

BOA-FÉ OBJETIVA: DE NORMA COMPORTAMENTAL A REQUISITO DE EFICÁCIA DO CONTRATO. UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A INEFICÁCIA DO CONTRATO DE SEGURO NOS CASOS DE ACIDENTE COM EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

FROM BEHAVIORAL STANDARD TO THE
EFFECTIVENESS REQUIREMENT OF THE CONTRACT.
ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE STJ ON THE
INEFFECTIVENESS OF THE INSURANCE AGREEMENT IN
THE CASES OF ACCIDENT CAUSED BY DRUNKENNESS

Elisa Costa Cruz

Doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Civil pela UERJ.
Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a boa-fé como parâmetro de análise de eficácia do contrato, além das funções tradicionalmente reconhecidas ao instituto, e seu reflexo na jurisprudência do STJ no julgamento de casos de acidentes automobilísticos provocados em estado de embriaguez.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Contrato. Eficácia. Seguro. Embriaguez.

Abstract: The purpose of this article is to analyze good faith as a parameter of analysis of the effectiveness of the contract, in addition to the functions traditionally recognized to the institute, and its reflection in the jurisprudence of the STJ in the judgment of cases of automobile accidents caused by drunkenness.

Keywords: Good faith. Contract. Effectiveness. Insurance. Drunkenness.

Sumário: **1** Introdução – **2** A boa-fé objetiva – **3** A boa-fé e as cláusulas gerais – **4** Conclusão

1 Introdução

A partir de 2016 o Superior Tribunal de Justiça tem promovido alterações em sua jurisprudência anterior em acidentes causados em situação de embriaguez ao

volante, passando a entender que a embriaguez, por si só, representa um agravamento de risco não previsto no contrato e uma violação à boa-fé objetiva a permitir a não cobertura pelo dano causado.

O entendimento anterior do tribunal exigia a demonstração de que a embriaguez teria sido a causa determinante do acidente,¹ hipótese em que, por envolver análise fática, enfrentava as dificuldades da aplicação da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.485.717, da relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, a Corte reviu seu posicionamento anterior:

[...] 8. Constatado que o condutor do veículo estava sob influência do álcool (causa direta ou indireta) quando se envolveu em acidente de trânsito – fato esse que compete à seguradora comprovar –, há presunção relativa de que o risco da sinistralidade foi agravado, a ensejar a aplicação da pena do art. 768 do CC. Por outro lado, a indenização securitária deverá ser paga se o segurado demonstrar que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros). 9. Recurso especial não provido.²

Em seu voto, o relator consigna que, sob o prisma da boa-fé objetiva, a condução de veículo em estado de embriaguez “frustra a justa expectativa das partes contratantes na execução do seguro, pois rompe-se com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação”.

Assim, e de modo a respeitar tanto a boa-fé objetiva como a função social do contrato, eventual cláusula de exclusão de cobertura por embriaguez é válida e, caso não exista, o contrato não tem o condão de produzir seus regulares efeitos, salvo se comprovado que o acidente ocorreria independentemente da embriaguez.³

¹ STJ, 4ª T. AgRg no AREsp nº 671.840/MS. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 22.9.2015. *DJe*, 29 set. 2015.

² STJ, 3ª T. REsp nº 1.485.717/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 22.11.2016. *DJe*, 14.12.2016.

³ “Enfim, seja pela presunção de agravamento do risco no contrato de seguro de automóvel, seja pela incidência da boa-fé objetiva conjugada com a função social do contrato,, propõe-se a revisão do entendimento desta Terceira Turma sobre a questão, para que a perda da garantia securitária se dê quando tão só demonstrado que o condutor estava sob os efeitos do álcool durante a dinâmica do acidente de trânsito, não importando se a direção estava sob a responsabilidade do próprio segurado (ato doloso) ou de terceiro a quem ele confiou (culpa grave), ainda mais se este for preposto ou integrante da entidade familiar, salvo prova em contrário de que o sinistro ocorreria sem a influência do estado de embriaguez. De fato, ‘a embriaguez só não excluirá a cobertura no caso de seguro de responsabilidade civil, porque este [...] destina-se a reparar os danos causados pelo segurado, culposa ou dolosamente, a terceiros, as maiores vítimas da tragédia do trânsito. Excluir a cobertura em casos tais será punir as vítimas em lugar do causador

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado essa orientação em sua jurisprudência, conforme se observa do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.121.499,⁴ Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.220.990⁵ e Recurso Especial nº 1.659.108,⁶ entre outros.

A partir dessa nova jurisprudência, procuraremos analisar como a boa-fé foi alçada à condição de eficácia dos contratos.

2 A boa-fé objetiva

Trata-se de consenso entre juristas a impossibilidade de conceituação da boa-fé, embora haja certa concordância quanto ao seu conteúdo e às suas manifestações.

Sua origem dogmática mais remota é encontrada no direito romano, no instituto da *fides*, plurissignificativo, cuja ideia central remeteria a uma vinculação comportamental de natureza religiosa e moral.⁷ O desprestígio do conceito foi superado pela expansão territorial romana, a qual demandou a criação de novas técnicas jurídicas para solução dos litígios submetidos ao pretor,⁸ entre elas, a utilização da *fides bona* como “norma objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfico”.⁹

A assunção da boa-fé como valor não impediu a sua estruturação sob a perspectiva da pessoa, no que daria ensejo à ideia de boa-fé subjetiva,¹⁰ concepção que veio a prevalecer nos sistemas jurídicos desde o direito canônico¹¹ e que se sedimentou na codificação francesa.¹²

dos danos’. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, pág. 489 – grifou-se)” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.485.717/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 22.11.2016. *DJe*, 14 dez. 2016).

⁴ STJ, 4ª T. REsp nº 1.121.499/ES. Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. 20.9.2018. *DJe*, 26 set. 2018.

⁵ STJ, 4ª T. AgInt no AREsp nº 1.220.990/SP. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 4.9.2018. *DJe*, 11 set. 2018.

⁶ STJ, 3ª T. REsp nº 1.659.108/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.6.2018. *DJe*, 2 ago. 2018.

⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001. p. 58.

⁸ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 228.

⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001. p. 105.

¹⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. A boa fé nos finais do século XX. *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, Lisboa, ano 56, v. III, p. 887-912, dez. 1996. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro96.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2010.

¹¹ Neste caso, associado a um valor ético-religioso. A boa-fé, para o direito canônico, seria oponível ao pecado.

¹² NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O princípio da boa-fé e o novo Código Civil. *Revista Forense*, São Paulo, v. 367. p. 71.

A ascensão em importância da boa-fé objetiva foi conquistada com a edição do BGB em 1900, que a positivou no §242:¹³ “o devedor é obrigado a efetuar sua prestação como exigem a boa-fé e a intenção das partes determinada segundo os usos”, e que, na perspectiva de Menezes Cordeiro, permitiu o desenvolvimento de quatro institutos: responsabilidade pré-contratual, deveres acessórios, abuso do direito e alteração das circunstâncias.¹⁴ No campo da responsabilidade pré-contratual (ou da culpa *in contrahendo*, como afirma Menezes Cordeiro), a boa-fé revelar-se-ia pelos deveres de proteção, de informação e de lealdade. Os deveres anexos vinculariam as partes contratantes às obrigações secundárias derivadas do negócio jurídico e a atuar de modo a cumprir a finalidade do negócio. O exercício inadmissível de posições jurídicas destinar-se-ia a impedir a violação de legítimas expectativas. Por fim, a alteração das circunstâncias autorizaria a mudança do pacto quando a situação que lhe deu origem sofrer profunda alteração.

A essas manifestações da boa-fé objetiva, que correspondem às funções de limitação do exercício de direitos e de integração,¹⁵ deve-se associar, ainda, a função interpretativa, através da qual a boa-fé atua no processo hermenêutico, haja ou não lacuna, orientada pela finalidade lícita e legítima almejada pelas partes.¹⁶

¹³ No original: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”.

¹⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. A boa fé nos finais do século XX. *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, Lisboa, ano 56, v. III, p. 887-912, dez. 1996. p. 896. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro96.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2010.

¹⁵ Cláudia Lima Marques refere-se a quatro funções da boa-fé na doutrina alemã contemporânea: a) complementação ou concretização da relação, através da qual o operador do direito relaciona os direitos e deveres, principais ou anexos, que decorrem de determinada relação jurídica; b) controle e limitação das condutas, que limitam o exercício das posições jurídicas dos contraentes e o exercício de seus direitos; c) correção e adaptação em caso de mudança das circunstâncias, que autorizam a adaptação e modificação do conteúdo dos contratos visando à manutenção do vínculo; d) autorização para decisão por equidade (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 186-187).

¹⁶ “A regra segundo a qual os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé, em que, como acabamos de ver, se traduz esta função, tem dois desdobramentos: primeiro, os contratos (e os negócios jurídicos unilaterais) devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência; segundo, quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 152). No mesmo sentido: “O contrato há de ser interpretado sob o pressuposto de que foi celebrado por ambas as partes com boa-fé, o que significa definir como objetivo do programa contratual, a condicionar a interpretação do contrato, uma finalidade que seja lícita e legítima, ainda que não consistente com a intenção real de um dos contratantes” (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 229).

Em síntese, utilizando da lição de Cláudia Lima Marques, podemos definir boa-fé objetiva como:

[...] uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.¹⁷

Posto que breve, esse relato do desenvolvimento da boa-fé revela a sua associação, desde sua concepção, como norma de conduta que vincula as partes¹⁸ à finalidade do contrato celebrado. No mesmo sentido é o entendimento de Teresa Negreiros:

Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.¹⁹

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 182-183.

¹⁸ “Deve ser observado que, reconhecida a obrigação sob uma vertente procedimental” (SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007), a relação negocial pode sofrer a influência de terceiras pessoas além dos contratantes. Nessa ordem de ideias, já reconhecia Karl Larenz, citado por Fernando Noronha, que o dever de cumprimento da boa fé “em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente [...] e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar, dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação e a uma consciência honrada” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 147).

¹⁹ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 227.

Há que observar, ainda, a estrita correlação da boa-fé como limite externo ao contrato, voltada à atuação concreta das partes. As três funcionalidades classicamente atribuídas à boa-fé, como se pode observar, relevam situações posteriores à celebração do contrato e vinculadas ao momento de sua execução (ressalvada, por certo, a responsabilidade pré-contratual).

A atuação da boa-fé é, dessa forma, externa ao contrato. Por essa razão, justifica-se a sua imediata (e corrente) associação à responsabilidade civil. Com efeito, descumprida a boa-fé objetiva, há a ocorrência de um ato ilícito, o qual o ordenamento sanciona com o dever de reparação dos danos.²⁰

Contudo, reconhece-se, além da responsabilização, a cominação de nulidade ao contrato celebrado em desconformidade com a boa-fé. Esta insuficiência já fora apreendida por Teresa Negreiros, para quem:

esta concepção restritiva da boa-fé, segundo a qual a função interpretativo-integrativo a confinaria a suplementar ou a esclarecer cláusulas contratuais, sem chegar a se constituir em fundamento suficiente para invalidá-las, é insustentável diante do que dispõe o nosso CDC.²¹

Em relação ao regime do Código Civil de 2002, que sequer prevê sanção à violação da boa-fé objetiva, deve-se igualmente questionar a sua ligação apenas à responsabilidade civil.²²

Neste ponto, exsurge certa contradição: como a boa-fé, entendida como elemento externo de controle de legitimidade do negócio jurídico, constitui causa idônea de nulidade, vício intrínseco do contrato?

Contrato nulo é aquele que não preenche os necessários requisitos e, portanto, não é apto à produção de efeitos jurídicos.

O art. 104 do Código Civil dispõe que a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei. Antonio Junqueira de Azevedo propõe categorização diferente,

²⁰ “Na reconhecida multiplicidade das suas projecções funcionais, que largamente ultrapassam, particularmente no ambiente jurídico germânico, os acanhados limites das suas primeiras positivações nos códigos, sempre a boa-fé era vista como uma norma de prescrição e modelação de deveres de agir e de imposição de omissões, direccionando, nas várias fases do processo relacional, a conduta dos sujeitos nele envolvidos. [...] Em qualquer destas modalidades operativas, está basicamente em causa a prevenção de danos, que poderiam resultar, quer da afectação de bens já integrantes da esfera de qualquer dos participantes na relação, quer da não consecução, ou da consecução imperfeita, dos fins que presidiram à constituição desta. Norma comportamental, a boa-fé afirma-se, assim, também, nestas dimensões funcionais, e pelo menos em primeira linha, como norma de responsabilidade, fonte da obrigação de indenizar, em caso de violação” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa fé como norma de validade. In: RIBEIRO, Joaquim de Sousa (Org.). *Direito dos contratos*. Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 208-209).

²¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 138.

²² Embora não haja referência, poder-se-ia cogitar da aplicação do inc. VII do art. 166 à violação da boa-fé: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

qualificando os requisitos de validade em intrínsecos, extrínsecos, categoriais e particulares.²³ Os dois primeiros são os mais relevantes e passamos a expor. É intrínseca a declaração de vontade: a) resultante de processo volitivo; b) querida com consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé (sob vertente subjetiva); e) objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prevista em lei ou não vedada. Requisitos extrínsecos são a capacidade e legitimidade do agente, tempo e lugar.

Sob qualquer ângulo, há que reconhecer a aparente incompatibilidade na inserção da boa-fé, norma comportamental por excelência, com os requisitos de validade do contrato, seja pela ausência de previsão legal, seja, especialmente, pela externalidade da boa-fé.

De modo a compatibilizar as orientações, afigura-se uma tendência de ampliação das funções tradicionais da boa-fé, a qual passaria a integrar a teoria do negócio jurídico. O instituto abandonaria a sua vertente exclusivamente comportamental, para impor-se como pressuposto contratual.

Essa é a proposta de Paulo Nalin ao indicar uma releitura dos elementos do negócio jurídico, que, em seu entendimento, seriam: a) capacidade negocial, bipartida em capacidade de gozo, insuprível, decorrente da capacidade de ser titular de direitos e obrigações, e capacidade de exercício, isto é, idoneidade para atuar juridicamente, passível de suprimento mediante representação; b) declaração negocial, consistente no comportamento que exterioriza a vontade do sujeito que a declara; c) objeto negocial, que compreende tanto o conteúdo como os efeitos do negócio.

O autor faz um corte epistemológico para tratar da teoria das fontes do direito e da normatividade adquiridas pelos princípios no pós-positivismo. Por força desta assertiva, sustenta que os princípios, entre os quais situa a boa-fé, não podem ser aprisionados aos limites de integração e interpretação da lei; estes teriam aplicabilidade direta ao caso concreto e servem de base normativa de julgamento.

Mas é ao associar essa contextualização do negócio jurídico²⁴ e a força normativa e amplitude do princípio da boa-fé, que o autor inova e afirma:

²³ JUNQUEIRA, Antonio de Azevedo. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43-48.

²⁴ “Apesar de ser tentadora a posição antes descrita, no meu sentir a teoria do negócio jurídico ainda mantém a sua função nas relações interprivadas, desde que compreendida a categoria da autonomia privada dentro de limites normativos (axiológicos, principiológicos e legais) e, sobretudo, contextualizado o uso da categoria do negócio jurídico em função (social) do sujeito concreto. Parece-me não haver mais espaço para discursos abstratos do negócio jurídico (o que pode parecer um grande paradoxo, na medida em que é assim vista a categoria pela doutrina em geral), mostrando-se disponível o sistema civil brasileiro contemporâneo a estabelecer conexões concretas entre as categorias mais abstratas e a realidade do caso. Para tanto, apontam-se os princípios jurídicos, com destaque para o tema ora desenvolvido, o da boa-fé, inseridos em cláusulas gerais, assuntos adiante desenvolvidos” (NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: DELGADO, M. L.; ALVES, J. F. *Novo Código Civil*. Questões controvertidas. Parte geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007. v. 6. p. 350. Série Grandes Temas do Direito Privado).

Essa amplitude funcional e legislativa da boa-fé é que me impulsiona a “transgredir” seculares conhecimentos do Direito Civil, para afirmar que a boa-fé não mais ocupa mero espaço circunspecto, antes reservado, apenas, aos elementos de validade dos negócios jurídicos, como se fosse ela uma espécie de fonte principiológica qualificadora dos demais elementos de validade do negócio e, em oposição, na sua falta, o negócio seria reputado inválido (nulo ou anulável). Atualmente, a sua importância é maior, o que não se pode negar, sendo possível cogitar inseri-la no plano da existência do negócio: entre outros elementos reputados como essenciais (sujeitos, declaração de vontade e objeto), incluir-se-ia a boa-fé, sem a qual o negócio não existiria para o Direito. Ao contrário, oportuno indagar: como sustentar um negócio jurídico sem boa-fé? No atual momento de maturidade doutrinária sobre a boa-fé, verifica-se a objetivação das condutas negociais em detrimento da intenção negocial, sendo reflexo desse quadro a expansão da relevância da boa-fé objetiva diante da boa-fé subjetiva. Ora, como reafirmar então a vontade negocial (declarada) como corpus do negócio sem que idêntico prestígio se atribua à boa-fé?²⁵

A principal crítica que pode ser dirigida a Paulo Nalin consiste na adoção do plano de existência do negócio jurídico, que tem sido objeto de contestação pela moderna dogmática civilista.²⁶

Uma segunda crítica pode ainda ser feita: os argumentos apresentados não elucidam o porquê do enquadramento da boa-fé objetiva como elemento de existência, eis que insere a função social no plano da validade do contrato.²⁷ Função social e boa-fé objetiva são institutos que traduzem os valores de equidade e justiça contratual que devem nortear as relações jurídicas (ou, na visão de Perlingieri, situações subjetivas), não havendo razão aparente para diferenciá-las nas consequências jurídicas.

Joaquim de Sousa Ribeiro, analisando a temática, sustenta que a boa-fé se converte em condição de validade do contrato, destinando-se a ele um

papel de instrumento da garantia constitucional da autodeterminação negocial, materialmente entendida. O cumprimento desta função

²⁵ NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: DELGADO, M. L.; ALVES, J. F. *Novo Código Civil*. Questões controvertidas. Parte geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007. v. 6. p. 350. Série Grandes Temas do Direito Privado

²⁶ Por todos: PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 63-639; e RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

²⁷ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 253.

legítima intervenções correctivas e limitativas no conteúdo dos contratos, de modo a evitar que estes possam servir de “meio de heterodeterminação”.²⁸

O autor português inicia seu trabalho relatando o conteúdo clássico da boa-fé como norma comportamental e chega a afirmar a dificuldade de situá-la como fundamento de restrição da autonomia privada, dada a sua íntima ligação com a situação fática. Contudo, ao reconhecer a mudança de paradigma na teoria contratual, com a conquista de relevo das formas organizacionais de produção e de consumo e as condicionantes sistêmicas que delas resultam, o autor sustenta a utilização da boa-fé no controle de conteúdo do contrato, como medida compensatória pela “inoperância funcional da autonomia privada”.²⁹ E esclarece que como “controle de legalidade, de eficácia jurídica, entenda-se, pois o que está em causa é a averiguação do respeito por limites de validade legalmente estabelecidos, como condição da produção dos efeitos vinculativos pretendidos”.³⁰

Afirma Joaquim de Sousa Ribeiro que esse controle de validade se opera através de cláusulas gerais, pois só esta escolha permitiria um critério suficientemente abrangente e variável para servir de padrão de medida da admissibilidade das cláusulas contratuais. A enumeração das cláusulas proibidas seria uma técnica defeituosa, pois não abarcaria todas as situações possíveis. Além disso, torna-se imprescindível a análise do sistema jurídico em que inserida esta cláusula, pois reputa que alguns ordenamentos são mais permeáveis à fluidez da boa-fé do que outros, citando, como exemplo destes últimos, o caso inglês.

Cumprе destacar que a defesa da boa-fé como critério de validade é feita não apenas no momento de inserção no contrato, tampouco sobre conduta dos contratantes na execução do negócio; ele propõe a sua incidência como critério de valoração da convenção estabelecida pelas partes.

Para chegar à conclusão afirmativa já referida, Joaquim de Sousa Ribeiro situa a discussão na doutrina e jurisprudência, a qual sustenta ter desenvolvido o instituto.

Nesse contexto, de trajetória da boa-fé objetiva como critério de valoração, aponta que, originariamente, as cláusulas contratuais eram rejeitadas quando resultassem de abuso de posição de monopólio. A tese, apoiada nas cláusulas econômicas de

²⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa fé como norma de validade. In: RIBEIRO, Joaquim de Sousa (Org.). *Direito dos contratos*. Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 279.

²⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa fé como norma de validade. In: RIBEIRO, Joaquim de Sousa (Org.). *Direito dos contratos*. Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 225.

³⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa fé como norma de validade. In: RIBEIRO, Joaquim de Sousa (Org.). *Direito dos contratos*. Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 227.

“bons costumes”, “equidade” e “limites imanentes” da contratação, pecava pela sua falta de sistematização e, portanto, a incerteza em sua aplicação. Não obstante, essa tese teria ínsito um elemento positivo, ao sustentar que o consentimento do contratante aderente só abrangeria as cláusulas equitativas.

A partir dessa ideia inicial houve a associação do controle de conteúdo com a boa-fé, com atuação corretiva e finalidade sancionatória do abuso da liberdade contratual:

Creemos que, na evolução do pensamento sobre as condições gerais dos contratos, a ideia de que a intervenção correctiva visava sancionar um abuso da liberdade contratual acabou por fornecer um elo de ligação com as funções tradicionais da boa fé, enquanto norma comportamental. A conduta aqui disciplinada seria a própria redacção unilateral dos termos do contrato, resultando o abuso da exploração dessa situação para a fixação de um conteúdo excessivamente desequilibrado. Segundo esta linha de fundamentação, quem utiliza este modo de contratar reivindica para si, em exclusivo, a faculdade de estabelecer as condições do contrato, colocando a contraparte na situação de aderir passivamente a cláusulas já acabadamente formuladas, de forma rígida, sem possibilidade de alterações. Como contrapólo desse poder, a boa fé impõe-lhe que não faça valer apenas, de forma maximalista, os seus próprios interesses, favorecendo-os excessivamente, sem ter em conta os interesses dos seus parceiros contratuais. Quem não respeitar essa directriz abusa da liberdade contratual.³¹

Embora ainda vinculada ao aspecto comportamental da boa-fé, uma vez que analisa a posição do contratante que, com poder superior para impor suas condições – há uma evolução no conteúdo jurídico da boa-fé –, passa a reportar-se à conformação dos termos contratuais. A validade das cláusulas é fornecida mediante análise de ponderação: a cláusula excessivamente onerosa para aquele que a ela adere é inválida por violar a boa-fé, porque vedada a imposição de vantagens desproporcionais em detrimento do outro contratante. Em consequência, aproxima-se da tentativa de converter a boa-fé em elemento objetivo de controle desvinculado de análises comportamentais.

³¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa fé como norma de validade. In: RIBEIRO, Joaquim de Sousa (Org.). *Direito dos contratos*. Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 235.

Verifica-se, dessa forma, uma dupla possibilidade de utilização da boa-fé: uma primeira, em que a boa-fé atua como critério de valoração do conteúdo, e, uma segunda, como critério de valoração da conduta do contratante.

Joaquim de Sousa Ribeiro afasta-se dessa segunda opção por considerar que a abusividade dependeria de um comportamento abusivo do contratante, cuja noção está mais próxima da doutrina civilista, citando, como exemplo, os negócios usurários. Adota, por conseguinte, a primeira opção, desvinculada de qualquer valoração comportamental:

O controlo do conteúdo do contrato constitui-se, assim, como um puro juízo sobre a razoabilidade dos termos contratuais, ponderando a sua repercussão nos interesses das partes. Juízo que tem um padrão de referência de natureza exclusivamente normativa, dado pela posição que caberia ao aderente se a cláusula não existisse. O que conta é o confronto entre a ordem contratual preformulada e a que resultaria da aplicação dos padrões legais. Divergências para além do razoável, que importem, em benefício do predisponente, uma desvirtuação significativa do equilíbrio dos efeitos contratuais, não são admitidas.

Em vez de actuar, como nas suas funções mais tradicionais, como padrão de conduta no quadro de uma relação já constituída, modelando integrativa e restritivamente procedimentos a adoptar pelas partes, a boa fé incide directamente, neste campo, sobre a conformação das estipulações que se propõem determinar o conteúdo contratual. Independente da concreta conduta do utilizador, traça limites objectivos que ele imperativamente que observar, como condição de eficácia das cláusulas que pretende pôr em vigor.³²

Embora a proposta do autor tangencie a boa-fé como norma comportamental, há pequena diferença, pois prescinde da análise da conduta do contratante. Opera-se a objetivação ou standardização do conteúdo da boa-fé, cuja aferição ocorrerá mediante a contraposição do objeto e conteúdo do contrato a parâmetros valorativos.

Conclusão semelhante é alcançada por Ruy Rosado de Aguiar que justifica a inserção da boa-fé no controle do conteúdo do contrato como:

[...] uma realidade presente nos dias de hoje, que se faz notar até na Inglaterra, “una delle rocca-forti del principio di liberta contrattuale”,

³² RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa fé como norma de validade. In: RIBEIRO, Joaquim de Sousa (Org.). *Direito dos contratos*. Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 259-260.

onde assume cada vez maior prestígio a técnica da *construction*, sob o fundamento da boa-fé, que serve a uma interpretação integradora, a incidir diretamente sobre a liberdade negocial.³³

A adoção da tese proposta por Joaquim Ribeiro de Sousa, embora capaz de conferir fundamento científico para a adoção da boa-fé como causa de nulidade contratual, pode implicar a confusão entre este instituto e a função social do contrato.³⁴

Contudo, boa-fé e função social possuem âmbitos normativos distintos e autônomos. A boa-fé, seja como padrão comportamental ou como critério valorativo da licitude das normas contratuais, reflete a conduta de um contratante em relação ao outro com a finalidade de assegurar a realização do objeto do contrato. Como afirma Joseane Catusso:

Deste modo, atua, primordialmente, no âmbito interno do contrato, auxiliando na determinação do conteúdo contratual e no direcionamento da conduta das partes, com vistas a manutenção da lisura do ambiente contratual e à preservação da confiança que deve existir entre os contraentes, o que, certamente, refletindo no meio ambiente, é essencial para a promoção de um mercado saudável e para o fomento das relações contratuais, ao mesmo tempo em que os interesses das partes são salvaguardados.³⁵

A função social do contrato, por outro lado, está relacionada à sua inclusão na sociedade e os efeitos decorrentes, evidenciando-se, na linha de entendimento de Gustavo Tepedino, o caráter externo da função social do contrato. Justifica-se,

³³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/411>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

³⁴ Para aprofundamento do debate sobre o conteúdo da função social, sugerem-se os seguintes textos: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Função social do contrato. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 68-89; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 395-405; RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 281-313; CATUSSO, Joseane. *A boa-fé como instrumento da função social do contrato*. 2008. 300 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

³⁵ CATUSSO, Joseane. *A boa-fé como instrumento da função social do contrato*. 2008. 300 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 281.

assim, a autonomia dogmática da boa-fé objetiva em relação à função social do contrato, e a sua capacidade de servir de fundamento de invalidade do contrato.

Cumpra, agora, analisar se a invalidade (nulidade) seria a única sanção possível pelo descumprimento da boa-fé.

3 A boa-fé e as cláusulas gerais

A boa-fé objetiva, a despeito de ser qualificada como princípio jurídico com fundamento na dignidade da pessoa humana, foi inserida no Código de Defesa do Consumidor e no atual Código Civil através da técnica de cláusulas gerais.

A técnica legislativa das cláusulas gerais é, em síntese, fruto da decadência do pensamento positivista e da concepção do ordenamento jurídico como sistema fechado.

Inspirado pelo positivismo jurídico, o período das grandes codificações era infenso à influência de elementos extrajurídicos – sociais, econômicos, antropológicos etc. – sobre a lei. A lei, fruto do processo legislativo (racional), com base em experiências pretéritas, abarcaria a previsão de todos os conflitos que ocorressem na sociedade e a solução para eles.

A evolução social (naturalmente) ocorrida – e acelerada após as Revoluções Industriais – provou a falácia da pretensão de completude da lei. Novas situações, outrora não imaginadas, tornaram-se de ocorrência comum, e em crescente velocidade, sem que a lei contivesse previsão de sua disciplina jurídica. A atividade legislativa não conseguia acompanhar a mudança da realidade e as clássicas técnicas de interpretação (hierarquia, cronológica e especialidade) eram insuficientes para conferir soluções jurídicas aos casos levados ao Poder Judiciário.

Com a pluralização dos sistemas legislativos – microsistemas destinados a reger áreas específicas – e, em período posterior, com o movimento de recodificação, abandona-se, em prol da operabilidade,³⁶ a primazia da técnica legislativa cerrada para se adotar, com igual relevo, a técnica das cláusulas gerais, que encerra tessitura conceitual mais vaga e ampla.

³⁶ Eis o discurso de Miguel Reale ao tratar da influência do princípio da operabilidade na adoção das cláusulas gerais no Código Civil de 2002: “Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige proibidade, boa-fé ou correção (*correttezza*) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. [...]. Somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de juriconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados” (REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 808, fev. 2003. p. 11-19).

Conceitualmente, pode-se definir cláusulas gerais:

[...] normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas.³⁷

A vantagem das cláusulas gerais – embora seja assente a opinião quanto à impossibilidade de construção de todo o sistema jurídico sobre elas – consiste em criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social³⁸ ao permitir a mobilidade do sistema e o ingresso nele de elementos extrajurídicos através da decisão judicial. Por outro lado, tem a desvantagem de tornar a aplicação do direito mais insegurança.

Essas duas faces das cláusulas gerais decorrem, inicialmente, da imprecisão de seus termos, cuja principal consequência é a incompatibilidade com a técnica da subsunção. A aplicação e concretização da norma inserida nas cláusulas gerais dependerão da avaliação do juiz no caso concreto; em outras palavras, a hipótese e a consequência não são definidas *a priori* pelo direito, mas dependem de um processo hermenêutico complexo de valoração dos fatos e circunstâncias envolvidas.³⁹

A fluidez conceitual da boa-fé objetiva importa o reconhecimento de que sua veiculação só se compatibiliza com a técnica das cláusulas.

O ponto que precisa ser discutido é se o seu descumprimento acarreta obrigatoriamente a nulidade do contrato, tal como no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesta questão, a resposta parece ser negativa, pois se a consequência da violação à norma inserida na cláusula geral é conferida pelo juiz no caso concreto, a vinculação realizada pelo art. 51 do Código de Defesa do Consumidor está equivocada. A leitura, portanto, desse dispositivo, deve adequar-se à estrutura e função das cláusulas gerais, substituindo-se “nulidade” por “ineficácia” (*lato sensu*). Em relação ao Código Civil, porque ausente previsão legal, basta que se recorde que a boa-fé é veiculada através desta técnica para que se perceba a sua

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 19.

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 139, 1998, p. 8.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 139, 1998, p. 9-10.

desvinculação da teoria da responsabilidade civil e da teoria da nulidade; é o caso que determinará a solução adequada.

Esta orientação já fora vislumbrada por Joaquim de Sousa Ribeiro, ao afirmar que a boa-fé objetiva “traça limites objectivos que ele imperativamente que observar, como condição de eficácia das cláusulas que pretende pôr em vigor”.⁴⁰

Ademais, não se pode olvidar que um dos principais efeitos da decretação de nulidade de um ato jurídico produz efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos à celebração do contrato, caso em que as consequências da invalidação poderão ser mais danosas que a manutenção do contrato.

A sanção de ineficácia permitiria a modulação dos efeitos e reformulação do contrato, quando imperioso como forma de cumprimento da equidade e justiça contratual.

4 Conclusão

A boa-fé objetiva, embora não seja instituto novo, sequer no ordenamento pátrio, tornou-se objeto de novos estudos da doutrina pátria, ante as novas possibilidades de aplicação do princípio.

De norma supletiva de decisão de solução do litígio, a boa-fé objetiva evoluiu para norma de comportamento, *standard* normativo que impõe aos contratantes o respeito em relação ao outro e a tutela da legítima confiança despertada na outra parte da relação contratual. Além disso, revelou que a obrigação não se cinge num ato único, senão numa série de atos encadeados, anteriores, concomitantes e posteriores à formação do contrato, todos inspirados pelo mesmo valor de lealdade, no que se convencionou qualificar de deveres anexos ao contrato.

A boa-fé parece agora avançar rumo a um novo conteúdo, tão inovador e criativo quanto aquele que impulsionou a sua criação e desenvolvimento. Deixa de figurar apenas externamente à liberdade contratual, como padrão de conduta, e informada pela razoabilidade, para servir de critério de valoração e controle de licitude do conteúdo do contrato. Passa do âmbito externo para o interno na análise do negócio jurídico.

Os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça exemplificam a nova função da boa-fé objetiva ao modular a invalidade de cláusula securitária – eficácia e validade – a partir da verificação de seu atendimento, conforme critérios de razoabilidade.

⁴⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa fé como norma de validade. In: RIBEIRO, Joaquim de Sousa (Org.). *Direito dos contratos*. Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 260.

Outros horizontes descortinam-se na aplicação do instituto, como, aliás, já fora destacado por António Menezes Cordeiro, para quem “a boa fé apresenta, de novo, excelentes condições, para retomar o seu incansável – e bem eficaz – papel de perpetuação do sistema, renovando-o, logo que necessário. O seu futuro está assegurado. De resto: já começou”.⁴¹

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CRUZ, Elisa Costa. Boa-fé objetiva: de norma comportamental a requisito de eficácia do contrato. Uma análise da jurisprudência do STJ sobre a ineficácia do contrato de seguro nos casos de acidente com embriaguez ao volante. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 219-234, out./dez. 2018.

⁴¹ CORDEIRO, António Menezes. A boa fé nos finais do século XX. *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, Lisboa, ano 56, v. III, p. 887-912, dez. 1996. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro96.pdf>. Acesso em: 1^a jun. 2010. p. 912.