

INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA FASE “IN CONTRAHENDO”

Débora Moraes Sarmiento de Assis¹

Laura Dutra de Abreu²

RESUMO

O presente artigo busca debater a importância do princípio da boa-fé objetiva, mais precisamente na fase pré-contratual, isto é, na fase “in contrahendo”. A metodologia utilizada neste estudo foi a bibliográfica e documental, através de artigos, obras jurídicas e jurisprudência. Por fim, conclui-se que ainda há muito a evoluir no que tange à aplicação dos Princípios Constitucionais na fase pré-contratual, afinal, trata-se de um tema relativamente recente, cuja aplicação vem tornando-se cada vez mais frequente nas decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. FASE PRÉ-CONTRATUAL. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL. DIÁLOGO DAS FONTES. CASOS CONCRETOS.

¹ Graduanda do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior

² Professora das Faculdades Integradas Vianna Júnior

INTRODUÇÃO

Este artigo visa analisar a incidência do Princípio da Boa-fé Objetiva no ordenamento jurídico brasileiro com ênfase na fase pré-contratual. O princípio, hoje estabilizado no Código Civil Brasileiro, pode ser obtido por meio de uma interpretação constitucional, estritamente ligado à dignidade da pessoa humana.

O artigo se desenvolve a partir da compreensão de que a relação jurídica possui uma complexidade interna, a partir da qual se estuda a situação patológica de descumprimento obrigacional. O artigo busca fazer uma análise especialmente quanto à situação do descumprimento na fase pré-contratual, paralelamente à análise da conformação do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, partindo do conceito do princípio da boa-fé objetiva, o artigo busca analisar a incidência do Direito Civil alemão no ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada para alcançar tal análise foi uma pesquisa bibliográfica e documental, através do estudo de obras jurídicas, artigos e jurisprudência relacionada ao tema.

Para isso, foi feita uma introdução, fundada na constitucionalização do Direito Civil, destacando a fusão de princípios e regras constitucionais com o restante do ordenamento jurídico. Além disso, foi feita uma breve análise a respeito do Diálogo das Fontes, demonstrando que a conexão entre os Códigos e a Constituição é indispensável. Em seguida, foi exposto o conceito do princípio da boa-fé objetiva, diferenciando-o da boa-fé Subjetiva. Com enfoque na aplicação da boa-fé objetiva, foram analisados alguns casos práticos.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Hodiernamente, fala-se na constitucionalização do direito civil para tratar do fenômeno de irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico. Nos dizeres de Luiz Edson Fachin (2003, p. 370/371), “todo o Standard normativo infraconstitucional deve se amoldar ao modelo axiológico constitucional”.

Esse processo avançou de maneira progressiva, especialmente no âmbito do Direito Civil, e vem sendo abordado pela doutrina de forma essencial para o fenômeno da constitucionalização. Além disso, os princípios constitucionais têm sido absorvidos pelos juízes ao prolatarem suas sentenças, ainda que com algumas resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista.

Esse fenômeno não se resume a uma mera reorganização das normas, que migraram do Código Civil. A constitucionalização do direito civil significa, também, uma nova leitura da Constituição, suas regras e valores, como parte de um sistema jurídico coeso, e que todas as demais normas jurídicas devem ser interpretadas utilizando-a como parâmetro. O Código Civil perdeu, desse modo, a condição de norma central reguladora das relações privadas, diferenciando a ordem jurídica conhecida até então.

Como consequência desse fenômeno, faz-se necessário uma releitura da legislação infraconstitucional, atendendo-se às diretrizes e aos valores expressos na Constituição. Os princípios constitucionais tomam novas proporções, culminando no que Paulo Bonavides (2008) denomina pós-positivismo. Nessa nova perspectiva, as normas e os princípios constitucionais devem ser aplicados diretamente, em todos os ramos do direito.

Segundo dizeres de Gustavo Tepedino (2004, p. 23):

Ao contrário do cenário dos anos 80, não há hoje civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para,

ao menos de modo indireto, auxiliar na interpretação construtiva da norma infraconstitucional.

Nesse norte, sob uma perspectiva voltada para os Princípios Contratuais, não há qualquer dúvida no que diz respeito à incidência dos valores Constitucionais. Embora o princípio da boa-fé objetiva não seja tratado de forma expressa pela nossa Carta Magna, ele está inserido indiretamente nas seguintes disposições: art.1º, especificadamente no respeito à dignidade da pessoa humana; art. 3º,I, em relação à constituição de uma sociedade justa, livre e solidária; caput do art.5º sobre a igualdade substancial.

Em relação ao Código Civil de 2002, há menção expressa da boa-fé, relacionada aos negócios jurídicos, positivada em três artigos:113, 187 e 421. Como norma de interpretação, o artigo 113 estabelece que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé. O artigo 187, por sua vez, dispõe a boa-fé ao lado da função social do contrato e dos bons costumes, como limitadora da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Importada por Cláudia Lima Marques³, mas originalmente desenvolvida por Erik Jaime na Alemanha, a Teoria do Diálogo das Fontes, em sintonia com a constitucionalização, engrandece de forma significativa o ordenamento jurídico brasileiro.Sua ideia central consiste em interligar todas as fontes do direito, de forma que uma complemente a outra, isto é, não há que se falar em setores autônomos. Na realidade, a teoria do diálogo das fontes visa superar os critérios clássicos de solução de antinomias jurídicas, englobando o ordenamento como um todo.

Haja exposto, percebe-se uma mudança de perspectiva no que tange à aplicação do Direito Civil Brasileiro, devido à incidência da nossa Carta Magna. Além disso, deve ser feita uma análise com viés constitucional, o que implica atribuir aos princípios um caráter

³ Doutora pela Universidade de Heidelberg e professora titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

essencial para a efetiva aplicação do Direito Civil. Tanto a importação da Teoria do Diálogo das Fontes quanto a constitucionalização são responsáveis por uma relevante mudança no ordenamento jurídico, uma vez que não é mais cabível em nossa sociedade uma análise fragmentada das normas infraconstitucionais.

Nesse contexto, cabe à doutrina identificar, sem pretensão à completude, modelos e parâmetros de interpretação do princípio da boa-fé, cuja aplicação satisfatória só pode ser realizada por um Poder Judiciário competente e comprometido com a sociedade e com os mandamentos da Constituição da República.

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Inicialmente, faz-se necessário conceituar o princípio da boa-fé objetiva para que, posteriormente, façamos uma análise da incidência deste nos casos concretos. Esse princípio caracteriza-se como regra de conduta, seguindo uma ponderação de interesses nos comportamentos dotados de honestidade e lealdade para a celebração e execução dos negócios jurídicos.

Ainda nesse norte, segundo Ruy Rosado Aguiar Junior (2003), a boa fé significa aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual. Para efetivar a confiança imprescindível nas relações humanas, o princípio da boa-fé objetiva resguarda a fidelidade à palavra dada, como define o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Sanseverino: “A boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade” (2010).

Esclarecido o conceito da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), é importante distingui-la da boa-fé subjetiva (*Guten Glauben*), visto que esta, expressamente consagrada no artigo 422 do Código Civil, vincula-se ao estado de consciência, isto é,

ao plano das ideias, em que o sujeito acredita agir conforme as normas do ordenamento jurídico.

No que tange ao princípio da boa-fé objetiva, o § 242 do BGB estabelece o seguinte: “O devedor deve cumprir a prestação tal como exige a boa-fé e os costumes do tráfego social”. A partir, em especial, dessa cláusula geral de boa-fé, a doutrina alemã desvendou esse novo princípio do sistema de direito privado. O especial interesse dedicado às orientações germânicas reside particularmente na compreensão da relação jurídica obrigacional como processo e na aplicação do princípio da boa-fé negocial na figuração da violação positiva do contrato. Inspirando, assim, as demais doutrinas, inclusive a nossa, nota-se que o Princípio da boa-fé objetiva está cada vez mais inserido nas relações contratuais.

Além disso, o Código Civil de 2002 contempla o princípio da boa-fé objetiva como uma diretriz ética. Exatamente a exigência ética permitiu, por meio de um modelo aberto, que a hermenêutica declarasse seu significado concreto, de forma que ditames devem ser seguidos desde a estipulação de um contrato até o término de sua execução.

Conforme preleciona o professor Flávio Tartuce, a relação obrigacional na boa-fé exerce múltiplas funções, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito) e criação de novas normas de conduta (função integrativa).

A função interpretativa refere-se à aplicação do princípio da boa-fé objetiva pelos magistrados, devendo atender aos fins sociais que o princípio envolve. Dessa forma, guarda íntima relação com o art.5º da LINDB: “O juiz, ao aplicar a lei, deve atender os fins sociais e que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Portanto, a boa-fé serve como suporte para orientar o magistrado em caso de integração de lacunas.

Em relação à função de controle, também chamada de função delimitadora do exercício e direitos subjetivos, caracteriza-se por uma função protetora, isto é, limitadora

do exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica, consoante previsto no art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002. Evitam-se, assim, as cláusulas leoninas, ou seja, o abuso de direito em todas as fases da relação jurídica obrigacional.

A função integrativa da boa-fé tem como fonte o art. 422 do Código Civil brasileiro e permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daquelas que nascem diretamente da vontade das partes. Desse modo, a função de integração engloba os deveres anexos de conduta, inerentes a qualquer contrato, sem necessidade de previsão em instrumento (ROSENVALD, 2014).

Entre alguns desses deveres anexos, destacam-se: dever de cuidado, de respeito, de informação, de lealdade e probidade, de colaboração, de confiança, de razoabilidade. Importante ressaltar que a violações desses deveres constitui uma nova modalidade de inadimplemento, isto é, a violação positiva do contrato conforme determina o enunciado 24 da CJF: “Enunciado 24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Assim, aquele que viola a boa fé objetiva comete um abuso de direito, nova modalidade de ilícito. Cumpre salientar que tais deveres não devem ser elencados de forma taxativa, como afirma o professor Antônio Menezes de Cordeiro (1997, p. 1234):

A boa-fé apenas normatiza certos factos que, estes sim, são fonte: mantenha-se o paralelo com a fenomenologia da eficácia negocial: a sua fonte reside não na norma que mande respeitar os negócios, mas no próprio negócio em si (...) O direito, obriga então, a que, nessas circunstâncias, as pessoas não se desviem dos propósitos em que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam – deveres de lealdade- nem calar ou falsear a actividade

intelectual externa que informa a convivência humana – deveres de informação.

Portanto, em razão de sua natureza, o princípio da boa-fé objetiva deve ser respeitado em todas as fases contratuais inclusive nos deveres anexos ao contrato. Este princípio represente uma forma de conduta no acepção mais ampla, configurando sua essencialidade aos contratos encampados pelo Direito Civil.

3 FASE *IN CONTRAHENDO*

Somente no final do século XIX foi desenvolvida uma teoria capaz de estabelecer a obrigação de indenizar na fase pré-contratual. Sobre a aplicação do princípio da boa fé objetiva, Nelson Nery Junior (2003) defende que as partes devem guardar a boa-fé na fase pré-contratual, isto é, nas tratativas preliminares, durante a execução do contrato e, ainda, depois da sua execução.

A cláusula geral da boa-fé, expressa pelo Código Civil em seu artigo 422, não menciona a fase pré-contratual, mas, nem por isso, a doutrina e a jurisprudência deixaram de incluir esta circunstância no âmbito de aplicação. Portanto, estão compreendidas no artigo supramencionado as tratativas preliminares.

A fase do nascimento dos deveres nem sempre surge *ex abrupto* termina sem deixar rastros, pois pode ser antecedida por tratativas e demais atos preparatórios (nos quais se alocam deveres jurídicos de proteção), e pode ser seguida por um período ainda marcado por deveres pós-contratuais. O nascimento dos deveres, por sua vez, pode derivar de uma série de atos e acontecimentos que passam a influir no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, Esses fatores são decorrentes tanto da cultura da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social quanto das transformações e modificações que produzem.

Desse modo, surge no ordenamento jurídico brasileiro uma análise do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual. A jurisprudência, particularmente a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já vinha fazendo ampla utilização do princípio da boa-fé objetiva para solução de casos concretos, ainda que não expresso em lei. A partir do CDC, esse obstáculo foi superado, uma vez que a boa-fé foi consagrada como um dos princípios fundamentais das relações de consumo (art. 4º, III) e como cláusula geral pelo controle das cláusulas abusivas (art. 51, IV).

De forma mais específica, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu a configuração da violação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual:

RECURSO DE REVISTA. 1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. DANO PRÉ-CONTRATUAL. CONFIGURAÇÃO. O Tribunal Regional, com base no conjunto fático-probatório dos autos, insuscetível de reexame nesta fase extraordinária, ao teor da Súmula nº 126 do TST, concluiu que foi praticado ato ilícito pela reclamada, pois a reclamante, diante do anúncio de vagas de emprego, dirigiu-se à empresa, fez entrevista com o responsável, foi submetida a exame admissional e entregou documentos para a contratação, e, depois, injustificadamente, a reclamada não a contratou, o que configurou ofensa ao princípio da boa-fé, aplicável ao contrato de trabalho, inclusive, na fase pré-contratual. O Regional observou, ainda, que a reclamante chegou a recusar propostas de empregos, e que - não obstante a reclamada tivesse impugnado os termos da exordial, deixou de impugnar especificamente a declaração da fl. 24, na qual a reclamante teria recusado um emprego em salão de beleza -. Sob o enfoque probatório, não há como se chegar a conclusão contrária nesta esfera recursal, pois, nos termos da Súmula nº 126 do TST, é vedado o reexame do conteúdo das provas produzidas e a sua valoração. Sob o enfoque de direito, não há utilidade em seguir na discussão sobre a distribuição do ônus da prova (arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC), quando a decisão recorrida está assentada nas provas efetivamente produzidas, caso dos autos. Recurso de revista de que não se conhece. 2. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR ARBITRADO. Tratando-se de valor da indenização por danos morais, o conhecimento do recurso de revista, em regra, não é viável por divergência jurisprudencial, pois não há um caso igual a outro, de maneira que a falta de identidade fática não atende à exigência da Súmula nº 296 do TST. Foi justamente levando em conta que a fixação do montante da indenização por danos

morais está ligada às circunstâncias fáticas de cada caso e à condição das partes, e que é inviável estabelecer parâmetro de comparação com outros julgados, que o STJ editou a Súmula nº 420, segundo a qual: 'Incabível, em embargos de divergência, discutir o valor da indenização por danos morais'. O caso destes autos não é exceção, na medida em que o aresto colacionado não parte das mesmas premissas fáticas tratadas no acórdão recorrido. Incidência da Súmula nº 296 do TST. Recurso de revista de que não se conhece (TST-RR: 7218820115120039 721-88.2011.5.12.0039, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 23/10/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013).

Segundo essa decisão, com fundamento nos artigos 927e186, do Código Civil, a indenização é devida à autora da ação, em virtude da promessa de formalização de contrato não cumprido, tendo frustrado suas expectativas de admissão, inclusive, recusado propostas de empregos de terceiros, conforme declarado em depoimento pessoal. Além disso, a reclamada viola, ainda, o disposto no artigo 187 do CC, tendo em vista que, ao não cumprir o compromisso de contratar a obreira, excedeu os limites impostos pelo seu fim econômico e social, não atendendo ao princípio da boa fé que rege as relações jurídicas, aplicável ao contrato de trabalho, inclusive na sua fase pré-contratual. Desse modo, o Tribunal Superior do Trabalho não conheceu o recurso de revista, mantendo a decisão do Tribunal Regional.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino disserta a respeito da boa-fé objetiva, esclarecendo a incidência de tal princípio na fase pré-contratual em seguinte decisão:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE CONTRATAÇÃO. RUPTURA DE TRATATIVAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. JUROS DE MORA. TERMO 'A QUO'. DATA DA CITAÇÃO. 1. Demanda indenizatória proposta por empresa de eventos contra empresa varejista em face do rompimento abrupto das tratativas para a realização de evento, que já estavam em fase avançada. 2. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que

de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes. 3. Inviabilidade de se contrastar, no âmbito desta Corte, a conclusão do Tribunal de origem acerca da expectativa de contratação criada pela empresa varejista. Óbice da Súmula 7/STJ. 4. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual. Doutrina sobre o tema. 5. Responsabilidade civil por ruptura de tratativas verificada no caso concreto. 6. Inviabilidade de se analisar, no âmbito desta Corte, estatutos ou contratos de trabalho, para se aferir a alegada inexistência de poder de gestão dos prepostos participaram das negociações preliminares. Óbice da Súmula 5/STJ. 7. Controvérsia doutrinária sobre a natureza da responsabilidade civil pré-contratual. 8. Incidência de juros de mora desde a citação (art. 405 do CC). 9. Manutenção da decisão de procedência do pedido indenizatório, alterando-se apenas o termo inicial dos juros de mora. 10. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO (STJ - REsp: 1367955 SP 2011/0262391-7, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 18/03/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2014).

Desse modo, observa-se que a jurisprudência vem sendo cada vez mais incisiva ao analisar a fase pré-contratual em suas decisões, ainda que não haja determinação expressa em lei. Com efeito, é indispensável a proteção da boa-fé não só durante a execução do contrato, mas também na fase que o antecede e que o segue, como determina o enunciado 170, da III Jornada de Direito Civil, que dispõe a respeito do Art. 422: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

É importante observar que, embora a incidência da boa-fé na fase pré-contratual esteja cada vez mais presente nas jurisprudências recentes, resta ainda um campo possível de aplicação que não vem sendo explorado pelos magistrados. Deve-se, contudo, reconhecer que o fato de os juízes aplicarem o princípio da boa fé na fase pré-contratual, ainda que não consagrado expressamente em lei, já constitui uma evolução, com perspectivas de ampliar sua incidência.

A partir dessas reflexões, pode-se considerar que a atuação da boa-fé objetiva deve incidir em todas as fases contratuais, quer nos negócios preliminares, quer na execução do contrato, quer na fase pós-contratual. A cláusula geral da boa-fé determina a todos os envolvidos, o dever de agir com lealdade, sem prejudicar a outrem, preservando a ética ao contrato celebrado.

REFERÊNCIAS

FACHIN, Luis Edson. **Comentários ao Código Civil**. Parte especial: Do direito das coisas artigos 1277 a 1368. Vol. 15. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. 370/371p.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7.ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **O direito civil e a legalidade constitucional**. Revista Del Rey Jurídica, vol.13. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2004. 1234 p.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Ed. Almedina, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SLANWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**. O princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002. 14p.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Ed. AIDE, 2003. 238p.

SANSEVERINO, Paulo de Tarsa Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. 17p.

ANDRADE, Rosa Maria. **Código civil comentado**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 506p.

TARTUCE, Flávio. **Manual do Direito Civil**. 6.ed. São Paulo. Ed.GEN/Método. 2016.

CHAVES DE FARIAS,Cristiano. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito Civil**: teoria geral e contratos em espécie. 4. ed. Salvador. Ed. Juspodivm.2014.