

---

# O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NO DIREITO EUROPEU – UMA BREVE COMPARAÇÃO

*THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN THE BRAZILIAN LAW AND IN  
THE EUROPEAN LAW - A BRIEF COMPARISON*

---

*Gisela Werneck Moreira Penna de Lima<sup>1</sup>*

*Advogada da União*

*Bacharel em Jornalismo – Comunicação Social pela UFRJ*

*Bacharel em Direito pela PUC-RJ*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Uma visão histórica: Fundamentos Romanos do Direito Privado Internacional – O papel do princípio da Boa-Fé; 2 Período pós Primeira Guerra Mundial; 3 O princípio da boa-fé no direito privado brasileiro - O CDC e os princípios da boa-fé e da função social; 4 Função Social do Contrato e Boa-fé no CCB/02; 5 O Princípio da boa fé objetiva e a interpretação dos contratos; 6 A função social e a boa fé no contrato administrativo; 7 A dicotomia entre o Direito público e o Direito privado; 8 Responsabilidade pré-contratual da Administração Pública e a doutrina italiana; 9 Aplicação

---

1 Pós-graduação em Direito Público pela ESAP – Escola Superior de Administração Pública, da FGV – Fundação Getúlio Vargas, em cooperação com a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro – RJ.

do princípio da boa fé na harmonização do Direito Privado Internacional – Fundamentos Romanos da tradição civil europeia; 10 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A aplicação do princípio da boa-fé no Direito brasileiro decorre não só do princípio da moralidade, insculpido na Constituição Federal, como também de outros princípios jurídicos, como o da probidade, e da sua positivação no ordenamento jurídico como um todo, especialmente no Código Civil/02, onde foi erigido à cláusula geral em matéria contratual e obrigacional. O fundamento último é o respeito ao cidadão, pilar do Estado Democrático de Direito. Aplica-se não só na execução do contrato, como também na fase pré-contratual. A *good faith* é também um princípio geral do direito privado internacional. Por esse princípio, os contratos devem ser equânimes, equilibrados. Percebeu-se, no âmbito da União Europeia, que não haveria a possibilidade de aplicação, em um contrato, de legislações de diferentes países. A melhor forma de harmonizar o direito seria reconhecer os princípios comuns adotados pelos ordenamentos europeus e fazer deles a base para a aplicação dos contratos. No direito interno, o princípio da boa-fé está previsto em diversos ordenamentos europeus, como os da Alemanha e da Itália, e serve para a integração do conteúdo, a definição do que pode ser feito no contrato e é usado, ainda, para corrigir o conteúdo de um determinado ajuste. O artigo procura mostrar a importância do princípio para a integração do Direito, seja o brasileiro, seja o internacional. Em certos casos, apenas o princípio da boa fé pode corrigir o desequilíbrio de um contrato. Não se pode simplesmente ficar preso ao que foi estabelecido no início entre as partes. A boa-fé é a racionalidade do contrato.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio. Boa-fé. Probidade. Ética. Justiça. Função social. Direito Brasileiro. Direito Internacional. Integração do Contrato. Interpretação da Lei.

**ABSTRACT:** The application of the principle of good faith in the Brazilian law derives not only of the principle of morality, inserted in the Federal Constitution, as well as other legal principles and their positivation in the legal system as a whole, especially the Civil Code/02, where was erected for general clause in contractual matters. The last ground is the respect for citizens, pillar of the Democratic State. Applies not only in the execution of the contract, as well as in the pre-contractual stage. The good faith is also a general principle of international private law. By this principle, contracts should be equitable, balanced. It was noticed within the EU, that there wouldn't be possible to apply, in a same

contract, the laws of different countries. The best way to harmonize the law would be to recognize the common principles adopted by European systems, and make them the basis for the implementation of contracts. In domestic Law, the principle of good faith is provided in several European jurisdictions, such as Germany and Italy, and serves to integrate the content, the definition of what can be done in the contract and it is used, also, to correct the contents of a certain setting. This article tries to show the importance of the principle for the integration of law, Brazilian or international. In some cases, only the principle of good faith can correct the imbalance of a contract. You can not just get stuck to what was established in the beginning by the parties. Good faith is the rationality of the contract.

**KEYWORD:** Principle. Good Faith. Probity. Ethics. Justice. Social Function. Brazilian Law. International Law. Integration of the Contract. Interpretation of the Law.

## INTRODUÇÃO

Princípios de Direito são os postulados fundamentais que inspiram todo um ordenamento jurídico. Podem ser expressos ou simplesmente reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência. De princípio geral de Direito, com raízes no Direito Romano, a boa fé foi, ao longo do tempo, sendo introduzida nos Códigos Civis de diversos países a partir do começo do século XIX, e ganhou força principalmente a partir da Primeira Guerra Mundial.

De início, o enfoque era na boa fé subjetiva, sendo questionado se as partes tinham uma boa ou má intenção ao agirem ou se omitirem de determinada maneira. Com o surgimento do Welfare State e o fortalecimento dos Estados Democráticos de Direito, a novidade passou a ser a concepção da boa fé objetiva, aquela revelada pela conduta e pelo cumprimento dos então chamados deveres “anexos” ao contrato, tais como os deveres *in contrahendo*, impostos aos contraentes durante as negociações que antecedem o contrato e revelados pelos deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade, os deveres de eficácia protetora de terceiros, os deveres *post pactum finitum*, que subsistiriam após a extinção da relação obrigacional, e, ainda, os deveres que subsistem mesmo nas hipóteses de nulidade dos ajustes.

No Brasil, percorremos todas essas fases e, depois do Código Civil de 1916, com cunho subjetivista, passamos pelas inovações trazidas pelo

código consumerista, o primeiro a tratar de forma objetiva a boa fé, e, em 2002, chegamos a definitiva posituação, no nosso Código Civil, da boa fé objetiva, erigida como cláusula geral dos contratos.

No plano internacional, após estar positivada em diversos Codex, assistimos agora à força dada à boa fé como princípio comum de Direito, a ser utilizado na harmonização de diferentes legislações no âmbito da União Europeia.

## **1 UMA VISÃO HISTÓRICA: FUNDAMENTOS ROMANOS DO DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL – O PAPEL DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ**

Os fundamentos do princípio da boa fé remontam à Antiguidade (período que se inicia no século VIII A.C. e vai até a queda do Império Romano no Ocidente, no século V D.C., mais precisamente no ano 476.) e, principalmente, ao Direito Romano.

Em palestra proferida<sup>2</sup> sobre os “Fundamentos Romanos do Direito Privado Europeu: O Papel do Princípio da Boa Fé”, Roberto Fiori, professor titular da Universidade Tor Vergata, sediada em Roma, Itália, explicou que na Antiguidade havia dois tipos de julgamento. No primeiro, o juiz apenas poderia julgar com base no que estava escrito. Aplicava-se o direito estrito. Uma promessa formal (formal promise) estava limitada apenas ao que fora dito e escrito. No segundo tipo, o juiz estava autorizado a ir além do que estava escrito e, com base na “boa-fé”, admitir provas não escritas.

No Direito Romano (aplicado de 753 A.C. até a morte do imperador Justiniano, em 565 D.C) aplicava-se o segundo tipo de julgamento, sendo permitido que o julgador integrasse o contrato com fatos e termos que não faziam parte dele. Consideravam-se princípios e regras que estariam implicitamente incluídos porque naturalmente fariam parte do ajuste. Para os romanos, “contrato” era uma forma de dizer “obligatio contracta”, sendo mais importante manter o equilíbrio entre as partes do que respeitar o acordo inicial. O juiz poderia, por exemplo, reduzir o preço ao que era justo e equilibrado, mesmo que diferente do que fora acordado.

O Direito Romano fixou também o princípio da “equitas” que representava a tradução da ideia do Direito canônico de possibilidade de perdão, desde que a outra parte admitisse o seu erro. A “equitas” era ligada à ética.

Na Idade Média (século V ao XV, em 1453, com a tomada de Constantinopla) conviviam, ainda de acordo com o Professor Roberto

---

2 Em 09 de julho de 2014, durante o curso “European Law, Human Rights and Harmonization of State’s Laws: The role of European and International Courts”, realizado na Universidade Tor Vergata, em Roma, Itália, de 29/06/14 a 12/07/14.

Fiori, o Common Law ou Direito comum, utilizado pelos cidadãos, e o Direito Canônico, usado pelos cristãos. Um cristão, pelo Direito Canônico, deveria manter sempre a sua palavra, sob pena de cometer um pecado. A “boa-fé” encontraria, inclusive, suas bases nessa ideia, embora também seja um princípio legal. O fundamento do princípio da boa-fé é ideológico. O cidadão, por outro lado, pelo *Common Law*, poderia mudar de pensamento e modificar o que fora dito e escrito.

O confronto entre o princípio romano da boa-fé e o princípio de que deveria sempre ser mantido o acordo inicial, gerou a criação, na Idade Média, de um novo princípio, o do “the rule of the natural contract” (a regra do “contrato natural”, vinculado à boa-fé). O direito canônico e o direito civil emergiram juntos para a criação de um novo Direito. A obrigação já não era mais o “coração” do contrato, e sim o seu efeito. A cláusula *rebus sic stantibus* encontra sua origem nessa nova concepção.

De acordo com ela, o contrato deve ser mantido, a não ser que as condições existentes à época da sua criação sejam alteradas, ou seja, há uma amenização da ideia de que o acordo inicial deve sempre prevalecer.

Um outro fator que influenciou a atual ideia que se tem do que seja um contrato foi o surgimento de novos pensamentos políticos, que diminuíram a importância da lei impositiva, baixada pela realeza, e aumentaram o valor da lei racional. Passou-se a entender que a lei deveria integrar um sistema lógico. As partes e as suas vontades passaram a ser as rainhas do contrato, sendo as obrigações uma consequência. A nova concepção de contrato que surge no século XVII é a base do pensamento adotado atualmente.

No século XIX, a good faith foi reduzida a um princípio, uma espécie de conceito aberto, relacionado à justiça, sendo reduzida a uma retórica. E, por isso, foi deixada de lado, sendo esquecida, principalmente em países como a França, onde não havia, àquela época, o uso do princípio da boa-fé na aplicação dos contratos. Uma corte francesa no início do século XIX fixou que o contrato não poderia ser rescindido, a não ser que houvesse um acordo. Os contratos eram tidos como leis para o acordo firmado. Do início do Código de Napoleão até o advento da Primeira Guerra Mundial, a regra do *pacta sunt servanda*, a qual estabelece que o contrato vincula as partes contratantes e traz a ideia de força obrigatória dos contratos, esteve fortemente presente.

É interessante notar que no Código Civil francês, de 1804, mistura-se, em um mesmo dispositivo, a boa-fé objetiva e a célebre assertiva de que o contrato “faz lei entre as partes”:

Artigo 1134: 1. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. 2. Elles ne peuvent être révoquées que de

leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. 3. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Ou seja, pela leitura literal, as convenções legalmente formadas são lei para quem as fez. Podem ser revogadas apenas por mútuo consentimento, ou por causas que a lei permite, e devem ser executadas de boa-fé. Tal norma não foi cumprida, tornou-se letra morta, devido à influência da Escola da Exegese, atrelada em excesso à letra da Lei Napoleônica.

## 2 PERÍODO PÓS PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL

Após a Primeira Guerra, os países que perderam a disputa sofreram uma grande crise econômica e os papéis das Bolsas de Valores não possuíam mais qualquer valor. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu usar o princípio da boa-fé para corrigir a situação, adotando uma solução racional. O conteúdo dos contratos foi modificado em certos casos. Ressurgiram, assim, mecanismos de relativização da força obrigatória dos contratos como forma de reequilibrar as partes contratantes. Dentro desse contexto, podemos destacar o revigoramento da cláusula *rebus sic stantibus*.

Na Alemanha, desde o século XIX, já se lançava mão do princípio da boa fé para resolver litígios, mas foi a partir do século XX que foi dada uma ampla aplicação ao princípio da boa-fé. No Código Civil alemão de 1900, que inspirou o nosso Código Civil de 1916, há 04 artigos sobre a matéria: o 1.134, o 1.135, o 157 e o 242 que tratam, respectivamente, sobre o conceito de boa-fé, os casos de não aplicação da boa-fé, a forma de interpretação da boa-fé e sobre a aplicação dos artigos 1.134 e 1.135. Embora o código civil alemão - BGB trate da boa fé, a elaboração mais aprofundada do seu significado e conteúdo é tarefa para a jurisprudência e a doutrina. Reza o parágrafo 242: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu erbringen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”

Em resumo, a norma obriga o devedor (Schuldner) a prestar aquilo que ele deve (Leistung) em conformidade com a boa-fé (Treu und Glauben), levando em conta os costumes do mercado (Verkehrssitte). Uma norma semelhante, consagrada no parágrafo 157 do BGB, aplica-se aos contratos, a saber: “*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”

Ou seja, os contratos devem ser interpretados conforme as imposições da boa-fé, levando-se em conta os costumes do mercado. Essa norma se aplica também aos atos e declarações unilaterais e possui um significado muito além de seu teor literal. Estabeleceu-se a regra

básica, através da jurisprudência e doutrina alemãs, da obrigatoriedade da observação da boa-fé no gozo de direitos e cumprimento de deveres por todas as pessoas.

O equivalente da boa-fé no idioma alemão, *Treu und Glauben* é composto de dois elementos, a saber: a fidelidade (*Treu*) e a fé (*Glauben*). Define-se a fidelidade como uma postura subjetiva de confiabilidade, integridade e consideração face ao outro. A fé representa a confiança do outro na presença dessa postura subjetiva.

Seria possível pensarmos, apenas a partir das ideias acima, que a boa fé no Direito alemão é de cunho meramente subjetivo. De fato, não é a letra fria da lei que nos dá a interpretação objetiva, mas sim a jurisprudência. A derrota da Alemanha na Primeira Grande Guerra ocasionou uma grande instabilidade social que foi o pano de fundo para o surgimento da constituição de Weimar, em 1919, pedra fundamental das cartas do estado Social.

É a partir deste quadro de transformações que a jurisprudência alemã viria a revolucionar a interpretação da boa-fé objetiva, principalmente através de uma compreensão mais aberta do artigo 242 do BGB. A doutrina tem atribuído a evolução do princípio da boa-fé objetiva ao direito germânico, pela criação jurisprudencial que se sucedeu à criação da constituição de Weimar.

Um estudioso alemão criou, nos anos 50, uma construção intelectual segundo a qual podemos distinguir três funções do princípio da boa fé:

- a) Integração do conteúdo;
- b) Definição do que pode ser feito em um contrato;
- c) Utilização para correção do conteúdo de um contrato.

Na Itália a situação é complexa. O país traduziu os artigos alemães, gerando grande confusão na interpretação, mas se dá importância à aplicação do princípio. Entende-se que apenas o princípio da boa-fé pode corrigir o desequilíbrio de um contrato. Não se pode simplesmente obedecer ao que foi estabelecido inicialmente. O art. 1375 do Código Civil italiano, de 1942, trata de forma expressa do princípio da boa-fé, nos seguintes termos: “*Art. 1375 – Execução de boa-fé – O contrato deve ser executado segundo a boa-fé (Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede)*”

É necessário saber que, apesar da relevância dada ao princípio da boa-fé, o seu uso na Itália ocorre de forma subsidiária à lei. Se existe um

artigo para tratar de uma determinada situação, ele deve ser aplicado. Mas se esse artigo não existe, a vontade do juiz substitui a vontade das partes e ele decide o que é certo ou não com base na boa-fé, cujo fundamento vem das garantias estabelecidas nos artigos do Código Civil e do artigo segundo da Constituição italiana, que trata do princípio da solidariedade social.

De acordo com o professor Carmelo Di Luca Cardillo<sup>3</sup>, a jurisprudência italiana evoluiu no sentido de utilizar a boa fé objetiva como um parâmetro para avaliar a conduta das partes no contrato, entendendo que ela possui função integrativa, além de orientar a interpretação e a execução do ajuste:

De fato, enquanto a jurisprudência até os anos 80 acreditava que a boa-fé iria operar apenas na fase de execução da relação como uma regra de avaliação posterior da conduta das partes contratantes (mantendo firme a distinção entre os artigos 1374 cc e 1375 cc de pertencentes a diferentes campos), agora afirma que a referência à lei contida no art. 1.374 do Código Civil também se estende à boa-fé, através do disposto no art. 1.375 do Código Civil e de outra regra do art. 1.175 do Código Civil.

A nova jurisprudência interpreta os princípios da equidade e da boa-fé à luz do princípio constitucional da solidariedade social do art. 2º da Constituição. Coloca a autonomia privada não como um valor em si, mas como um meio (com clara evolução do princípio da solidariedade que individualista) para perseguir os interesses das partes que devem respeitar os valores fundamentais que inspiram o ordenamento.

Nesta perspectiva, portanto, os princípios da equidade e da boa-fé interpretados constitucionalmente orientam para que o Tribunal possa intervir de forma mais decisiva nos contratos [...].

Em qualquer caso, a avaliação do juiz não se move a partir da previsão de regras teóricas da justiça, mas, em vez disso, é baseada na consideração real dos conflitos de interesse individual e está ligada diretamente à interpretação do contrato e da reconstrução do relacionamento econômico desejado pelas partes. [...].

É, no entanto, com a sentença n. 3775/1994 que a Suprema Corte desenvolveu o conceito de boa-fé em sentido objetivo, reconhecendo um acordo contratual complementar e corretivo.

---

3 CARDILLO, Carmelo Di Luca. *Buona Fede*. Altalexpedia, 24/02/2014.



Especificamente, a Suprema Corte declarou que: “O dever de agir de boa fé (art. 1.175 cc) ... ele funciona no sistema como limite interno de cada situação jurídica individual, ativa ou passiva, contratualmente atribuída, contribuindo assim para a sua conformação no sentido ampliativo ou restritivo [...], de modo que o cumprimento da legalidade formal não resulte no sacrifício da justiça substancial e não é, portanto, desconsiderado esse dever (obrigatório) de solidariedade, agora constitucionalizado (art. 2º da Constituição.) e que, quando aplicado aos contratos, integrativamente determina o seu conteúdo ou os seus efeitos (arte. 1,374 cc) e deve, ao mesmo tempo, orientar a interpretação (arte. 1,366 cc), e a execução (artigo. 1,375 cc), de acordo com o bem conhecido princípio de que *cada um dos Contratantes deve salvaguardar o interesse do outro, se isso não causar um sacrifício considerável ao seu próprio interesse.* “A boa-fé em sentido objetivo “... ajuda a criar a regra jurídica da causa ...” e constitui um “princípio cardeal” do ordenamento, indubitavelmente extraído do ... regra do sistema [...] e, portanto, proíbe o abuso”.

A sentença citada acima seria, no entendimento de Cardillo, uma inovação que traz a ruptura do quadro interpretativo anterior sobre o papel, a importância e as limitações do conceito de boa-fé em sentido objetivo. Para ele, os tribunais italianos chegam “a uma definição geral de boa fé... em um sentido ético, como uma exigência de conduta”, um dever legal genuíno que é violado não só quando uma das partes tenha agido com a intenção maliciosa de causar prejuízo a outra, mas também quando o seu comportamento não tenha sido marcado pela justiça diligente e com um sentido de solidariedade social que integra, de fato, o conteúdo de boa fé”.

De acordo com o professor, a boa-fé torna-se o limite interno da autonomia privada, que não pode ir além dos limites do princípio da solidariedade, que exige o cumprimento de um comportamento com base na cooperação entre as partes e que proíbe situações de abuso de direito.

### **3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO - O CDC E OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL**

Enquanto que nos contratos em geral o princípio da boa-fé apenas passou a ser explicitado com a inclusão do artigo 422 ao novo Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) tal princípio já se achava inserido desde a sua edição, em 1990.

O art. 51, IV do CDC, considera nulas de pleno direito as cláusulas contratuais, relativas ao fornecimento de produtos e serviços, que

estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Trata-se da boa-fé objetiva, isto é, “a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais”, inexigindo-se condições especiais para o reconhecimento da sua existência.

José Augusto Delgado, ex-Ministro do STJ e professor de direito público (em artigo publicado na Revista Jurídica 263 – set./1999, sobre a “Interpretação dos Contratos Regulados pelo Código de Defesa do Consumidor”, p. 61) afirma que “esse princípio da boa-fé se sobrepõe a qualquer outro, especialmente ao de que as cláusulas contratuais devem (sempre - grifo nosso) ser respeitadas”. Isso porque, nele se prestigia o atuar da pessoa que “agindo com todo o critério, foi conduzida a erro escusável, a uma determinada posição”. “Muitas vezes, no conflito entre essas duas soluções, o legislador, embora fuja à lógica do sistema, opta pela última, para dar validade ao ato praticado de boa fé”.<sup>5</sup>

O CDC foi pioneiro, portanto, ao introduzir um novo enfoque para os contratos. Sem se desvincular das normas e valores adotados pelo direito privado, visou coibir os abusos gerados pelo posicionamento, em um dos polos, de uma parte mais favorecida, seja economicamente, seja pela sua posição no contrato em si mesma.

O direito contratual de consumo funda-se, assim, em três princípios basilares: o da autonomia da vontade, o da supremacia da ordem pública e o da obrigatoriedade ao que foi ajustado, excetuando-se as hipóteses de força maior e caso fortuito. Com consequência, entende-se que “se deve aceitar o Estado intervir na limitação da autonomia da vontade, em razão da necessidade do contrato se constituir em instrumento capaz de produzir efeitos que sejam aceitos pela sociedade e que contribuam para fixar uma solidariedade mais intensa entre os homens quando do trato dos seus negócios jurídicos”.<sup>6</sup>

O CDC é elucidativo a respeito do que pode representar o não cumprimento da função social, ao definir, no art. 51, parágrafo primeiro, que a “desvantagem exagerada”, passível de causar a nulidade de uma cláusula contratual é aquela que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto ou o equilíbrio contratual ou se mostra excessivamente onerosa

4 FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 168.

5 RODRIGUES, Silvio. *Direito das Obrigações*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1993. p. 138.

6 DELGADO, José Augusto. Interpretação dos contratos Regulados pelo código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica*, n. 263, Assunto Especial, Rio de Janeiro, set. 1999. p. 55.

para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

Em outras palavras, a ideia de função social do contrato já se achava implícita no Código de Defesa do Consumidor. Vale lembrar os ensinamentos de Sílvio Rodrigues<sup>7</sup>, no sentido de que a limitação imposta à livre manifestação de vontade no contrato “sacrifica a amplitude dos seus princípios básicos em favor das restrições que almejam fazê-lo mais justo e humano”.

O CDC trouxe uma amenização ao princípio da autonomia da vontade ao fixar que as cláusulas contratuais são lei entre as partes, mas desde que “não violem regra ou princípio legal postos no ordenamento jurídico”, como ressaltou José Delgado no seu já citado artigo. O antigo Código Civil já vedava o abuso de direito e desde a entrada em vigor do atual (Lei 1.406/02) ainda mais afinado está o CDC com o ordenamento jurídico.

É sabido haver a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre os usuários e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Os princípios reinantes no citado codex aplicam-se, assim, aos chamados “contratos de adesão”. Levando-se em consideração que o usuário firmará com as concessionárias contratos em relação aos quais pouco ou nenhum poder de influência possui, o Poder Público e as agências reguladoras devem estar atentas para a proteção do cidadão. E, se o contrato firmado entre o poder concedente e a concessionária vai gerar efeitos na relação desta com os usuários, claro está que o poder público não pode estabelecer em comum acordo com a iniciativa privada cláusulas que venham a comprometer a prestação de um serviço adequado.

Em brilhante voto, no julgamento proferido no âmbito do Resp. nº 45.511-1-SP, 4ª T., j. 28/11/94, in Ver. Dir. Consumidor, RT, nº 16, p. 176, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar salientou que nas relações de consumo o primado não é o da vontade, mas sim o da justiça:

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos. Nessa ótica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão atuando no âmbito da autonomia privada, dispor de seus interesses, de acordo com a sua vontade, mas essa manifestação de vontade não pode só por isso prevalecer, se dela resultar iniquidade ou injustiça. O primado não é o da vontade, é o da justiça, mesmo porque o poder de vontade de uns é maior que o dos outros e nos contratos de adesão, como é o

7 RODRIGUES, Sílvio. *Curso de Direito Civil*. p. 24, 22. ed. Saraiva.

caso dos autos, é mínimo o componente de vontade do aderente para estabelecer o conteúdo da avença.

Adriana M. Theodoro de Mello considera que atualmente “nota-se a evidente intenção do sistema jurídico de abrandar a máxima *pacta sunt servanda*, permitindo que permeiem o direito privado noções e valores tipicamente públicos: [...], função social, publicização das relações privadas [...]”<sup>8</sup>.

#### 4 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E BOA-FÉ NO CCB/02

Não podem pairar dúvidas, por conseguinte, de que os princípios da função social e da boa-fé, insculpidos nos artigos 421 e 422 do Código Civil brasileiro, trazem uma limitação ao princípio da autonomia da vontade, que sempre foi erigido como princípio básico da liberdade de contratar. Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a socialização do contrato foi implementada por uma cláusula geral, aplicável, dessa forma, como já afirmado, a qualquer contrato. A limitação dessa liberdade seria justificada pelas necessidades sociais de um determinado momento em uma determinada sociedade.

O respeito à função social do contrato não significa, todavia, a destruição do interesse privado, mas, antes, a conjugação desse interesse com um outro maior, que é o da sociedade. Adriana Mandim T. de Mello<sup>9</sup> assim afirma:

É no equilíbrio entre direitos e liberdades individuais e interesse públicos e sociais que se obtém, com maior eficiência, o que se pode chamar de relação jurídica justa e economicamente equilibrada, preservando-se, ao mesmo tempo, os valores erigidos na Constituição Federal, tais como a propriedade privada e a livre iniciativa.

Vale aqui a transcrição do art. 421 do CC/02, *in verbis*:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Arnold Wald exprime a mesma ideia de Adriana Mandim, mas com outras palavras, ao afirmar que:

8 MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Jurídica*, n. 294, abr. 2002 – Doutrina Cível, p. 35.

9 *Ibidem*, p. 37.

Deve-se, entretanto, ponderar que *a função social do contrato não deve afastar a sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade*. Assim, os direitos contratuais, embora exercendo uma função social, constituem direitos adquiridos (art. 5, XXXVI, da CR/88) e gozam, nos termos da CF, da proteção do devido processo legal substantivo (art. 5LIV, da CR/88), em virtude do qual ninguém pode ser privado de seus bens – e dos seus direitos, que também se incluem entre os bens – sem o devido processo legal. Com essa interpretação, que é a única aceitável em nosso regime constitucional, a inovação do Projeto não põe risco à sobrevivência do contrato, como manifestação de vontade individual e acordo entre as partes interessadas para alcançar um determinado objetivo, por elas definido em todos os seus aspectos<sup>10</sup>

O princípio insculpido no art. 421 do CC deve nortear não só a elaboração dos contratos, impedindo que sejam firmadas obrigações contrárias à função social, como também, e acima de tudo, inspirar a interpretação dos ajustes.

De fato, a restrição à autonomia da vontade apenas cede, em seara judicial, em face do interesse público e nos termos da lei, de acordo com Adriana Mandim:

*Só a deformidade, o absurdo e o teratológico exercício do direito de contratar; que atentem contra a regularidade das ações privadas e levem a aviltar os próprios fundamentos, as garantias e os valores sociais que sustentam e protegem a liberdade, é que serão passíveis de invalidação por intervenção do juiz*<sup>11</sup>

O importante é que o contrato não seja dissociado do seu contexto social. A sua interpretação deve ser conduzida no sentido da investigação da ligação entre a “necessidade econômica, correspondente à prestação que se efetiva, e a utilidade que se visa colher da prestação a receber”<sup>12</sup>.

Apenas os valores inseridos na observância do princípio da função social do contrato conseguem justificar deveres que são atribuídos às partes, antes e após a celebração do ajuste, e que são fundamentais para o equilíbrio entre os dois lados da relação obrigacional.

10 WALD, Arnold. *Um Novo Direito para a Nova Economia: a Evolução dos Contratos e o Código Civil*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 12, jul./ago. 2001. p. 45.

11 MELLO, op. cit.

12 PINTO, Carlos Alberto Coelho da Mota. *Cessão de Contrato*. Saraiva, 1985. p. 260.

Não restam dúvidas, para Adriana Mandim, de que atualmente a autonomia contratual encontra-se limitada por interesses tais como “a livre concorrência, o equilíbrio das relações de consumo, a preservação do meio ambiente, do patrimônio histórico, artístico e cultural e pelas exigências da política econômica e financeira nacional”, entre outros.

## 5 O PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA E A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

Quase como corolário da função social do contrato, que se erige como instrumento cujo fim é a realização de operações econômicas guiadas por um sinalagma (reciprocidade de obrigações), surge o dever das partes se orientarem com boa-fé ao longo de toda a execução pré e pós contratual. O princípio da boa-fé surge “como reflexo do fenômeno geral de eticização jurídica”<sup>13</sup>.

O dever de guardar a boa-fé nas mais diversas situações da vida privada permeia todo o antigo Código Civil. A novidade do novo codex se resume, portanto, à explicitação no direito positivo, como cláusula geral aplicável aos contratos, do que já era aplicado como princípio geral de direito: a necessidade de observância da boa-fé nas diversas fases de formação e execução do contrato. O novo Código Civil disciplina nos artigos 422 e 113, *in litteris*:

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

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

Surge a boa-fé objetiva como impositora de limites à liberdade de qualquer contrato, e não apenas os firmados em sede de relação de consumo. O conceito de boa-fé inserido no art. 422 do Código Civil é “objetivo” porque independe do questionamento da intenção da parte da agir ou não com boa-fé. Leva-se em conta se a sua conduta pode ser tida como reveladora de probidade e lealdade. Na opinião do professor Paulo Lôbo<sup>14</sup>, a boa fé e a função social do contrato, na verdade

13 OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios Fundamentais do Sistema de Direito Privado: a Autonomia da Vontade e a Boa-Fé Objetiva. *Revista De Direito do Consumidor*, São Paulo. Revista Dos Tribunais, n 23, jul./dez. 1997. p. 70.

14 LÔBO, Paulo. Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis. artigo, datado de 2005, publicado no site *Jus Navigandi*.

engendram deveres gerais de conduta a qualquer obrigação e não apenas aos contratos, pois têm sede constitucional, como desdobramento dos princípios da solidariedade social e da justiça social (arts. 3º, I, e 170 da Constituição Federal/88), que transformaram profundamente o paradigma individualista do Código Civil anterior. O art. 422 do Código Civil de 2002 associou ao princípio da boa-fé o que denominou de princípio da probidade (“... os princípios da probidade e boa-fé”). Lôbo afirma<sup>15</sup> que no direito público a probidade constitui princípio autônomo da Administração Pública, previsto explicitamente no art. 37 da Constituição, como “princípio da moralidade” a que se subordinam todos agentes públicos. No direito contratual privado, todavia, a probidade seria qualidade exigível sempre à conduta de boa-fé ao lado dos princípios da confiança, da informação e da lealdade. Para ele pode dizer-se que não há boa fé sem probidade, mas talvez possa se dizer também que não há probidade sem boa fé, ou seja, uma não prescinde da outra.

As partes devem, assim, se conduzir de acordo com a finalidade econômica ou social do ajuste em questão. Essa premissa leva a duas conclusões. A primeira, é a de que “todas as condutas que, independentemente de não terem sido impostas pela lei ou pelo contrato, são indispensáveis ao alcance desse fim social ou econômico, justificam-se pelo princípio da boa-fé”<sup>16</sup>. E a outra premissa é a de que, inversamente, a boa-fé “impede o exercício arbitrário do direito de estipular livremente as cláusulas e condições do contrato”<sup>17</sup>.

A boa fé guarda similitude com a atitude que se espera de cada indivíduo na vida social em geral: que todos ajam com lealdade a fim de que possam nutrir uma confiança mútua, respeitando os interesses dos outros. Em sendo assim, deve-se manter na relação contratual uma conduta proba em relação ao outro polo da relação obrigacional. Tal dever, no contrato administrativo e, especialmente no contrato de concessão de serviços públicos, gera para a Administração Pública a obrigação de não impor unilateralmente cláusulas de forma arbitrária sem promover um reequilíbrio econômico financeiro e, por outro lado, para o particular, o de não lançar mão de subterfúgios ou intenções não declaradas no instrumento. Todas as partes, sejam elas de um contrato administrativo ou de um contrato privado, hão de guardar em relação à outra os deveres de cuidado, de aviso e de esclarecimento, de informação, de prestar contas,

15 LÓBO, op. cit.

16 OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios Fundamentais do Sistema de Direito Privado: a Autonomia da Vontade e a Boa-Fé Objetiva, *Revista De Direito do Consumidor*. São Paulo. Revista Dos Tribunais, n 23, jul./dez. 1997. p. 40.

17 *Ibid.*, p. 40.

de colaboração e cooperação, de confidencialidade, entre outros. São os chamados “deveres acessórios ou laterais, ou, ainda, instrumentais ou anexos” que evoluíram mais recentemente para deveres gerais de conduta.

De acordo com o Doutor em Direito Civil pela USP, Paulo Lôbo, a evolução do Direito fez despontar deveres de conduta que se revestiram da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, que deixaram de ter “caráter secundário, complementar, do autêntico dever de adimplemento”. Ele explica, no artigo intitulado “Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Cíveis”, publicado em 2005 no site do *Jus Navigandi*, que:

Os deveres de conduta, convertidos em princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem uma interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos princípios de onde emanam. A compreensão de uns implica na dos outros.

Adriana Mandim<sup>18</sup> cita Judith Martins Costa e alerta que o princípio da boa fé deve ser avaliado conforme o caso concreto, de acordo com critérios técnico-jurídicos e não apenas morais. A finalidade social e econômica do contrato, que “orientará a identificação das regras de conduta limitadoras da autonomia da vontade, é aquela inerente e interna ao vínculo contratual [...]”<sup>19</sup>.

A boa fé pode operar tanto na interpretação dos contratos, como também como limite ao exercício dos direitos subjetivos (inclusive a liberdade de contratar), ou como fonte de direitos secundários que integram a relação contratual. Quando o aplicador do direito não encontra, nem no contrato, nem na lei, a solução para o caso concreto que se impõe, deve lançar mão de uma “interpretação integrativa”, isto é, utilizar a boa

18 MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema de construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, p. 413 apud Mello, Adriana Mandim Theodoro de, “A Função Social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro”, in: *Revista Jurídica*, n 294 – abril/12.

19 MELLO, op. cit. p. 43.



fé para suprir as lacunas e restringir a autonomia da vontade, indicando qual a conduta correta a ser esperada do contratante. Nesse sentido, o juiz – e também o árbitro, o conciliador – poderá traduzir e delimitar as obrigações advindas do contrato, à luz dos princípios da função social e da boa fé. O fim último será a busca de evitar qualquer conduta oposta aos lícitos interesses econômico sociais buscados com o ajuste, a fim de que o contrato não seja desvirtuado para atingir finalidade diferente daquela para a qual foi criado.

Ao juiz caberá, portanto, se acaso provocado, interpretar o contrato de forma a manter o equilíbrio econômico financeiro, segundo o que se espera social e economicamente daquele tipo de ajuste em questão e de acordo com o que as partes legitimamente e licitamente ajustaram. Elucidativo o acórdão a seguir, datado de 2013, que já cita o art. 422 do Código Civil como amparo para a aplicação da boa fé objetiva, e não apenas o Código de Defesa do Consumidor:

RESP - RECURSO ESPECIAL - 1324712

Relator(a): LUIS FELIPE SALOMÃO

Sigla do órgão: STJ

Órgão julgador: QUARTA TURMA

Fonte: DJE DATA:13/11/2013 DTPB:

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Ementa

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATENDIMENTO POR PLANO DE SAÚDE. COBRANÇA OU ADMISSÃO, POR PARTE DO HOSPITAL, DE QUE SEJA COBRADO POR EMPREGADO E/OU PREPOSTO, EM TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR COBERTO POR PLANO DE SAÚDE, DE ADICIONAL REFERENTE

À SUPLEMENTAÇÃO DOS HONORÁRIOS MÉDICOS, RELATIVA À ALEGADA MAJORAÇÃO IMPOSTA PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EM DETERMINADOS HORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. CUSTO QUE DEVE ESTAR PRESENTE NO PREÇO COBRADO, NA AVENÇA MERCANTIL, PELO HOSPITAL DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. DESCABIMENTO DE SUA IMPOSIÇÃO, EM PREVALECIMENTO SOBRE A FRAGILIDADE DO CONSUMIDOR. EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA ATENDIMENTOS EMERGENCIAIS. INVIABILIDADE. CONDUTA VEDADA PELOS ARTS. 1º E 2º DA LEI N. 12.653/2012. 1. "O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios". (REsp 586316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009) 2. Independentemente do exame da razoabilidade/possibilidade de cobrança de honorários médicos majorados para prestação de serviços fora do horário comercial - desnecessário para a solução da demanda e sequer discutida pelas instâncias ordinárias -, salta aos olhos que se trata de custos que incumbem ao hospital. Estes, por conseguinte, deveriam cobrar por seus serviços diretamente das operadoras de plano de saúde, e não dos particulares/consumidores. 3. Com efeito, cuida-se de iníqua cobrança, em prevahecimento sobre a fragilidade do consumidor, de custo que está ou deveria estar coberto pelo preço cobrado da operadora de saúde - negócio jurídico mercantil do qual não faz parte o consumidor usuário do plano de saúde -, caracterizando-se como *conduta manifestamente abusiva, em violação à boa-fé objetiva e ao dever de probidade* do fornecedor, vedada pelos arts. 39, IV, X e 51, III, IV, X, XIII, XV, do CDC e 422 do CC/2002 (grifo nosso). 4. Na relação mercantil existente entre o hospital e as operadoras de planos saúde, os contratantes são empresários - que exercem atividade econômica profissionalmente -, não cabendo ao consumidor arcar com os ônus/consequências de eventual equívoco quanto à gestão empresarial. 5. Omissis. 6. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.

Data da Decisão: 24/09/2013

Data da Publicação: 13/11/2013

A interpretação do contrato ganha, em outras palavras, um novo fim com a aplicação do princípio da boa fé, transmudando-se de busca da verdadeira intenção das partes, para descoberta do “sentido total da regulação”, que é a inserção e a validade do ajuste como instrumento de criação de riquezas para a sociedade”. Nessa busca, servem como parâmetros e como limites a vedação ao enriquecimento ilícito e ao abuso de direito, ambos abarcados sob o conceito maior da boa fé objetiva. O novo CC é expresso ao tratar da boa fé também como limitadora ao exercício de direitos, prevendo a responsabilidade pelo abuso, como se conclui da leitura do art. 187:

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 (sem correspondência no Código Civil de 1916).

Podemos citar ainda como artigos inovadores do novo Código Civil diretamente inspirados nas concepções da boa fé e da função social:

- os artigos 156 e 157, que estatuem sobre o estado de perigo e a lesão, como causas atenuadoras da força obrigatória do pactuado, em relação à proteção das partes contratantes;
- os arts. 423 e 424, que consagram a interpretação mais favorável ao aderente, nos contratos de adesão, em presença de cláusulas ambíguas ou contraditórias (ampliando, assim, para os contratos civis em geral, a previsão dos arts. 47 e 54 do Código de Defesa do Consumidor);
- o art. 478, que aplica o justo corretivo aos contratos em que se configure a onerosidade excessiva para uma das partes contratantes, levando em consideração a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis, para justificar a resolução do contrato ou a modificação equitativa de suas condições originárias;
- o art. 884, que consagra, no direito posto, o princípio geral de direito universal do enriquecimento sem causa, há longo tempo aplicado por nossa jurisprudência, bem como em vários dispositivos da legislação específica dos contratos administrativos.

Adriana Mandim ressalta que:

Excepcionadas estas limitações, oriundas da ordem pública, das leis imperativas e da boa fé, tem-se a autonomia da vontade como fonte soberana das obrigações, as quais vinculam as partes na mesma medida que a lei. É também a obrigatoriedade do contrato outra decorrência da boa fé e da exigência social de se tutelarem a segurança e o dinamismo das relações contratuais. A declaração expressa gera legítima confiança na outra parte de que o prometido será cumprido<sup>20</sup>

E ela prossegue afirmando que:

As regras emergidas do poder dos contratantes de criarem o próprio direito não de ser respeitadas como se leis fossem, obrigatórias, cogentes, irretatáveis em princípio, a menos que ofendam às normas de ordem pública, aos direitos ditos indisponíveis, à função social do tipo ou modelo contratual firmado. [...] Somente a quebra do sinalagma contratual, que proporcione vantagens desarrazoadas a uma das partes em detrimento da outra, autorizará a intervenção do Estado, para retirar a força do vínculo<sup>21</sup>.

A obrigatoriedade de cumprimento do contrato não impede que ele seja interpretado da forma mais consonante ao cumprimento da sua função social. De fato, o descumprimento imotivado do contrato deve ser coibido e penalizado. Questão totalmente diferente é a manutenção de cláusulas ou a sua interpretação de forma a impedir, ainda que parcialmente, o fim social ou econômico traçado pela lei e pela sociedade. Nesses casos, o contrato é passível de revisão, a fim de que seja ajustado ao que dele socialmente se espera, com base em limites técnico-jurídicos. O que deve ser preservado, em última instância, não é o contrato em si; este é apenas um instrumento das operações econômicas visadas ao final.

## 6 A FUNÇÃO SOCIAL E A BOA FÉ NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O novo Código Civil, como já foi dito, trouxe mais força a princípios que já existiam no ordenamento jurídico, como o da função social do contrato, e positivou, em mais um artigo, a boa fé, erigida em norma a ser observada quando da execução e da elaboração dos ajustes em geral. Tendo em vista que são aplicáveis aos contratos administrativos

20 MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Jurídica*, n. 294, abr. 2002, Doutrina Cível, Nota Dez. p. 44.

21 *Ibid.*, p. 47.

as normas gerais dos contratos, não se pode negar que foi reforçado pelo CCB que os princípios da boa fé e da função social devem nortear as contratações realizadas pela Administração Pública.

Se em qualquer ajuste não se admitirá sua execução de modo a contrariar os interesses e os fins que a sociedade vislumbrou, no caso dos contratos administrativos, nos quais releva o interesse público, fica ainda mais evidente que a interpretação de suas cláusulas deve levar em conta o seu fim social.

Pode-se dizer que o contrato administrativo em sua essência cumpre uma função social, qual seja, a de efetivar os interesses supremos do Estado e da sociedade na administração da coisa pública com lisura. Enquanto que para a esfera privada, a função social do contrato pode significar uma limitação à liberdade de contratar, no âmbito do Direito Administrativo essa liberdade já nasce limitada, ou seja, a tônica do contrato administrativo é o cumprimento de sua função social. Se uma das partes desse tipo de contrato é sempre integrada por uma pessoa de direito público, ou por uma pessoa de direito privado da qual o Estado participa, há sempre uma função social a cumprir pois o Poder Público deve se nortear pelo atendimento ao bem comum.

O art. 37 da nossa Constituição Federal estabelece que um dos princípios pelos quais a Administração Pública deve se reger é o da moralidade. Sem dúvida, a moralidade administrativa guarda estreita relação com a boa fé, que possui o poder de impor condutas ou restringir a liberdade de auto imposição de direitos e obrigações. Uma não sobrevive sem a outra. Não existiria, assim, à primeira vista, em relação à Administração, nenhuma grande novidade quanto ao dever das partes de se guiarem com boa fé antes, durante e após o contrato ser realizado. Tanto em relação à função social do contrato, como em relação à boa fé, devemos nos lembrar, no entanto, que no outro polo do contrato administrativo está um particular para o qual o reforço trazido pela positivação dos princípios da função social e da boa fé traz, de forma mais evidente, algumas novidades. Se o particular que contrata com o Poder Público já estava, por força de lei, obrigado a respeitar as cláusulas exorbitantes e tinha a sua autonomia de vontade limitada, com o reforço ao princípio da boa fé, a interpretação dos contratos, principalmente na fase de execução, ganha um novo olhar.

Almiro do Couto e Silva teria sido, segundo José Guilherme Giacomuzzi, o primeiro a afirmar que o Estado também se sujeita ao princípio da boa fé<sup>22</sup>. E Celso Antônio Bandeira de Mello o primeiro a, após

22 Princípio de Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche, 1995, p. 24-25, apud Giacomuzzi, op. cit., p. 247.

a CR/88, a estabelecer uma ligação entre moralidade e a bona fides ao aduzir que a moralidade administrativa compreendia em seu âmbito os princípios da lealdade e da boa fé. Mesmo antes do novo Código Civil ser aprovado, o professor José Guilherme Giacomuzzi já avistava a possibilidade de “se aproveitar os estudos do direito privado sobre a boa fé e, principalmente, dos institutos a ela correlatos, no âmbito do direito público”<sup>23</sup>.

Germana de Oliveira Moraes (in *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo, Dialética, 1999, págs. 119 e 120, apud Giacomuzzi, op. cit., p. 239) indica três dimensões do princípio da moralidade no Direito Público: boa-fé (tutela da confiança); probidade administrativa (deveres de lealdade e honestidade) e a razoabilidade (conduta razoável que se espera do agente público). Para a professora cearense, a boa fé que integra o conteúdo da moralidade estaria ligada à confiança, à honestidade, à lealdade e à veracidade, características em princípio relacionadas à boa fé objetiva, mas que carregam um conteúdo subjetivo. Percebe-se, assim, que, no seu entendimento, não existiria uma divisão muito definida entre a boa fé objetiva e a boa fé subjetiva.

O posicionamento do professor Yvon Loussouarn durante as Journées Louisianaises realizadas na Suíça, em 1992, também é no mesmo sentido. Ele alertou que “em todo objetivismo há uma parte de subjetivismo e reciprocamente”. E que, na apreciação da boa e da má-fé, os dois métodos interpenetram-se e completam-se necessariamente.

O professor Guilherme Giacomuzzi<sup>24</sup> também possui raciocínio semelhante e não consegue ver ausência de subjetividade na noção de “honestidade”, um dos componentes ou ideais germânicos da boa fé dita como “objetiva”. Ele enxerga uma faceta objetiva e outra subjetiva no conteúdo da “moralidade”, erigida a princípio da Administração Pública no art. 37 da Magna Carta, por entender que ela “tem cariz subjetivo na probidade e objetivo na boa fé”. Por outro lado, o professor explica que “ajuda muito, na busca do conteúdo da norma, a distinção entre a boa fé objetiva e a buona fede subjetiva”. É que, ao invocarmos aquela – a objetiva – algo de essencial à compreensão do tema exsurge: a desnecessidade de investigação do eventual elemento psicológico do agente; ou seja, prescinde-se de qualquer consideração subjetiva ou intencional do agente. O ato administrativo que fere a boa fé objetiva é ato da Administração, pouco importando de quem partiu e quais suas

23 GIACOMUZZI, J. G. *A Moralidade Administrativa e a Boa Fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 228 e 229.

24 *Ibid.*, p. 241.

intenções. O comportamento administrativo, impessoal, deve ser conforme à boa fé objetiva. É nesse sentido que Giacomuzzi aceita a distinção entre “objetivo” e “subjetivo”.

O professor gaúcho chama a atenção para o fato de que no nosso ordenamento a boa fé, no campo do direito público, é veiculada pelo princípio da moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 – posição que veio, no seu entender, a ser ratificada pela LPA - Lei do Processo Administrativo (artigos 2º, parágrafo único, IV, e 4º, II), mas que pode decorrer, em países que ainda não a legalizaram, de outros princípios jurídicos que não o da moralidade<sup>25</sup>.

Com a positivação no nosso Código Civil, o princípio da boa fé, erigido como cláusula geral dos contratos, é, portanto, de indiscutível aplicação aos contratos administrativos. Como bem observa Giacomuzzi, “ao menos nos países de direito legislado, a positivação – da boa fé, no caso, mas também de qualquer noção ou conceito jurídico, em verdade – atribui uma inegável maior força normativa”.

## 7 A DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Boa parte das resistências à aplicação do princípio da boa fé ao direito público deve-se à velha separação entre o “público” e o “privado”. A doutrina europeia considerava que era irrelevante ao direito público a consideração da existência da boa fé e que até iria contra o seu espírito, uma vez que em matéria de direito público não haveria espaço para lacunas. Ainda hoje existem correntes doutrinárias europeias que defendem que um ato administrativo ou é legal ou é ilegal. “A noção de boa fé, não estando inscrita na lei, não constando dos princípios gerais do direito administrativo e mais, não sendo uma condição de legalidade dos atos administrativos, não tem função alguma no direito administrativo belga”<sup>26</sup>.

Na Bélgica, de acordo com Lagasse, a boa fé é concebida no direito privado eventualmente como corolário da autonomia da vontade, mas não no direito administrativo, porque neste a liberdade de ação não forma um “princípio”, uma vez que “não se pode exercer seu poder senão no interesse geral e na medida permitida pela lei”. A doutrina belga apresentaria apenas uma exceção à inaplicabilidade da noção de boa fé, que seria o desvio de poder, noção essa, no entanto, desprovida de conteúdo objetivo e carregada de subjetivismo e que, portanto, não

25 GIACOMUZZI, op. cit., p. 246 e 249.

26 GIACOMUZZI, citando Lagasse, in: *A Moralidade Administrativa e a Boa Fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 256.

serviria para apontar uma flexibilização em relação à admissão da boa fé no campo do direito público.

O professor Giacomuzzi procura rebater aqueles que considera como os principais obstáculos à utilização da boa fé no Direito Administrativo: a existência de uma relação de subordinação (e não de coordenação) entre o Poder Público e o administrado, e a dependência da boa fé à autonomia de vontade. Para ele, se estamos tratando da aplicação da boa fé objetiva, não há que se perquirir quanto à exigência de autonomia da vontade. A relação de subordinação e não de coordenação, por sua vez, não constitui empecilho nenhum, pois foi no campo das relações entre desiguais que se desenvolveu a fides no Direito Romano.

No que se refere à argumentação de Lagasse de que o princípio da legalidade impediria que se questionasse quanto à boa fé, pode-se contra argumentar que só o exame da legalidade não basta às sociedades que se pretendem Estados Democráticos de Direito. Sem dúvida, os atos administrativos e os contratos administrativos não podem deixar de levar em conta a legitimidade que só existe quando há moralidade, quando há boa fé.

Resta, ainda, ponderar, mais uma vez, que inexiste a propalada divisão estanque entre o público e o privado. Do Estado Liberal passou-se ao Welfare State e chega-se, hoje, à concepção de que existe entre eles – o público e o privado – diversos pontos de convergência, apontando para o fim último da justiça social. Não mais se pode conceber apenas o direito privado como relacionado à autonomia de vontade e aos interesses particulares, e o direito público como ligado ao interesse público e a uma relação de subordinação. Giacomuzzi<sup>27</sup> observa que:

A boa fé, enquanto corolário da autonomia da vontade ou tendente a influenciar somente relações de coordenação, perde, assim, suas referências exclusivamente jusprivativistas [...] com as transformações recentes do Estado, ela ganha, atualmente, no seu aspecto objetivo, muito mais força.

São particularmente interessantes, para o que se busca demonstrar com este artigo, as conclusões de Giacomuzzi, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no sentido de que, atualmente, “ênfase maior há de ser colocada na participação popular, democrática e consensual na condução das decisões administrativas, sejam elas tomadas pelo Estado, enquanto pessoa de direito público interno, ou pela pessoa jurídica de

---

27 GIACOMUZZI, op. cit. p. 263.



direito privado que, concessionária, gestora ou outra figura que se lhe atribua, deverá centrar o foco no cidadão”.

Destarte, a boa fé no direito público decorre não só do princípio da moralidade, insculpido na Constituição da República, como também de outros princípios jurídicos e da sua positivação no ordenamento jurídico como um todo, especialmente no Código Civil, onde foi erigido à cláusula geral em matéria contratual. O fundamento último é o respeito ao cidadão, pilar do Estado Democrático de Direito.

## **8 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DOCTRINA ITALIANA**

A boa fé é aplicável não apenas na execução do contrato como “em sua conclusão”, isto é, na fase pré-contratual. Assim ficou positivado no novo Código Civil, segundo o art. 422, que estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé”.

Mesmo ante a existência nos contratos administrativos de cláusulas exorbitantes, não existe nenhum óbice, pelo contrário, há o dever, de que a Administração e os contratados ou concessionários guardem entre si os deveres de boa fé, respondendo, ainda na fase pré contratual, por eventuais atos de deslealdade e quebra de confiança.

O professor Giacomuzzi relata que desde a década de 70 a doutrina italiana já admitia a responsabilidade pré contratual da Administração, seja quando ela age como particular, seja quando se encontra investida da sua supremacia. A questão se centra na possibilidade dessa atribuição de responsabilidade implicar, ou não, numa sindicância da discricionariedade administrativa.

Tradicionalmente, na Itália considerava-se que a Administração Pública não podia responder por culpa in contrahendo porque o particular tinha apenas uma expectativa e não um direito à contratação. A Administração só passava a se obrigar quando estivesse resolvido e aprovado o contrato, pois se mantinha na esfera da discricionariedade do administrador as decisões quanto às formas de conduzir e concluir a contratação.

A doutrina italiana mudou a sua posição ao longo do tempo, passando a considerar que o art. 1.337 do Codice Civile (de 1942) se constitui em um princípio informador de todo o ordenamento jurídico. O dispositivo é no sentido de que no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem os contratantes comportar-se segundo a boa-fé.

Art. 1337: *Trattative e responsabilità precontrattuale* — Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

Na Itália “é, portanto, configurável a responsabilidade pré contratual da Administração Pública no caso de algum órgão dessa, nas tratativas e nas relações com terceiros, ter obrado (seja em ação, seja em omissão) em contraste com princípios de lealdade, correção e boa fé”<sup>28</sup>. O mestre Giacomuzzi afirma que “tal comportamento pode ser examinado pelo juiz sem que isso importe numa sindicância acerca do bom uso dos poderes discricionários da autoridade administrativa”.

No Brasil, deve ser adotado raciocínio semelhante. O art. 422 do CCB/02 aplica-se também à Administração Pública, inclusive no que se refere à responsabilidade pré contratual e tal entendimento protege os cidadãos do abuso de direito.

Em decisão do STJ – Superior Tribunal de Justiça de 14/11/95, portanto bem antes da alteração do nosso Código Civil, o Min. Relator Ruy Rosado de Aguiar Jr. Já alertava que a Administração Pública deve atuar com lealdade, com base na boa fé:

No direito civil, desde os estudos de Jhering, admite-se que do comportamento adotado pela parte, antes de celebrado o contrato, pode decorrer efeito obrigacional, gerando a responsabilidade pré contratual. O princípio geral da boa fé veio realçar e deu suporte jurídico a esse entendimento, pois as relações humanas devem pautar-se pelo respeito à lealdade. O que vale para a autonomia privada vale ainda mais para a Administração Pública e para a direção das empresas cujo capital é predominantemente público, nas suas relações com os cidadãos [...].

A admissão dessa responsabilidade pré contratual em nada fere os poderes de revisão unilateral dos contratos, quando se verificaram as hipóteses previstas em lei. O que se quer prestigiar é a possibilidade de indenização em caso de não correspondência, pela Administração, da confiança e dos investimentos feitos pelo contratado ou administrado.

Ressalte-se que a Lei 8.666/93 já prevê, por exemplo, a possibilidade da Administração, no caso de declaração da nulidade do contrato administrativo, indenizar o contratado, com base no parágrafo único do art. 59, limitando o valor àquilo que tiver sido executado,

---

<sup>28</sup> GIACOMUZZI, op. cit. p. 281

além de ressarcir por outros prejuízos regularmente comprovados. A nulidade, é claro, não pode ser imputável ao contratado.

O princípio da moralidade previsto no art. 37 da Magna Carta seria o fundamento essencial e inspirador para o dever de boa fé objetiva que impõe à Administração a responsabilidade pré contratual e gera o direito à indenização, mas o art. 422 do CCB/02 traz força suplementar e definitiva para a aplicação aos contratos administrativos do deveres de lealdade e confiança.

Não se deve esquecer ainda que ao princípio da boa fé deve ser conjugado outro, já mencionado, que é o da função social do contrato. De fato, se a liberdade de contratar deve ser exercida, como define o art. 421 do CCB, “em razão e nos limites da função social”, temos aí um referencial para o que se pode entender como boa fé. Terá boa fé o contratante que pautar a sua conduta pré e pós contratual pela função social do ajuste. Isso se aplica tanto à Administração como ao contratado, sendo que a tutela do comportamento de boa fé é muito mais necessária no direito administrativo que no direito privado, porque a Administração, por exercer um poder mais amplo do que os dos outros sujeitos participantes do procedimento, deve ser submetida a maiores regras.

Vale lembrar ainda que o Código Civil Brasileiro estabelece, em seu artigo 2035, parágrafo único, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”, permitindo, assim, que seja feita uma revisão de todo ajuste que ameçar o cumprimento da finalidade social, uma vez que a boa fé é aplicável não só na conclusão do contrato, como também na sua execução.

## **9 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ NA HARMONIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL – FUNDAMENTOS ROMANOS DA TRADIÇÃO CIVIL EUROPEIA**

Riccardo Cardilli, professor titular de Direito Romano da Universidade Tor Vergata, em palestra proferida<sup>29</sup> sobre os “Fundamentos Romanos da Tradição Civil Europeia: Princípios comuns aos países europeus” (Roman Foundations of the European Civilian Tradition – Common Principles of European Countries) afirmou que na Europa não há harmonização de leis no que tange ao direito privado. Os países europeus concordam sobre alguns tópicos tais como saúde, mas

---

29 Em 09/07/14, durante o curso “European Law, Human Rights and Harmonization of State’s Laws: The Role of European and International Courts”, realizado de 29/06/14 a 12/07/14, na Universidade *Tor Vergata*, em Roma, Itália.

não sobre leis contratuais. Mesmo que seja firmado um acordo sobre comércio internacional, esse ajuste não irá interferir no direito privado.

O direito privado internacional implica na resolução de um problema específico e não é possível a aplicação conjunta de legislações de diferentes países. O princípio da boa fé, entre outros princípios gerais de direito, auxiliam, assim, na interpretação que deva ser dada a acordos, convenções e contratos.

Em 1980, foi firmada a convenção UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional). Trata-se de um organismo da ONU, criado para a modernização e harmonização das regras de comércio internacional. Foi firmada em Viena, na Áustria. Assim dispõe o artigo sétimo da Convenção:

Na interpretação dessa Convenção ter-se-á em consideração o seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformização na sua aplicação e de assegurar a observância da boa fé no comércio internacional.

A bona fides na lei internacional significa apenas que o contrato deve ser equânime, equilibrado. O equilíbrio é o mais importante. De acordo com o professor Riccardo Cardilli, não há na Convenção UNCITRAL, portanto, a aplicação da boa fé no sentido que a entendemos no direito interno. Embora não seja aceita como um princípio contratual, para a elaboração dos contratos, é considerada como um princípio a ser utilizado na interpretação dos ajustes.

A fim de tentar uma harmonização da legislação, os intérpretes das leis internacionais tentaram fixar princípios comuns. Segundo o *Common Law*, o sistema do contrato é pleno, ou seja, qualquer regra deve vir do próprio contrato, que é a lei do ajuste. Releva o princípio do *“pacta sunt servanda”*, ou seja, o contrato deve prevalecer porque nele tudo está e pode ser disposto, de acordo com a liberdade contratual. Aproximadamente 90% do Direito na Europa, no entanto, são baseados no *“Civil Law System”* (sistema do direito civil). Para os europeus, o contrato não precisa prever tudo. O conteúdo essencial de um ajuste, tal como a garantia técnica do bem ou a obrigação de entrega da mercadoria, está implícito. A teoria da imprevisão, por exemplo, é aplicável.

Dos anos 80 até o início do segundo milênio, os europeus tentaram unificar princípios comuns de Direito, elegendo como um dos *“European Principles of Contract Law”* (Partes I e II revistas em 1998, Part III datada de 2002), a *good faith* (boa fé), da qual decorrem os deveres de lealdade e de

cooperação (fair dealing and cooperation) Assim dispõe o artigo primeiro do acordo firmado pelos países membros da União Européia:

Artigo 1:202 (Article 1:201 (ex art. 1.106)) – Boa Fé e Justo Comércio (Good Faith and Fair Dealing)

(1) Cada uma das partes deve agir em conformidade com a boa-fé e a lealdade (Each party must act in accordance with good faith and fair dealing).

(2) As partes não podem excluir ou limitar esses deveres. (The parties may not exclude or limit this duty).

Artigo 1:202 (Article 1:202 (ex art. 1.107)) - Dever de cooperar (Duty to Co-operate)

Cada parte deve à outra o dever de cooperar, a fim de garantir a plena eficácia do contrato. (Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract).

Ou seja, o princípio da boa fé e os deveres dela decorrentes são colocados como obrigações gerais – general obligations – e regras gerais de contratos – general rules of contract law - a serem seguidas por todos os países membros da União Européia, além de servirem de elementos integradores dos ajustes. Os princípios estabelecidos no acordo serão obrigatoriamente aplicados ou quando as partes acordarem em incorporá-los ao contrato ou que o ajuste será por eles regido e poderão ser aplicados, ou quando as partes acertarem que o ajuste deve ser governado pelos princípios gerais de direito ou quando não elegeram a legislação específica para reger o contrato, ou, ainda, supletivamente, em caso de conflito, para ajudar a solucionar uma controvérsia quando a própria legislação eleita para tal não for suficiente para resolver a questão. Os artigos abaixo assim preveem:

Article 1:101 (ex art. 1.101) – Aplicação dos Princípios (Application of the Principles)

(1) Estes princípios destinam-se a serem aplicados como normas gerais do direito dos contratos em Comunidades Européias. (These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities).

(2) Estes princípios se aplicam quando as partes tenham acordado para incorporá-los em seu contrato ou que seu contrato será por eles regido. (These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them).

(3) Estes princípios podem ser aplicados quando as partes: (These Principles may be applied when the parties):

(a) concordaram que o seu contrato será regido por “princípios gerais de direito”, a “lex mercatoria” ou semelhantes; ou (have agreed that their contract is to be governed by “general principles of law”, the “lex mercatoria” or the like; or)

(b) não tiverem escolhido qualquer sistema ou regras de direito para reger o seu contrato ( have not chosen any system or rules of law to govern their contract).

(4) Estes princípios podem ser uma solução para a questão levantada onde o sistema ou as regras do direito aplicável não derem essa solução (These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so).

A liberdade de contratar existe, mas é limitada pelos princípios da boa fé e do justo comércio e pelas regras obrigatórias - mandatory rules - que decorrem desses mesmos princípios:

Artigo 1<sup>o</sup>: 102 (Article 1:102) – Liberdade de contratar (Freedom of contract)

(1) As partes são livres para celebrar um contrato e determinar o seu conteúdo, sem prejuízo das exigências de boa fé e de lealdade, e das regras obrigatórias estabelecidas por esses princípios. (Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles).

(2) As partes podem excluir a aplicação de qualquer dos Princípios ou derogar ou modificar os seus efeitos, salvo disposição em contrário dada por esses mesmos princípios. (The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles).

Os membros da União Europeia acordaram também que os princípios devem ser interpretados de forma a promover a segurança nas relações contratuais e a uniformidade de aplicação das regras. Apenas as questões que não sejam resolvidas pelos princípios ou pelas regras a eles subjacentes é que serão resolvidas pelo regime jurídico aplicável segundo as regras do direito internacional privado, o que dá a medida da importância do princípio da boa fé para a interpretação das regras de contratos internacionais:

Article 1:106 (ex art. 1.104) - Interpretação e Suplementação  
Interpretation and Supplementation

(1) Estes princípios devem ser interpretados e desenvolvidos de acordo com os seus propósitos. Em particular, deveria ser considerada a necessidade de promover a boa fé, a lealdade, a segurança nas relações contratuais e a uniformidade de aplicação das regras. (These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application).

Importante destacar também o que foi estabelecido no acordo, firmado pelos países membros da União Europeia, acerca do que acontece se o contrato infringir os princípios fundamentais previstos nas legislações dos estados membros da EU: será de nenhum efeito:

Article 15:101 Contratos contrários aos princípios fundamentais  
(Contracts Contrary to Fundamental Principles).

Artigo 15: 101 - Um contrato é de nenhum efeito na medida em que é contrário aos princípios reconhecidos como fundamentais nas legislações dos Estados-Membros da União Europeia. (A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union)

De acordo com o Professor Cardilli, a União Européia já chegou à conclusão, portanto, de que para harmonizar o direito privado europeu, mais importante do que elaborar “drafts”, como o “European Principles of Contract Law”, é o reconhecimento dos princípios comuns adotados pelos ordenamentos europeus, fazendo deles a base para a aplicação dos

contratos. Um desses princípios é a boa fé, prevista em diversos códigos civis europeus.

No artigo 340 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (2010) é estabelecido que os contratos firmados por países membros são regidos pela “lei interna” aplicável ao ajuste em questão, ou seja, pelas regras estabelecidas no bojo do contrato. No caso de responsabilidade extracontratual (*non contractual liability*), a União Europeia deve, de acordo com os “princípios comuns gerais às leis dos estados membros da EU”, dar solução a qualquer dano causado por suas instituições ou por seus servidores no desempenho das suas funções.

Como exemplo de “princípio comum geral” podemos citar o “não crie danos aos outros” (*don’t create dangers to others*). Esse princípio está fixado em todos os Códigos Civis da Europa e, ao lado, do princípio da boa fé, se constitui em regra geral para a interpretação de contratos<sup>30</sup>.

## 10 CONCLUSÃO

A partir das considerações expostas neste trabalho podemos concluir que:

1. Existem diversos pontos de convergência entre o direito público e o direito privado. Os fins da justiça social e da proteção ao cidadão determinam que princípios como o da boa fé devem ser observados por todos os ramos do Direito e por todas as pessoa jurídicas, sejam elas de Direito Público ou de Direito Privado.

---

<sup>30</sup> Como exemplo de aplicação do princípio da boa fé, o professor Riccardo Cardilli citou, na palestra já referida, o caso suscitado pela troca da capital da Nigéria. A União Europeia-UE decidiu que os países europeus deveriam construir uma única embaixada. No acordo internacional, a UE apontou os países que deveriam participar. A Grécia concordou em participar, mas depois desistiu. Em 2000, a UE decidiu que a Grécia deveria pagar pelo que devia até a data da desistência e, assim, devolveu ao país apenas parte do que havia sido investido. A Corte Europeia decidiu que a UE estava certa, com base no princípio da boa fé. A Grécia contra argumentou dizendo que não seria aplicável ao caso o princípio da boa fé, em função do princípio do *pacta sunt servanda*. Em suma, alegava a Grécia que a boa fé não poderia ser levada em conta para determinar as obrigações, já que não poderia haver a imposição desse princípio a um Estado que não o subscreveu, devendo apenas ser levado em conta o contrato firmado. Os advogados da Comissão Europeia, porém, argumentaram que o princípio da boa fé é previsto no direito interno grego e se constitui em princípio geral de direito internacional e que, portanto, não poderia ser deixado de lado. A conclusão da corte de primeira instância foi no sentido de que mesmo não tendo a Grécia assinado o “memorando adicional”, deveria reembolsar a UE dos custos. Isso, porque a Grécia não fez objeções às ordens de pagamento e isso levou os outros países a, de boa fé, acreditarem que a Grécia cumpriria com todos os pagamentos. Ao final, prevaleceu a idéia de que o dever de respeito à boa fé está implícito em todos os contratos de Direito internacional.



2. Equidade e boa fé não se confundem. Equidade é o princípio pelo qual o direito positivo se adapta à realidade da vida sócio-jurídica, conformando-se com a ética e a razoabilidade. O juízo de equidade é aquele segundo o qual se deve dar a cada um o que é seu de direito, segundo um ideal de justiça. É princípio de integração da norma jurídica.
3. O princípio da boa fé deve ser aplicado a todo e qualquer contrato, seja administrativo ou privado. Os contratantes devem pautar a sua conduta pelo cumprimento da função social do ajuste, revelando probidade e lealdade.
4. A boa fé deve ser avaliada objetivamente, em função de condutas que são reveladoras da sua existência ou inexistência, sem se perquirir sobre a intenção das partes. Terá boa fé aquele que não ameaçar o equilíbrio contratual, restringindo direitos e obrigações inerentes à natureza do contrato e que não ofender os princípios fundamentais do direito, além das regras específicas aplicáveis ao tipo de ajuste em questão.
5. A boa-fé objetiva preconizada no artigo 422 do Código Civil ganha contornos distintos da que foi consagrada no CDC e na jurisprudência brasileira anterior ao Código Civil, qual seja: proteção dos consumidores, devido à desigualdade das partes contratantes, visando ao reequilíbrio contratual.
6. Nas relações jurídicas paritárias reguladas pelo Código Civil, a boa-fé objetiva visa não a proteger uma das partes, mas, a *exigir de ambas as partes*, uma atuação honesta e leal, conforme os valores e preceitos consagrados pelo ordenamento civil-constitucional, impondo funções e deveres de conduta, decorrentes da própria natureza do vínculo assumido, que são condicionados e limitados pela função social e econômica do negócio jurídico celebrado.
7. O princípio da boa fé pode ser utilizado como fundamento para que uma das partes não se locuplete sobre a outra. O contrato pode ser ajustado (judicialmente ou extrajudicialmente), de forma a manter equilibrada a relação entre os encargos e a remuneração.

8. Não mais pairam dúvidas de que nos contratos privados flexibiliza-se o princípio *pacta sunt servanda* face à aplicação do princípio da boa fé e da teoria da imprevisão (art. 317, do CCB/02). Nos contratos administrativos ainda é mais evidente a característica da mutabilidade, sendo aplicável a regra *rebus sic stantibus*. Havendo modificação das condições em que se deu o ajuste, pode e deve ser adaptado o contrato, de forma judicial ou amigável, a fim de se evitar ou corrigir o desequilíbrio que afronte a norma da boa fé.
9. A função social e a boa fé contratual, positivadas no CCB/02, são reflexos de um fenômeno maior de eticização jurídica, devendo ser observadas durante todo o iter contratual: antes, durante e depois do ajuste ser firmado, surgindo como elemento de interpretação contratual e vedando o enriquecimento ilícito e o abuso de direito, tanto por parte da Administração Pública, como por qualquer contratante ou contratado.
10. No “European Principles of Contract Law”, os princípios tem natureza dispositiva ou supletiva, podendo as partes integrá-los ou não ao contrato. No direito brasileiro, o princípio da boa fé tem caráter normativo cogente, com primazia sobre a convenção das partes e integração necessária ao ato ou negócio jurídico, sendo cláusula geral contratual.
11. É necessário que o intérprete, através da hermenêutica, preencha o conteúdo da referida cláusula geral, seja nas relações paritárias ou não paritárias, no intuito de se determinar os contornos dogmáticos do princípio da boa-fé objetiva, notadamente, suas funções, deveres anexos e limites, viabilizando assim sua aplicação diante do caso concreto.
12. Para harmonizar o direito privado europeu, o importante é o reconhecimento dos princípios comuns adotados pelos ordenamentos europeus, fazendo deles a base para a aplicação dos contratos. Um desses princípios é a boa fé, prevista em diversos códigos civis, mas também aceita pelos países que adotam o Common Law como modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade,

probidade. “Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo” 31. Cumpre salientar que a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, resolução 3.281/74 da ONU, estabelece, no seu preâmbulo, que um dos princípios que deve reger as relações políticas e econômicas dos Estados é a execução, de boa fé, das obrigações internacionais.

13. O CC/02 veio se alinhar aos Códigos civis alemão e italiano, passando a tratar da boa fé objetiva, como cláusula geral. Resta agora aguardar para percebermos, ao longo do tempo, qual será o tratamento dado pelos nossos tribunais na aplicação prática da boa fé objetiva, não apenas nas relações consumeiristas, mas em qualquer contrato de direito privado ou público. Por enquanto, a jurisprudência tem sido tímida, embora respaldos não faltem para que sejam coibidos os desvios do abuso de direito, tendo por fundamento os valores e princípios consagrados pelo ordenamento civil-constitucional, sobretudo os da justiça social, da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

CARDILLI, Riccardo. *Roman Foundations of the European Civilian Tradition – Common Principles of European Countries*. Palestra proferida no dia 09/07/14, na Universidade Tor Vergata, Roma Itália.

DELGADO, José Augusto. Interpretação dos Contratos Regulados pelo Código de Proteção do Consumidor. *Revista Jurídica*, n. 263, Assunto Especial, Rio de Janeiro, set. 1999.

FILHO, José Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIORI, Roberto. *Roman Foundations of the European Private Law: the Tolr of Good Faith*. Palestra proferida no dia 09/07/14, na Universidade Tor Vergata, Roma Itália.

---

31 MARTINS COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Jurídica*, n. 294, abr. 2002, Doutrina Cível, Nota Dez.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: A Autonomia da Vontade e a Boa-Fé Objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*; São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 23-24, jul./dez. 1997.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito das Obrigações*. v. 02, São Paulo: Saraiva, 1993.

WALD, Arnold. Um Novo Direito para a Nova Economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 12, jul./ago. 2001.