuns*, poderá assegurar a prevalência desses interesses aos interesses individuais dos consorciados, funcionando, então, articuladamente ao princípio da função social dos contratos⁷⁰.

Mais intensa, ainda, será a incidência dos deveres de cooperação, consideração, tutela e lealdade quando as relações obrigacionais marcadas pela comunhão de escopo, como as relações de sociedade: então, a cooperação se manifesta em sua plenitude (*nostra res agitur*). Aqui, ensinou Clóvis do Couto e Silva, “cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum”⁷¹. O intérprete, porém, não deve enganar-se pelo nome do ajuste, por sua forma: deve descer ao fato para averiguar como estão estruturados os mútuos interesses.

O exame casuístico conduzirá a perceber a incidência de outros princípios contratuais que igualmente graduam a incidência da boa-fé, abrindo a porta para que ingressemos na segunda das direções antes pontuadas. Se, no âmbito das relações de consumo entram no “jogo de ponderações” com a boa-fé direcionamentos não de todo coincidentes com os caminhos acima traçados (pois atuam, então, a presunção de vulnerabilidade do consumidor e o princípio da sua proteção), no universo multifacetado das relações civis terão papel ativo outros princípios que, necessariamente, deverão ser *compostos* com a boa-fé, muitas vezes em polaridade dialética ou relação de tensão.

No âmbito negocial atuará a boa-fé em composição com o princípio da *autonomia privada* que, tal qual posta no Código Civil, pode ser qualificada como *autonomia solidária*, pois o art. 421 coliga a liberdade de contratar com o princípio da função social do contrato⁷². Para além do

70 CC, art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

71 COUTO E SILVA, C. *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 31.

72 Porém, cabe à jurisprudência brasileira ainda fazer o trânsito da antiga concepção voluntarista e patrimonialista que revestia o princípio da autonomia privada (pré-compreendido como “poder da vontade”) para uma concepção renovada que, ligando-o intrassistematicamente à proteção da personalidade (os Direitos de Personalidade foram previstos no Código Civil, arts. 11 a 21) passa a conferir a este princípio o papel de meio ou instrumento para a tutela da personalidade, em geral, e a concretização do livre desenvolvimento da personalidade humana. (Acerca da pré-compreensão do princípio na jurisprudência v. a pesquisa de PARGENDLER, Mariana de Souza. A Ressignificação do Princípio da Autonomia Privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa. In: *Jovens Pesquisadores - diversidade do fazer científico* (org.) CRUZ, T. e ROCHA, M. Porto Alegre. UFRGS Editora,

princípio da *função social*, poderão atuar os princípios da *atipicidade* e o da *equidade* e, naturalmente, o *princípio da responsabilidade*⁷³ que obedece, por sua vez, a imputações diversas, conforme a concreta situação de vida apreendida pelo Direito. Incidirão também em medidas variáveis (só apreensíveis no caso) os princípios constitucionais da *liberdade de iniciativa econômica* e da *livre concorrência*. Por isso é o princípio da boa-fé objetiva é, efetivamente, paradigmático da “heteronomia não-autoritária”, na medida em que, traduzindo um *modelo de comportamento não-enrijecido*, mas apto a moldar-se segundo as circunstâncias concretas, dá o *critério* para a valorização judicial do comportamento, e não uma *rígida solução prévia*⁷⁴.

No que concerne às relações obrigacionais derivadas de um *deslocamento patrimonial sem causa*, a boa-fé se articulará com o princípio restitutivo nas variadas facetas atinentes às categorias que compõem o instituto do enriquecimento sem causa, ora também acolhido expressamente pelo Código Civil⁷⁵, bem como com os princípios (implícitos) do equilíbrio e da comutatividade. Finalmente, no campo da responsabilidade por dano extracontratual o intérprete encontra a expressa remissão do art. 927 (obrigação de indenizar) ao art. 187 que versa, na Parte Geral, a ilicitude no exercício da posição jurídica, como melhor examinarei oportunamente (item c, *infra*).

2003, pp. 91-116). Acerca das significações que vêm sendo atribuídas ao princípio da função social do contrato v. AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana de Terceiro que Contribui para o Inadimplemento Contratual. In *Revista dos Tribunais*, v. 750, São Paulo, abril de 1998, p. 113-120; NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 205 et seq; REALE JÚNIOR, Miguel. Função Social do Contrato: Integração das Normas do Capítulo XV com os Princípios e as Cláusulas Gerais. In: *Estudos de Direito do Seguro – III Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, 2003, pp. 35-55; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de Direito das Obrigações no novo Código Civil. In: *O Novo Código Civil e a Constituição* (org.) SARLET. Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107-115. FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. (org.) SARLET, Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 127-198 e o nosso *Notas sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*. *Revista Literária de Direito*. Ano X, n. 53, agosto-setembro de 2004, São Paulo, 2004, pp. 17-2130.

73 ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 69.

74 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 42.

75 CC, arts. 884 -886. Estabelecendo a ligação com a boa-fé e com os deveres de cooperação, v. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem Causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp.149 e ss.

2.2. BOA-FÉ COMO COMANDO HERMENÊUTICO E INTEGRATIVO DO CONTRATO

Quanto à atuação da boa-fé como comando hermenêutico e integrativo, quatro pontos chamam a atenção.

Em primeiro lugar, destaca-se o fato de o art. 113⁷⁶ vir posto na Parte Geral como cânone de interpretação de *quaisquer* negócios jurídicos – não só, portanto, negócios obrigacionais, mas também negócios de Direito Patrimonial de família, Direito Sucessório e Direitos Reais. Sublinha-se a importância de uma interpretação segundo a boa-fé objetiva – como *standard* de comportamento probo e leal – em acordos de separação entre cônjuges; na interpretação de pactos antenupciais; ou mesmo no que diz com a conduta processual das partes em litígios familiares, com o fim de obstar a contraditoriedade desleal. Já se decidiu, acertadamente, ferir a boa-fé o cônjuge que havia firmado pacto de liquidação da sociedade conjugal e – conquanto reconhecesse havê-lo firmado e iniciado o seu cumprimento – viesse, posteriormente, buscar sua nulidade por vulneração à ordem pública⁷⁷. No Direito Sucessório seria contraditório e desleal (e, portanto, apanhado pela eficácia “limitante” ou “paralisante” da boa-fé) o comportamento de quem se habilitou à sucessão paterna e, sem abrir mão dos respectivos direitos hereditários postulados na condição de filho, busca, concomitantemente, habilitação em outra sucessão – agora, visando beneficiar-se da herança de outro “pai”, alegando ser esse o seu “pai real”, sendo o primeiro o “pai adotivo”, mas assumindo, para efeitos patrimoniais *post mortem*, a condição de filho de ambos⁷⁸.

Essas considerações levam a examinar o segundo ponto, qual seja, o caráter da regra, se meramente subsidiária ou dotada de valência própria.

Não devemos ignorar a importância que tem a inserção da boa-fé no texto legal – e justo na Parte Geral do Código Civil – no campo de função hermenêutico-integrativo. Essa inserção demonstra, ao nosso juízo, a valência própria da boa-fé como critério hermenêutico e integrativo. Numa

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

77 Decisão transcrita em *Tratado de la Buena Fé en el Derecho* (org. CÓRDOBA, Marcos; GARRIDO CORDOBERA, Lidia; e KLUGER, Viviana). Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2004, pp. 574-583.

78 Hipóteses que referi em: A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Experiências do Direito* (org.) REALE, M., REALE JR., M., e FERRARI, E. São Paulo, Millenium, 2004, pp. 23-62.

época em que, na dogmática civilista, foram abandonadas as teorias voluntaristas e, na Teoria do Direito, percebe-se que o Direito é o que *resulta da interpretação*, não se pode confinar a boa-fé ao papel de uma regra meramente subsidiária ao estatuído pela “vontade das partes”.

Coligado a esse ponto (e também à problemática dos “deveres anexos”) está, em terceiro lugar, a função propriamente integrativa (e não apenas hermenêutica). Realizado o correto discrimine entre a cláusula geral da boa-fé e o juízo por equidade⁷⁹ discute-se, por exemplo, se a boa-fé, como integração ao regulamento contratual, é capaz de produzir o dever de renegociação nos contratos de larga duração, como se houvesse uma implícita cláusula de *hardship* no contrato⁸⁰, e até que ponto será lícita a integração pelo juiz (ou pelo árbitro). Também aqui não cabe, ao meu juízo, resposta taxativa e unívoca: novamente a “diretriz da concreção” é chamada a atuar. A função integrativa está amarrada à concreta função econômico-social do contrato, isto é, a sua “causa” concreta, e não abstrata (como seria a consideração de idêntica causa para todos os negócios de um mesmo tipo). Aliás, há precedente no STJ que, conquanto não impositivo do “dever de renegociar” decidiu, amparado na boa-fé do art. 131, I, do antigo Código Comercial e na concreta finalidade econômico-social do negócio (fornecimento futuro de laranjas), nulificar cláusulas contratuais em contrato de longa duração que restara desequilibrado em razão da “modificação substancial do mercado”⁸¹, de forma que, em razão dessas modificações a cláusula do preço sujeitava-se ao arbítrio de uma das partes.

Demais disto, a função integrativa não está afastada da consideração dos usos, também aludidos no art. 113, que coliga a boa-fé e os “usos do lugar da contratação do negócio”, assim denotando – mais uma vez – a exigência de concreção. Trata-se – é bom sublinhar – dos usos “do lugar da contratação”,

79 V. nota 51, *supra*.

80 ALPA, G. La Buena Fé Integrativa. Notas acerca de la dirección parabólica de las cláusulas generales. In *Tratado de la Buena Fé en el Derecho*. (org. CÓRDOBA, M., CORDOBERA, Lidia M. G., e KLUGER, Viviana). Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 177-178.

81 STJ, RESP 256456/SP; Quarta Turma, J. em 22/03/2001. In: DJ 07.05.2001 p. 00147, cabendo transcrever a ementa, como segue: Compra e venda. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do CComercial). Recurso conhecido e provido.

portanto, indicativamente (embora não de forma excludente) aí se alude aos "usos negociais" do lugar da contratação.

A doutrina distingue, tradicionalmente, entre os "usos negociais" e os "usos normativos", entendidos, esses últimos, como critérios de integração da lei que correspondem, para além do longo tempo, ao elemento da *opinio iuris ac necessitatis*. Têm-se, aí, os usos como fonte de produção jurídica. O art. 113 direciona, porém, aos usos como critério hermenêutico. Abrange, assim, aqueles elementos de fato implicitamente considerados na declaração negocial; as práticas comerciais de um determinado setor; cláusulas habitualmente utilizadas em determinados setores da economia ou "ramos do comércio" ou por categorias profissionais⁸². Coligados à boa-fé subjetiva (de quem "acreditou" no *id quod plerunque accidit*) e à boa-fé objetiva (como *standard* de conduta leal) os usos terão, na acepção do art. 113, função integrativa da *fattispecie* contratual, não apenas para a colmatação de lacunas mas, inclusive, com possibilidade de derogar normas dispositivas, além da função propriamente interpretativa.

Para além desses quatro pontos, cabe registrar que referência expressa no texto legal tem a função suplementar – e absolutamente não descurável – de funcionar como espécie de "lei de referência" para a sistematização – ou a re-sistematização – de casos que, de outra forma, estariam dispersos, dificultando a pesquisa e o exame crítico por parte da doutrina, e, assim, dificultando o progresso do Direito, que exige a comparação entre casos e a ponderada reflexão sobre os argumentos utilizados na sentença, tendo a *distinção* como técnica inafastável.

2.3. BOA-FÉ E ILICITUDE → sistema de ilícitos de cív.

Creio que a mais inovadora feição da boa-fé no Código Civil brasileiro está na regra do art. 187⁸³, que traça os lineamentos da ilicitude de meios, ou ilicitude de exercício. Não é, contudo, apenas a mais inovadora. É também a que melhor oferece possibilidades de um ponto de vista *prospectivo*, tendo em vista a formação de um novo modelo de ilicitude civil.

Nos antecedentes do art. 187 comparecem tanto a doutrina germânica acerca do exercício inadmissível de posição jurídica quanto precedentes legislativos no

82 ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G. In: *L'interpretazione del contratto - Orientamenti e Tecniche della giurisprudenza*. Milão: Giuffrè, 2ª ed., 2001, p. 158-159.

83 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.

Direito Comparado que exprimem a boa-fé pelo viés do *abuso de direito*. Assim expressam tanto o art. 281 do Código Civil da Grécia⁸⁴ quanto o art. 334 do Código Civil Português⁸⁵. Porém, novamente aí seria indevido pensar-se em mero transplante de soluções alheias. Embora o texto do art. 187 seja similar ao do art. 334 do CC Português *o contexto legislativo* no qual inserida a regra é diverso.

Abuso v. Ilicitude
 No Código Civil brasileiro o texto está posto em capítulo que trata da *Ilicitude dos Atos Jurídicos*. No Código Civil português o art. 334 está contido no subtítulo IV que versa: *Do Exercício e Tutela Dos Direitos*. Por isso é que a doutrina portuguesa não trata o texto do art. 334, nos livros e manuais, como espécie de *ilicitude*, mas como *espécie autônoma*, atinente ao exercício de direitos subjetivos, discernindo, como é corrente desde o início do séc. XX, entre *ilicitude* e *abuso*⁸⁶. Porém, a diversa topografia de uma e de outra regras, leva a diferentes conseqüências: no vigente Direito brasileiro, conduz à *ilicitude*; e no art. 334 português, à nulidade, tal qual ocorre com a abusividade prevista no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Em vista desses elementos de ordem sistemática e comparativa, creio ser imprescindível distinguir entre as hipóteses de abuso de direito; de exercício inadmissível de posição jurídica, como espécie de *ilicitude*; e a hipótese de “abusividade contratual”, tal qual formulada no CDC⁸⁷.

A principal distinção de ordem prática entre o abuso de direito e o exercício inadmissível de posição jurídica está em que este último *prescinde da culpa como elemento do suporte fático* da regra⁸⁸. Como observou Maria Claudia Mércio Cachapuz a propósito do art. 187 do Código Civil:

84 Art. 281: “Est un abus l’exercice d’un droit qui excède les limites de la bonne foi ou de l’objet de ce droit”.

85 Art. 334: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e econômico desse direito”.

86 Foi necessária essa distinção, devida aos “socialistas jurídicos” dos finais do séc. XIX e início do séc. XX, como Gèny e Saleilles, porque a noção de *ilicitude* como “delito civil” vinha amarrada, indissolivelmente, à idéia de culpa.

87 Em regra a doutrina não realiza tais distinções, mesmo entre os que propõem uma “concepção renovada” da figura do abuso. Confira-se VIEIRA DE MELLO, Heloisa Carpena. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 307-322.

88 Conquanto qualificando a espécie do art. 187 como “abuso de direito”, afastam a culpa de seus elementos LOTTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. Parte Geral (arts. 1 a 232). Vol. I. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 504 e ULHOA COELHO, Fabio. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2003, p.p. 363-364. Em posição divergente, THEODORO JR, H. *Comentários ao Novo Código Civil – Dos Defeitos do Negócio Jurídico ao Final do Livro III*. Vol. III, Tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p.125-127.

O ilícito como fonte de obrigações civis passa a ter um espaço de incidência mais amplo, capaz de abranger não apenas a contrariedade a direito decorrente de culpa imputável a alguém, mas toda e qualquer conduta que possa estar em contradição ao Direito por se sujeitar à necessidade de composição de liberdades humanas na sociedade.⁸⁹

Trata-se de uma *ilicitude situada*, derivada dos meios (ou do modo) pelos quais é o direito subjetivo exercido, sendo objetiva, porque – em contraponto à ilicitude subjetiva⁹⁰ – não perquire a voluntariedade do ato, mas atém-se à desconformidade com a norma legal que determina a verificação, *in concreto*, da concordância, ou não, entre o ato (comportamento) e certos valores ou finalidades tidos como relevantes pelo Ordenamento, tais como a conduta segundo a boa-fé, a adstrição ao fim econômico-social do negócio jurídico ou a obediência aos bons costumes. Esses valores têm, contudo, *diferentes medidas de intensidade*, a serem sopesadas no caso em vista da totalidade das circunstâncias, confrontando-se as condutas em exame. Em outras palavras: se o direito subjetivo é atribuído *com certas configurações* (que modelam e modulam o dever-ser), não haverá adstrição ao direito (isto é, licitude), mas concreta antijuridicidade (*rectius*: ilicitude) se o direito for *exercido* em manifesta desconformidade com aquelas configurações⁹¹.

Essas configurações (nomeadamente, a adstrição à boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico-social do direito) atuam com balizas ou “metros” a serem mensurados no caso concreto, pois a atenção é dada, na ilicitude de meios, ao *momento do exercício do direito subjetivo e aos meios empregados para tal*. Com razão, assim, Maria Cláudia Cachapuz que, também rejeitando a qualificação do

⁸⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *A proteção à intimidade e à vida privada orientada no discurso jurídico: contribuição de leitura ao novo Código Civil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 12.02.2004, no prelo.

⁹⁰ A antijuridicidade, num sentido amplo, compreende tudo aquilo que não deve ser, constituindo violação de dever jurídico. Mas essa violação não precisa ser culposa. Basta que seja imputável, isto é, atribuível, ocorrendo essa atribuição segundo variados critérios (por culpa; por dever de segurança; por dever de manutenção da confiança; por dever de garantia “haja o que houver”; por risco, etc.). A ilicitude é subjetiva quando, valorativamente, a norma determina como critério de imputação que se verifique se houve ou não, subjacente ao ato ou conduta, uma *voluntariedade e consciência* (v. PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1999 (reimpressão), p. 62 e ss).

⁹¹ Hipóteses que referi em: *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. In *Experiências do Direito* (org.) REALE, M.; REALE JR., M.; FERRARI, E. São Paulo, Millenium, 2004, pp. 23-62.

art. 187 como “abuso de direito” – e enquadrando-o como norma que veda o exercício inadmissível de posição jurídica – esclarece o seu *modus operandi*:

Não se retira do exame de uma situação concreta pressuposta a sua perspectiva ideal quanto à existência de um direito geral de liberdade, em abstrato, apenas se reconhece que, formalmente, pode tal direito ser relativizado quando tomado no nível dos princípios, a fim de que seja confrontado com outros direitos também pressupostos de forma geral.⁹²

Essa compreensão permite romper com a lógica que guiava tanto a identificação entre ilicitude e culpa (visualizando, nessa última, um dos “elementos” do ilícito), quanto à figura do abuso de direito, amarrada, ainda, à perspectiva voluntarista e cercada, no Direito brasileiro, por peculiaridades técnicas e culturais, essas ainda claramente perceptíveis em grande parte da doutrina, conquanto a advertência, ainda em 1935, de Pedro Baptista Martins (fortemente influenciado pela concepção de François Gèny) segundo o qual “*inserir o abuso do direito na noção de culpa é empresa arriscada e inútil*”⁹³. Aliás, mesmo quando é vista ao modo “objetivo” ou “renovado”, a figura do abuso – como a própria denominação indica – não se afasta da concepção segundo a qual os limites ao exercício dos direitos são *externos ao próprio direito*, tanto assim que, havendo a corrupção do uso em abuso, deve a ordem jurídica reprimi-lo.

Distingue-se também a *fattispecie* do art. 187 da abusividade prevista nas regras do Código de Defesa do Consumidor, respeitante, fundamentalmente, às cláusulas abusivas em contratos firmados por adesão cuja consequência é a pro-

92 CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *A proteção à intimidade e à vida privada orientada no discurso jurídico: contribuição de leitura ao novo Código Civil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 12.02.2004, no prelo.

93 MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. Rio de Janeiro. Forense, 1935 (1ª edição; a referência supra é à 3ª edição, 1997, p. 162 e ss). O Código de 1916 tratou da ilicitude numa cláusula geral (art. 159) que, estabelecendo a previsão genérica das condutas ilícitas, de caráter subjetivo, imputava ao agente a obrigação de reparar o dano, bem como numa regra lida *a contrario*, o inciso I do art. 160 indicativo de alguns casos de pré-exclusão de ilicitude. Dispôs, assim, não constituir “atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. A proibição do abuso do direito se dava então por via reflexa, “quando a interpretação *a contrario sensu*, do artigo 160, I, 2ª parte, leva a incluir o exercício irregular, anormal ou abusivo do direito, como ilícito absoluto, tal como se conceitua este no art. 159” (MORAES, Maria Amália Dias de. Do Abuso de direito. Alguns aspectos. In: *Revista Estudos Jurídicos*, n. 43, ano XVIII, Porto Alegre, 1985, pp. 5-32). A par dessa tortuosa construção legal, incidiu, na compreensão da regra, a influência da doutrina francesa. Tanto assim, percebe Ricardo SEIBEL DE FREITAS LIMA, que o art. 160, I, se referia ao uso irregular de um direito (In: Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil, no prelo). Para configurar essa “anormalidade” a jurisprudência exigia dolo ou, ao menos, intenção emulativa, como no STF – RE 22174 / RJ -.

núncia de nulidade por parte do juiz. Já no Código Civil brasileiro, o tema é tratado no plano da *eficácia* (ilicitude). Portanto, não há que falar, no âmbito de incidência do art. 187, de “nulidade por abuso de direito”.

Ao ser situada no plano da ilicitude do exercício, a boa-fé, integrando a *fattispecie* do art. 187, contribui para *renovar o próprio conceito de ilicitude*, discernindo-se no gênero as duas espécies: a *ilicitude subjetiva* (art. 186), na qual a culpa é elemento do suporte fático⁹⁴ e a *ilicitude “objetiva”*, caracterizada pelo só fato da antijuridicidade concretamente verificável se ultrapassadas – no caso – as quatro “balizas” referidas pelo texto legal, entre elas, a boa-fé. O ilícito civil resta, por essa via, amarrado a uma perspectiva não-atomista da liberdade, supondo, pelo seu inverso (a categoria da licitude) a *coexistência de liberdades* na vida comunitária. Desse modo percebe-se a boa-fé não como um limite “externo” ao direito subjetivo, mas como elemento integrante do próprio modo de exercer-se o direito.

Para além de proporcionar a renovação da noção de ilicitude civil (distinguindo entre as duas espécies, a subjetiva e a objetiva) o art. 187 propicia compreender que a ilicitude objetiva pode ser vista de modo autônomo em relação à existência do dano, fonte do dever de indenizar. Há hipóteses de ilicitude civil sem dano efetivo, como a *ameaça* a direito de personalidade, ou a bem jurídico ambiental⁹⁵, ou, ainda, em tema de bioética, com o que a noção de *prevenção* (e de um possível *dever preventivo* e de um *direito à prevenção*, fundados na boa-fé) ingressa no Direito Civil.

Como perceberam os processualistas antes dos civilistas, no movimento de revisão da categoria do ilícito está, em primeiro lugar, a distinção entre ato ilícito e fato danoso e, em segundo lugar, as novas necessidades de tutela processual de direitos não adequadamente tutelados pela via ressarcitória: anota com razão Marinoni – fundado nas descobertas dogmáticas da civilística italiana⁹⁶ – que a identificação entre ilícito e dano “deixou no escuro outras possí-

94 Em vista do texto do art. 186 observa LOTTUFO: “Analisando o texto atual, podemos dizer que a caracterização do ato ilícito continua sendo pela culpa (que engloba o dolo, evidentemente), o nexos de causalidade entre o ato culposos e o dano, e este, o dano. (In: *Código Civil Comentado*. Parte Geral (arts. 1 a 232). Vol. I. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 497.

95 Segundo o art. 225 da CF, o meio ambiente vem qualificado como “bem de uso comum do povo”.

96 Com referências específicas a DI MAJO, A. *Forme e tecniche di tutela*. In: *Processo e tecniche di attuazioni dei diritti*. Nápoles. Jovene, 1989; M CCIOLA, Michele. *Problema del risarcimento del dano in forma specifica nella giurisprudenza*. *Revista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367 et seq; e SALVI, Cesare. *Il risarcimento del danno in forma specifica – Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Nápoles. Jovene, 1989.

ilícito + culpa

Patrimônio como categoria do dano

veis formas de sanção civil do ilícito⁹⁷. É justamente essa zona escura que o art. 187, aliado, no plano processual, às novas formas de tutela, visa iluminar.

Como já anotei em outra ocasião⁹⁸, vigendo a "lógica proprietária"⁹⁹ e o patrimônio constituindo a categoria central do direito civil clássico, a doutrina elaborou a Teoria dos Atos Ilícitos em obediência à tradicional distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual: assim se estabeleceu a distinção entre o ilícito contratual, ou relativo, e o ilícito extracontratual (absoluto), sintetizado, este último, na expressão *neminem laedere* – ambas as noções sendo construídas a partir da noção de dano e de responsabilidade (contratual ou extracontratual) patrimonial. Em outras palavras: para a perspectiva tradicional, a ilicitude era não apenas examinada, mas era verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja, a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio.

Ora, as conseqüências dessa conexão, por assim dizer, automática foram grandes: em primeiro lugar, a ilicitude civil era vista, tradicionalmente, de forma amarrada à culpa, ao dano e à conseqüência indenizatória. Não era um conceito que valesse por si, que tivesse um campo operativo próprio, era mera "condição" da responsabilidade. Tanto assim é que, não apenas a letra do art. 159 do Código de 1916 assim dispunha, quanto o exame doutrinário da ilicitude era feito, modo geral, a partir do seu efeito "natural", qual seja, o nascimento do dever de indenizar. Por esse viés, não apenas confundia-se a ilicitude com o elemento subjetivo (culpa) quanto a própria idéia de ilicitude restava limitada às hipóteses de "ilicitude de fins", seja na violação aos direitos do parceiro contratual, seja na violação a direitos absolutos, pouco espaço restando para a ilicitude dos meios ou dos modos utilizados no exercício dos direitos subjetivos. Em segundo lugar, essa concepção não deixava espaço à percepção dos variados casos em que ocorre o nascimento do dever de indenizar independentemente da prática de um ato ilícito.

97 V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27 e ss. Do mesmo autor, v. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

98 Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>.

99 A expressão é de MESSINETTI, Davide. Personalità (Diritti della), verbete. In: *Enciclopedia Giuridica Giuffrè*, Milão, 1984, p. 356.

É justamente essa lógica que vem rompida pelo novo Código Civil, conectando-o, intersistematicamente, às regras processuais que contemplam as chamadas “tutelas de remoção do ilícito”, ou tutelas de inibição. Como acentua Marinoni:

o direito de evitar a reiteração ou a continuação do ato ilícito, ou mesmo o direito de removê-lo, não se confunde com o direito à reparação do dano; o direito à inibição ou à remoção do ilícito não é, à toda evidência, um direito a uma tutela instrumental à tutela de reparação do dano. Quando se verifica que o ilícito e o dano abrem ensejo a tutelas diferenciadas, percebe-se com bastante nitidez que a tutela que inibe ou remove o ilícito não pode ser considerada um instrumento da tutela de reparação do dano.¹⁰⁰

Não há dúvida, contudo, de que a aplicação *mais corriqueira* do ilícito civil se dá no campo da obrigação de indenizar. Daí o terceiro nível da importância do art. 187, ao inserir a boa-fé no campo *da responsabilidade civil extracontratual*.

O art. 927 que cuida da “obrigação de indenizar”, também autonomizada na estrutura codicista, faz expressa remissão ao art. 187, ao situar a ilicitude como pressuposto da obrigação de indenizar. A boa-fé poderá atuar, nesse sentido, como *critério de ponderação* dos deveres gerais de *neminem laedere*, na responsabilidade civil extracontratual; como fundamento à responsabilidade pelo injusto recesso das tratativas, pela quebra da confiança legítima ou pelo exercício contraditório de posição jurídica.

Por estar situado na Parte Geral do Código Civil, o art. 187 (bem como o art. 113) aplica-se, por igual, às relações obrigacionais intra-empresariais, ora unificadas no Código. Para além da discussão da acerca da base contratual ou institucional da empresa, é certo que, em razão da estrutura codificada, ao menos esses dois textos têm incidência nesse campo jurídico, incidindo a boa-fé contratual (art. 422) em todas as operações empresariais que caracterizem contratos. É o que cabe ainda averiguar.

3. AS RELAÇÕES EMPRESARIAIS: BOA-FÉ COMO MANDAMENTO DE HONESTIDADE E INFORMAÇÃO

Melhor do que ninguém Tullio Ascarelli expressou a heterogeneidade funcional que marca a sociedade anônima, estrutura jurídico-econômi-

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

ca voltada ao duplo escopo de reunir o maior volume possível de capital, distribuindo ações no mercado e bem gerir esse capital, tendo em conta, imediatamente, o interesse geral dos sócios e, mediatamente, o interesse da comunidade. Para tanto, disse Ascarelli, é preciso, de um lado, “a colheita de um grande capital através do apelo a numerosas camadas da população” e, de outro, a atribuição, a “um pequeno número de pessoas”, da administração da empresa¹⁰¹.

Aí está desenhada uma polaridade por vezes antinômica, mas que para realizar o valor constitutivo que dá unidade ao modelo jurídico societário, deve ser vista de modo complementar, realizando-se na *dialética da complementaridade*¹⁰² entre os poderes conferidos ao acionista controlador e os direitos assegurados aos acionistas não-controladores. Bem por isso, percebe Calixto Salomão Filho¹⁰³, o novo direito societário assenta-se no *princípio cooperativo*, constituindo a cooperação, o “elemento central” – elemento substancial, e não meramente formal –, que se põe como valor constitutivo das sociedades anônimas.

Ao referir o art. 422 do Código Civil observei como o valor “cooperação” (situado no campo axiológico) manifesta-se no Direito como princípio, então atuando no campo deontológico por meio da cláusula geral da boa-fé objetiva. As suas particularidades, no Direito Societário, situam-se em dois pontos, a saber: o caráter estrutural ou substancial do princípio da cooperação¹⁰⁴; e o direcionamento da cooperação à boa-fé como regra de lealdade intra-societária e como fonte dos deveres de informação. É a esses que volto a minha atenção, particularizando o exame das funcionalidades da boa-fé na responsabilidade dos administradores e na oferta pública de ações.

101 ASCARELLI, Tullio. Usos e Abusos das Sociedades Anônimas. In: *Revista Forense*, fasc. 460. Rio de Janeiro, outubro de 1941, p. 10.

102 A noção de dialética da complementaridade foi desenvolvida por Miguel REALE, notadamente em *Experiência e Cultura*. 2ª ed. Bookseller, Campinas, 2000.

103 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*. 2ª ed., reformulada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54.

104 Entendo que o princípio da cooperação é *estrutural*, é elemento substancial à transformação da estrutura societária em verdadeira *Gestalt* – unidade dinâmica e polarizada no sentido de um mesmo valor constitutivo. Opera, assim, concomitantemente, como elemento unificador da empresa e como chave de leitura da análise que distingue, funcionalmente, entre os diferentes *papéis assumidos pelos acionistas* em relação à estrutura societária. Há, pois, intensidades de dever de colaboração, cabendo, sem sombra de dúvidas, a maior intensidade aos acionistas controladores e aos administradores, em sentido amplo.

3.1. BOA-FÉ E RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

Conquanto a legislação brasileira contemple desde a década de 70 (quando editada a vigente Lei Acionária¹⁰⁵) certa ênfase na responsabilidade de gerentes, administradores (em sentido amplo) e controladores, creio que, na medida em que as virtualidades do novo Código Civil se tornarem mais conhecidas, mais intensa será essa ênfase. Como sublinha Wald, ao referir às novas práticas que, aqui e alhures, vêm pautando a vida empresarial¹⁰⁶, busca-se um regime jurídico que defina “os poderes e as garantias dadas aos integrantes da entidade, visando ao funcionamento eficiente da estrutura societária e à atuação dos agentes conforme o princípio geral da boa-fé e da ética”¹⁰⁷.

Na base dessa mudança de ênfase (que é econômica e cultural) está a passagem de uma forma econômica patriarcal, individualizada, nacionalizada, centralizada e fundada na identificação entre poder proprietário e poder de controle, a uma forma econômica “anônima”, globalizada, tendendo à descentralização, à pulverização dos seus membros e à dissociação entre os poderes do proprietário e do controlador¹⁰⁸. Uma tal passagem¹⁰⁹ não se faz sem reflexos na compreensão do “como” se deve administrar uma sociedade anônima, dos deveres em relação aos acionistas e ao mercado e dos princípios que balizam tais deveres, assim suscitando uma nova leitura, ampliativa, dos deveres de diligência¹¹⁰, de

105 Lei nº 6.404/76.

106 No Brasil está na moda um anglicismo “indesejável e equivocado”, segundo Wald, qual seja, “Governança Corporativa”. Mas se é indesejável o anglicismo, não o é o fenômeno que a expressão denota. Trata-se, como sublinhou ainda Wald, de designar a situação pela qual “o Estado de Direito reflete-se na sociedade anônima, traduzindo-se em sua organização e na dinâmica dos poderes no interior da empresa, no estabelecimento da adequada definição dos órgãos sociais e das respectivas competências, assim como dos direitos e deveres dos vários acionistas” (WALD, Arnoldo. *O Governo das Empresas. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Vol. 15, p. 55). O fenômeno apresenta várias facetas, poucas, porém, tão expressivas quanto as relativas à responsabilidade dos administradores.

107 WALD, Arnoldo. *O Governo das Empresas. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Vol. 15, p. 55.

108 Por todos, COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

109 Para o exame, cf. COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. *Revista de Direito Mercantil*, n. 50, 1983, pp. 57-74; SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima: interesse público e privado. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 127, pp. 7-20.

110 Entendidos, positivamente, como “deveres de boa gestão” (isto é: os administradores e os órgãos administrativos têm o dever de realizar do melhor modo possível os objetivos sociais e empregar do melhor modo possível os esforços para auferir benefícios para a sociedade) e, negativamente, como vedação à inércia. Em regra, são deveres de meios, não de resultados: os acionistas não podem exigir dos administradores que tenham uma “perspicácia sem falha” mas podem exigir que a administração cumpra com seriedade suas tarefas e não adote medidas evidentemente não-razoáveis (V. SCHOLASTIQUE, Estele. *Le Devoir de Diligence des Administrateurs de Sociétés. Droits français et anglais*. Paris: LGD, 1998, p. 198).

Wald e Wald

um lado; e, de outro, inserindo novos deveres, como os de informação, ou maximizando o dever de lealdade, para direcioná-lo à boa-fé objetiva.

O dever de informar do administrador plasma-se em três vertentes: o dever de *se informar*, o de *informar aos demais acionistas*, e o de *informar a terceiros* (ao "mercado"). A primeira vertente está ligada imediatamente ao dever de diligência¹¹¹, e só mediatamente ao dever de lealdade, por isso, cabe examinar as outras duas, conectadas diretamente ao comportamento segundo a boa-fé.

Os deveres de informar são nitidamente instrumentais, buscando, concomitantemente, reduzir a assimetria informativa entre as diversas classes de acionistas, bem como proporcionar a igualdade perante a informação, a fim de lograr o *consentimento informado* de acionistas e terceiros que venham a negociar com a companhia ou a ser atingidos pelos seus atos. Como lembra Wald, "o controlador não é mais o dono da sociedade, como ocorria no passado, tendo, ao contrário, deveres e obrigações em relação a todos os demais acionistas e outros interessados"¹¹².

O *telos* do dever de "transparência" e completude das informações publicadas ou fornecidas por qualquer modo é proporcionar aos demais acionistas o consentimento informado às operações societárias e a igualdade de acesso a essas informações. As informações sobre fatos importantes nas companhias abertas devem ser amplamente divulgadas, evitando-se "a formação de canais privilegiados de conhecimentos relevantes de fatos da vida social"¹¹³, para garantir o livre acesso de todos às informações e, por consequência, assegurar que seja realmente "livre" o acordo dado às operações societárias. A *full disclosure* constitui, pois, um dos pilares nos quais está assentado o sistema normativo das companhias¹¹⁴, servindo para afastar os malefícios do *insider trading* e da manipulação delituosa de informação no mercado de capitais.

111 A jurisprudência francesa afirmou que o administrador tem o dever – a partir do momento em que aceita assumir esse cargo – de exigir toda a liberdade e meios necessários, e age com culpa se permanece na sua função sabendo que não tem condições de desempenhá-la utilmente. Há um dever de se informar implícito nas suas responsabilidades de gestão (SCHOLASTIQUE, Estele. *Le Devoir de Diligence des Administrateurs des Sociétés. Droits français et anglais*. Paris: LGDJ, 1998, p. 212).

112 WALD, Arnoldo. Os Preferencialistas e o Código Civil. *Valor Econômico*, 18.03.04.

113 COMPARATO, Fábio Konder. A regra do sigilo nas ofertas públicas de aquisição de ações. In: *Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 335.

114 COMPARATO, Fábio Konder. A regra do sigilo nas ofertas públicas de aquisição de ações. In: *Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 336.

O dever de informar atua com intensidade em relação aos minoritários (como igualdade de acesso perante a informação) encontrando amplo leque de expressão nas determinações legais administrativas, mas nelas não se esgotando. A disciplina informativa também pode ser exemplificada por meio da contrapartida do dever de informar, qual seja, o *dever de sigilo* a que estão adstritos os administradores (em sentido amplíssimo), bem como todos aqueles que, intervindo direta ou indiretamente na preparação de negócios societários, sejam detentores de informações privilegiadas. Fazer informação inverídica sobre fato importante ou deixar de declarar fato importante – fato esse necessário, a fim de evitar que as declarações feitas, à luz das circunstâncias em que foram feitas – não fossem enganadoras¹¹⁵, constituem, afinal, as duas faces de uma mesma moeda. Esse dever opera relativamente a quaisquer informações que se possam caracterizar como “privilegiadas” e que, se difundidas inadequadamente, possam gerar especulações com efeitos nocivos ao mercado¹¹⁶, gerando, a sua infração, responsabilidade objetiva¹¹⁷, seja negocial, seja extra-negocial, essa última na relação com terceiros.

Como “probidade e correção” a boa-fé tem ampla atuação em caso de conflito de interesses, gerando o dever de elidir os conflitos, que é, naturalmente, dever de meios. Atua também com critério de mensuração do “abuso de poder” tal qual versado no art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas, rol de deveres legais restritos ao acionista controlador e ainda fundados na velha doutrina do ato abusivo como ato emulativo. Pode ainda a boa-fé ampliar aqueles deveres legais: se é bem verdade que a relação exemplificativa do art. 117 caracteriza o abuso em relação ao fim visado, quando incidir o art. 187 do Código Civil teremos o exercício inadmissível da posição de administrador referentemente ao meio empregado. (Assim seria, por exemplo, a adoção de determinada conduta – em si mesma lícita – que, pelo modo e pelas circunstâncias implicasse deslealdade aos demais sócios)

115 COMPARATO, Fábio Konder. “Insider Trading”: sugestões para uma moralização do mercado de capitais. In: *Revista de Direito Mercantil*. vol. 2, 1971, p. 43.

116 EIZIRIK, Nelson. “Insider Trading” e Responsabilidade de Administrador de Companhia Aberta. *Revista de Direito Mercantil*. Vol. 50. São Paulo, 1983, pp. 42-56; ZANINI, Carlos Klein. A doutrina dos “fiduciary duties” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas. In: *Revista de Direito Mercantil*. Vol. 109. pp. 137-149”.

117 Afirma Eizirik fundar-se tal responsabilidade na presunção de culpa (EIZIRIK, Nelson. “Insider Trading” e Responsabilidade de Administrador de Companhia Aberta. In: *Revista de Direito Mercantil*. Vol. 50. São Paulo, 1983, p. 53). Todavia, entendo caracterizada a responsabilidade objetiva, na forma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, sendo a confiança o critério informador do nexo de imputação.

Na vida societária a boa-fé atua, por igual, na concretização da confiança no tráfego negocial, então tutelando “situações de confiança” e vedando o comportamento contraditório e desleal. Entre as “situações de confiança” está uma peculiar modalidade em que a boa-fé gera o dever de não ser fraudada a *confiança do mercado e dos acionistas não-controladores*. Trata-se do procedimento da oferta pública, por ocasião da alienação de controle de companhia aberta.

3.2. BOA-FÉ E OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES

As operações realizadas nos mercados financeiros de negociação de ações por meio de ofertas públicas¹¹⁸ têm um suporte contratual inegável¹¹⁹, conquanto sua regulação específica se dê nas leis societárias e em atos normativos¹²⁰. A emissão, a venda ou a aquisição de valores mobiliários são negócios dirigidos à massa de investidores cujo escopo é a tomada de controle de uma sociedade mercantil por outra. Tais operações se apresentam como:

[...] una técnica o procedimiento consistente en que una o varias personas físicas o jurídicas anuncian publicamente a todos los accionistas de una sociedad que se comprometen durante un tiempo mínimo a adquirir sus acciones de esa sociedad a cambio de títulos o de dinero, a un precio generalmente superior al de mercado, y normalmente con el fin de, mediante dicha adquisición, lograr o reforzar el control de esa sociedad.¹²¹

118 Lei nº 6.404/76, art. 254-A, *in verbis*: A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

119 CORRAL GARCIA, Eduardo. *La Oferta de Contrato Al Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 25.

120 Presentemente, o procedimento ou técnica visando à aquisição de ações (OPA) vem regulado pela Instrução CVM n. 361, de 5 de março de 2002, ato normativo realizado como condição de eficácia de negócio jurídico de alienação de controle de companhia aberta, por força do art. 254-A da Lei 6.404/76. Pelos próprios termos empregados nessa Instrução normativa percebe-se que a aquisição pública de ações constitui uma técnica que se apóia em estruturas contratuais, ainda que o exercício da autonomia privada esteja fortemente condicionado por normas heterônomas e inderrogáveis *ex voluntate*, destinadas a assegurar a isonomia, o amplo acesso e a lisura do negócio. Não é estranha ao Direito privado a oferta ao público com o caráter de verdadeira proposta, e não o de mera *invitatio ad offerendum*: há *atividade negocial* em sentido próprio, embora sujeita à autorização da Comissão de Valores Mobiliários e aos requisitos estabelecidos pela lei e por atos administrativos normativos. Essa delimitação é relevante para determinar qual a feição da boa-fé que se manifesta no caso.

121 SAÉNZ DE NAVARRETE, Zurita. *La Oferta Pública de Adquisición*, Madrid, 1980, apud CORRAL GARCIA, Eduardo. *La Oferta de Contrato Al Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 85, nota 151.

Em razão de suas próprias peculiaridades do procedimento de oferta pública de ações (OPA) está assentada em inegável assimetria informativa que se manifesta por ocasião da fase pré-negocial, quando as ações são oferecidas, razão pela qual surgem, para o emissor, deveres pré-contratuais derivados da boa-fé¹²². Por isso mesmo:

[...] el deber de difundir informaciones impuesta legalmente a la sociedad emisora en 'oferta pública' constituye una especificación del deber general de información que incumbe a ciertos co-tratantes en la fase de formación del contrato.¹²³

Aqui também se apresenta a informação ao modo instrumental para proporcionar aos investidores o consentimento informado à negociação e a igualdade de acesso a essas informações. Daí a lição de Comparato, para quem:

Consideram-se 'transparentes' as informações oriundas de um agente de mercado de capitais sobre valores mobiliários que tenciona lançar, distribuir ou adquirir, toda vez que tais informes se revestem de suficiente clareza e não omitem nenhum fato relevante. Têm-se como relevantes (material information) as informações suscetíveis de influir sobre a cotação dos papéis no mercado.¹²⁴

Se bem que, em regra, incida na fase pré-negocial, antecedente à oferta, caracteriza-se o dever (de informação ou, conforme o caso, de sigilo) também na hipótese de não haver certeza, por parte do controlador, de que deseja realizar a operação de oferta pública, pois pode suceder que o mero anúncio da possibilidade do negócio favoreça manobras especulativas, causadoras de dano¹²⁵. Conectada ao princípio da boa-fé, a regra do art. 260 da Lei societária¹²⁶ adquire, assim, interpretação ampliada.

122 GRIMALDOS GARCIA, Maria Isabel. *Responsabilidad Civil derivada del folleto de emisión de valores negociables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 145 e ss. Alude a autora à "profunda transformação" pela qual passa, em nossos dias, o princípio da autotutela, mormente quando ocorre a *assimetria informativa* entre as partes contratantes.

123 GRIMALDOS GARCIA, Maria Isabel. *Responsabilidad Civil derivada del folleto de emisión de valores negociables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 146-147.

124 COMPARATO, Fábio Konder. A regra do sigilo nas ofertas públicas de aquisição de ações. In: *Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 335.

125 Com razão Fábio Comparato, ao assinalar que a regra do art. 260 é uma regra de responsabilidade civil. (COMPARATO, Fábio Konder. A regra do sigilo nas ofertas públicas de aquisição de ações. In: *Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 351).

126 Lei 6.404/76, art. 260, *in verbis*: "Até a publicação da oferta, o ofertante, a instituição financeira intermediária e a Comissão de Valores Mobiliários devem manter sigilo sobre a oferta projetada, respondendo o infrator pelos danos que causar".

Observa-se, dessa maneira, a possibilidade de atuação da boa-fé posta nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil com força expansiva e integrativa das disposições legais, corporativas e administrativas no Direito Societário em geral e, em especial, no Direito dos Valores Mobiliários. Embora lacunosa há, com efeito, uma verdadeira *disciplina informativa* do Direito dos Valores Mobiliários, a ser deduzida das leis societárias, das regulações corporativas e dos atos normativos dos órgãos administrativos (como a CVM) tudo integrando e concretizando o dever geral de boa-fé posto no Código Civil, com incidência na fase pré-negocial e na fase contratual propriamente dita¹²⁷. Assim, e especificamente no que tange à oferta pública, a Instrução Normativa CVM n. 361 determina, no art. 4º, inciso II, dever a OPA ser realizada “de maneira a assegurar tratamento equitativo aos destinatários, permitir-lhes a adequada informação quanto à companhia objeto e ao ofertante, e dotá-los dos elementos necessários à tomada de uma decisão refletida e independente quanto à aceitação da OPA”.

CONCLUSÃO

Retomo as *idéias-força* com as quais inaugurei este estudo, quais sejam, a impossibilidade de pensar o mundo social ao modo substancialista; e a necessidade de sua apreensão relacional.

O exame da boa-fé pelo viés funcional demonstra que as funções que lhe são atribuídas não são um “dado”, mas um *construído*, não existem “em si”, mas correspondem a desígnios práticos de uma sociedade hiper-complexa inclusive nas formas de desigualdade entre os seus múltiplos campos sociais. Nessa construção fundamental é ter em mente a perspectiva da *dogmática da boa-fé*, cuja utilidade será tanto maior quanto maior for a consciência dos seus fins e funções, do seu desenvolvimento e do contexto nos quais é destinada a preencher sua tarefa¹²⁸. A construção de uma dogmática por meio da consciente e responsável atividade do intérprete no *fazer soar a voz* da boa-fé objetiva, na sua atenção aos demais princípios e regras também atuantes nos diversos campos jurídicos nos quais é a boa-fé destinada a atuar, constitui a

127 GRIMALDOS GARCIA, Maria Isabel. *Responsabilidad Civil derivada del folleto de emisión de valores negociables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 147.

128 Parafrazeio observação de Ascarelli sobre a utilidade da dogmática que “será tanto maior quanto maior for a consciência do fim e da função dos vários institutos, do seu desenvolvimento histórico, do meio em que são destinados a preencher a sua tarefa” (In: *Evolução da Doutrina Jurídica Italiana*. Ora em *Ensaio e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 398).

única segurança contra um chamamento à boa-fé fundado na “pura intuição casuística”¹²⁹, passaporte ao perigoso “impressionismo eqüitativo”¹³⁰. Não esqueçamos, ao fim e ao cabo, a lição de Ascarelli:

La dogmatica costituisce appunto lo strumento per lo sviluppo interpretativo del diritto con l'osservanza della necessaria continuità e perciò con quella certezza giuridica nella quale riposa la tutela della libertà individuale. Abbandonando il terreno della dogmatica si cade inevitabilmente o nella mera discrezionalità o nella semplice parafrasi della legge, sacrificando nel primo caso la esigenza di certezza e il principio di legalità e giugendo, nel secondo, a una rigidità che preclude ogni sviluppo interpretativo.¹³¹

129 ASCARELLI, Tullio. Experiências de viagens jurídicas – Direito civil e comercial. Ora em *Ensaios e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 405.

130 ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 219.

131 ASCARELLI, Tullio. Experiências de viagens jurídicas – Direito civil e comercial. Ora em *Ensaios e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 405-406.