

O princípio da boa-fé no Direito brasileiro

Arnoldo Wald*

Confiança é a expectativa que surge, numa comunidade, de um comportamento honesto e cooperativo por parte dos outros membros da sociedade, com base em normas aceitas por todos. Francis Fukuyama¹

A sociedade de confiança é uma sociedade em expansão, onde todos ganham, sociedade solidária, com um projeto comum de abertura, de trocas e de comunicação. Alain Peyrefitte²

Para entender adequadamente a incidência do princípio da boa-fé e sua extensão no Direito brasileiro, é preciso analisar sucessivamente a posição que o legislador e a jurisprudência tiveram antes e depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

A) Da situação anterior à vigência do Código Civil de 2002

Tanto o Código Comercial de 1850 como o Código Civil de 1916 se referiam à boa-fé³, considerando a boa-fé subjetiva, ou seja, a simples ausência de má-fé. Não há, pois, dúvida que, até 1970, não existia, no Direito brasileiro, a formulação do princípio da boa-fé objetiva como regra de aplicação geral.⁴

Já anteriormente, a partir de 1930, o legislador, a doutrina e os tribunais brasileiros desenvolveram mais amplamente a teoria da imprevisão e passaram a admitir, conseqüentemente, a revisão dos contratos⁵, inclusive com base na teoria da boa-fé.

A noção de boa-fé se sedimentou no Direito brasileiro, com o sentido específico que teve no art. 242 do Código Civil alemão, (BGB), tanto pelo fato de ter o Código Civil brasileiro, por ocasião de sua elaboração, sofrido a sua influência como em decorrência da aplicação mais ampla que dela fizeram os tribunais germânicos, em decorrência da inflação nos anos 1920/1930. Trata-se de considerar a boa-fé como instrumento para resguardar tanto a confiança e a lealdade, entre as partes, como o próprio equilíbrio contratual inicialmente estabelecido. No fundo, a invocação da boa-fé não se destina a corrigir ou mudar o contrato, nem a nele incluir cláusulas que não previu, mas de manter o espírito e não a letra das cláusulas contratuais e o equilíbrio inicialmente existente entre as partes, que pode ensejar a atualização das prestações.

No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que admitiu a indexação das indenizações, sem que tivesse havido previsão legal, inspirou-se explicitamente no art. 242 do BGB, como ressalta o voto do Ministro Rodrigues de Alckmin no acórdão líder que tratou da matéria. Esclarece o eminente juiz que o juiz brasileiro deveria seguir o exemplo dos tribunais da Alemanha, que aplicaram o art. 242 para reajustar os débitos, assinalando que:

Há meio século, bastou a juízes alemães a regra legal de que os contratos se executam de boa-fé para que nesse texto fizessem a concessão de revalorização de dívidas, forçando o legislador à disciplina do tema.⁶

Pouco tempo depois, todavia, o mesmo tribunal completava o seu pensamento entendendo que, nos termos da Constituição brasileira, somente a lei e o contrato podem criar obrigações, não sendo lícito ao juiz fazê-lo.⁷

* Advogado. Professor catedrático da Faculdade de Direito da UERJ. Fundador do Escritório Wald e Associados Advogados.

¹ FUKUYAMA, Francis. *Trust - the social virtues & the creation of prosperity*. New York: The Free Press, 1995, p. 26.

² PEYREFITTE, Alain. *La société de confiance*. Paris: Editions Odile Jacob, 1995, p. 10.

³ Art. 131, 1, do Código Comercial, e art. 85 do Código Civil, que trata da matéria em geral, sem prejuízo de numerosas outras referências específicas nos arts. 1.442 a 1.446, 1.404, 622, 968, 490, 500 etc.

⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *La bonne foi dans la formation du contrat*, e WALD, Arnoldo, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*. In: *La bonne foi (Journées Louisianaises)*, publicação da Association on Henri Capitant, tomo XLIII, Paris: Litec, 1992.

⁵ FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 329 e ss..

⁶ Voto do Ministro Rodrigues Alckmin no Recurso Extraordinário 79.663 (Recte. Auto Viação Tabu Ltda. e do Estado de São Paulo) em 03/04/1975, dando ensejo ao acórdão do Tribunal Pleno de 18/09/1975, publicado na RTJ 79/515 (fev. 1977).

⁷ Conflito de Atribuições 35, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 02/12/1987 e cujo acórdão foi publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 650, pp. 181 a 205, dez. 1989.

Na mesma época, a doutrina brasileira reexaminou o conceito de boa-fé, para dar-lhe uma nova acepção mais ampla e construtiva, seguindo o exemplo da jurisprudência alemã que considerara o art. 242 do BGB como devendo dominar a totalidade do direito dos contratos na lição de Crome, Esser e Staudinger. Coube ao Professor Clovis V. do Couto e Silva, em estudos de direito comparado⁸ e em tese de concurso⁹, destacar a evolução que a boa-fé teve na Alemanha, concluindo que cabia introduzir o mesmo conceito no Direito brasileiro.

Na sua tese, afirmou Clóvis V. do Couto e Silva, após referir-se aos ensinamentos do Direito romano, que:

Modernamente fato similar ocorre com as chamadas cláusulas gerais que consagram o princípio da boa-fé, como o § 242 do BGB.¹⁰

Acrescenta que:

O princípio da boa-fé, no Código Civil Brasileiro, não foi consagrado, em artigo expresso, como regra geral, ao contrário do Código Civil Alemão.

Mas o nosso Código Comercial incluiu-o como princípio vigente no campo obrigacional e relacionou-o também com os usos de tráfico.¹¹

Conclui Clóvis V. Couto e Silva que:

O princípio da boa-fé para determinar 'o que' e o 'como' da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação.¹²

[...]

Nas relações jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude ('nostra res agitur'), como nas de sociedade, em parte nas de trabalho e, principalmente, na comunidade familiar, cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe

dever de aplicação a tarefa supra-pessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum. (grifamos)

*Os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam.*¹³ (grifamos)

Não há dúvida, na doutrina brasileira, que o princípio da boa-fé, inspirado pelo art. 242 do BGB e com o sentido que tinha no direito alemão, foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal e desenvolvido por Clóvis V. do Couto e Silva, tendo prevalecido até a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro de 2002.

É o que reconhece o professor Miguel Reale, coordenador dos trabalhos do novo Código Civil, que escreveu:

Se o direito dos contratos não surge exclusivamente dos princípios da autodeterminação e autovinculação, como ocorria no passado, é porque sobre eles incidem, com cada vez maior peso, os princípios da boa-fé objetiva – cuja expressão mais consagrada está no parágrafo 242 do Código Civil Alemão – e da função social do contrato, este decorrência lógica do princípio da função social da propriedade, de foro constitucional, e ambos contemplados de forma expressa no Projeto do Código Civil, em tramitação na Câmara dos Deputados, mas que mesmo hoje vigoram no direito civil brasileiro.

Assinala, neste particular, Clóvis do Couto e Silva que a inexistência, no vigente Código Civil brasileiro, de artigo semelhante ao citado parágrafo 242, 'não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica com significado de regra de conduta', o que vem sendo aceito sem ressalvas pela melhor e mais recente jurisprudência [...].¹⁴ (grifamos)

No mesmo sentido Judith Martins-Costa na sua tese de doutorado¹⁵, e em outra obra¹⁶, assim como

⁸ COUTO E SILVA, Clovis V. do. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, conferência realizada na 1ª Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, em Porto Alegre, em 18/07/1979 e publicada na obra *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis V. do Couto e Silva*, organizada por Vera Maria Jacob de Fradera, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 33-58.

⁹ COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo*, tese. Porto Alegre, 1964.

¹⁰ Op. cit. na nota anterior, p. 29.

¹¹ Idem, p. 30.

¹² Idem, p. 31.

¹³ Idem, p. 32.

¹⁴ REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel. *Questões atuais de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 125.

¹⁵ MARTINS-Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, especialmente pp. 287 e seguintes.

¹⁶ MARTINS-Costa, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 195.

numerosos outros autores¹⁷ que todos se referem ao BGB e às lições de Clóvis V. do Couto e Silva para definir o papel da boa-fé.

Assim, não há dúvida que, até 2002 inclusive, a lei só se referia à boa-fé subjetiva e a jurisprudência e a doutrina só admitiam utilizar o conceito para garantir os deveres implícitos decorrentes da letra e do espírito do contrato, fazendo a adequada distinção entre obrigações e deveres de maior ou menor densidade, considerando a natureza do contrato e a posição respectiva das partes, uma em relação à outra.

Com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, passou a legislação especial a consagrar amplamente tanto o princípio da boa-fé como a imprevisão e a revisão contratual, ampliando os conceitos tendo em vista a proteção especial assegurada ao consumidor, funcionando o direito da defesa do consumidor como um direito especial em relação aos demais ramos do direito privado (Direito Civil e Direito Comercial)¹⁸.

As normas do Código Civil de 1916 continuaram em vigor até janeiro de 2003, regendo todas as operações já realizadas até a mencionada data e incidindo sobre alguns efeitos futuros de contratos anteriores que não ferissem a ordem pública. É o que dispõe o art. 2.035 do Código Civil de 2002 de acordo com o qual:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. 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 [...].

A doutrina é mansa e pacífica na matéria, afirmando que:

*Daí porque deve-se interpretar restritivamente a noção de direito adquirido, de molde a que não alcance, de forma nenhuma, os efeitos futuros de negócios jurídicos que, posto praticados legalmente no passado, são hostilizados pela lei nova. Até a entrada em vigor desta, há de se proteger os efeitos produzidos pelo ato jurídico perfeito, sempre que definitivamente incorporados ao patrimônio de alguém [...].*¹⁹ (grifamos)

É, pois, evidente que, em relação a atos e fatos ocorridos até janeiro de 2003 e que produziram todos os seus efeitos, descabe a aplicação do novo Código Civil, limitando-se a boa-fé a garantir a lealdade, a confiança e o equilíbrio contratual inicialmente estabelecido, só podendo o juiz ou o árbitro deduzir ou criar deveres jurídicos previstos pela lei ou pelo contrato e que neles estejam implicitamente incluídos, constituindo mera atualização das prestações em virtude de fatos supervenientes. As obrigações de informação, conselho e cooperação só existem, pois, em relação a esses atos, dentro dos limites em que foram previstas ou são decorrentes de textos legais e contratuais, nos quais sejam explícitas ou implícitas. Não se pode, conseqüentemente, criar outros deveres jurídicos que não sejam derivados ou decorrentes do contrato. A boa-fé dentro da concepção vigente até a entrada em vigor do Código Civil não permite construções para corrigir o contrato, limitando-se elas, quando baseadas na boa-fé, a interpretá-lo no contexto dinâmico da vida hodierna.

B) A situação decorrente da entrada em vigor do novo Código Civil

Houve duas influências que foram sofridas pelo novo Código de 2002 no que se refere a boa-fé. De um lado, manteve-se a tradição inspirada no art. 242 do BGB de uma boa-fé que interpreta, integra e complementa o contrato. De outro, sentiu-se, especialmente, nos contratos de adesão, a influência do Código de Defesa do Consumidor que utilizou a boa-fé, a teoria da imprevisão e a revisão contratual como instrumentos de defesa do consumidor, dando ao juiz amplo poder de corrigir as eventuais injustiças

¹⁷ TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e, Teoria geral da boa-fé objetiva, *Revista do Advogado* – AASP, n. 68, p. 100, dez. 2002; USTÁRROZ, Daniel, As origens da boa-fé objetiva no Novo Código Civil, Síntese, Porto Alegre, p. 3, jan. 2003, e PEZZELALA, Maria Cristina Cereser, O princípio da boa-fé objetiva no direito alemão e brasileiro, *Revista do Direito do Consumidor*, n. 23-24, p. 199, jul./dez. 1997.

¹⁸ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 621.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 214.

decorrentes do contrato ou até da aplicação da lei no caso concreto.

O alcance do princípio da boa-fé no Código Civil de 2002 constitui, aliás, questão polêmica, pois alguns autores entendem que deveriam constar da lei as diretrizes para que houvesse uma melhor definição do conceito, como ocorre no Código Civil holandês.²⁰

Também entendem alguns professores que, no Código Civil de 2002, a boa-fé só incide em relação à interpretação do ato jurídico, não permitindo que possa suprir as falhas ou lacunas e muito menos corrigir as cláusulas contratuais. É, por exemplo, o entendimento do Professor Antonio Junqueira de Azevedo que, manifestando-se em relação ao Projeto do Código Civil cujo texto foi mantido na redação definitiva do diploma legal, escreve:

Com relação às deficiências, a regra da boa-fé tem funções que chamo de 'pretorianas' em relação ao contrato. O chamado 'direito pretoriano', no direito romano, foi aquele que os pretores introduziram para ajudar, suprir e corrigir o direito civil. Havia o direito civil estrito (direito civil mais rigoroso); o direito pretoriano veio adjuvandi, supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia.

[...]

A interpretação de acordo com a boa-fé está tanto no art. 421 quanto no primeiro artigo da Parte Geral do Projeto sobre interpretação dos negócios jurídicos. Mas as outras duas funções, aquela que é supplendi e a outra que é corrigendi, não estão no Projeto. No caso da função supplendi, há dois aspectos: um é o problema dos deveres anexos. A cláusula de boa-fé – sempre comentada por todos os tratadistas, por todos os manuais – cria deveres anexos ao vínculo principal. Existe, no contrato, aquilo a que as partes expressamente se referiram, seu objeto principal expresso, e, depois, há os deveres colocados ao lado, ora ditos secundários, ora anexos, especialmente o dever de informar e, mais um dever negativo, o de manter sigilo sobre alguma coisa que um contratante soube da outra parte, ou também deveres ditos positivos, como o de procurar colaborar com a outra parte (daí até mesmo uma visão talvez excessivamente

romântica, de que os contratantes devem colaborar entre si) [...].²¹

(grifamos)

De qualquer modo ou o novo Código Civil manteve o entendimento anterior em relação à boa-fé, limitando-se a explicitá-lo ou, ao contrário, admitiu, mas somente em determinados casos, a conceituação da boa-fé dada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Essa dualidade de posições acabou ensejando interpretações distintas das várias disposições que o novo Código contém na matéria e especialmente no que se refere aos arts. 113, 421, 422 e 423, que têm a seguinte redação:

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

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

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. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Se, no art. 423, que se refere aos contratos de adesão e em alguns outros casos, nos quais existe evidente superioridade econômica de um dos contratantes em relação ao outro, a boa-fé justifica um papel corretivo do juiz para criar um novo equilíbrio, o mesmo não acontece, todavia, nos contratos empresariais nos quais as partes têm situações análogas.

Tratando-se de operação comercial entre grandes empresas, a boa-fé não significa a criação de novos deveres não previstos pela lei ou pelo contrato, mas tão somente a interpretação dos já existentes de acordo com os princípios da confiança e da lealdade que devem existir entre os contratantes e considerando-se a função social e econômica do contrato.

A doutrina tem aludido a diversos graus de densidade ou intensidade, que deve ter a aplicação do princípio da boa-fé, considerando-se a natureza dos

²⁰ Escreve o Professor Antonio Junqueira de Azevedo:

“No caso do Projeto de Código Civil, infelizmente não há essas diretrizes. O Projeto limita-se a dizer que os contratantes devem comportar-se segundo a boa fé. Os Códigos modernos trazem as diretrizes” (O princípio da boa-fé nos contratos. In: *Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro*, publicação do Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2002, p. 129).

²¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, *Revista dos Tribunais*, v. 775, p. 14, maio 2000.

atos jurídicos, mas também a situação respectiva dos contratantes um em relação ao outro.

Assim, o respeito à confiança passou a ser considerado, recentemente, como um princípio geral do Direito, incidente tanto nas relações privadas como no setor público. Dito de forma simples, o assim chamado princípio da confiança demanda previsibilidade da conduta de todos os integrantes do convívio social, inclusive do Estado, das empresas e das pessoas nas suas relações com os demais.

Ultrapassada a fase em que dele se tratava apenas incidentalmente, como um mero valor ético subjacente, o princípio da confiança tornou-se objeto de tratados, leis e decisões jurisprudenciais em vários países. A inclusão da confiança entre os valores jurídicos legalmente protegidos é, entretanto, fato relativamente novo. Cabe, assim, para a devida compreensão do assunto, investigar brevemente a evolução do seu reconhecimento histórico.

C) O princípio da confiança

O princípio da proteção da confiança nasceu, portanto, muito atrelado à necessidade de se assegurar uma proteção especial ao contratante economicamente mais fraco. Vamos ver, porém, que o seu papel, hoje, é muito mais amplo, abrangendo até as relações de direito público e constituindo um verdadeiro princípio geral do Direito.

A confiança legítima é considerada criadora de um direito subjetivo, fazendo prevalecer, em determinados casos, a vontade declarada sobre a vontade real²². O que pode parecer estranho, na responsabilidade decorrente da frustração da confiança, é que, em determinados casos, o outro contratante não pretendeu obrigar-se nem cometeu alguma falta, não tendo necessariamente agido com culpa ou dolo, mas, não obstante, tornou-se devedor ou responsável perante o qual nele confiou. Há, todavia, uma condição básica e que consiste no fato de ter o prejuízo decorrido da confiança que inspirou o responsável, criando-se uma expectativa em favor de outrem, que assim se torna credor no momento da frustração que passa a sofrer.

Na realidade, desloca-se, com essa nova fonte das obrigações, o foco que o Direito tinha em relação à responsabilidade, vinculando-a tradicionalmente ao comportamento do responsável, ou seja, do devedor. No caso de aplicação do princípio da confiança, enfatiza-se o direito do credor à segurança, ou seja, ao cumprimento das promessas por ele deduzidas do comportamento alheio em virtude da relação de confiança.

Como afirma Jean Calais-Auloy, a proteção do devedor não é esquecida, mas, no caso, passa após a do credor²³. É, aliás, uma das tendências da evolução mais recente da responsabilidade civil, a que nela vislumbra um dever de garantir a segurança de pessoas e dos bens. Ainda em meados do século passado, Georges Ripert observava uma mudança de prisma na evolução da responsabilidade civil. No capítulo intitulado “*a distribuição dos riscos*” do seu livro sobre o regime democrático e o Direito Civil, examinava a evolução que tinha ocorrido, partindo do conceito de responsabilidade para chegar ao de reparação e afirmando que:

O direito contemporâneo, por todas essas razões, olha o lado da vítima e não o do autor.

[...]

*É a razão pela qual o nosso direito atual tende a substituir a ideia de responsabilidade pela de reparação do dano.*²⁴

A doutrina concluiu que a responsabilidade, em muitos casos, deixou de ser tratada como obrigação do autor do dano, para adquirir a virtualidade de crédito da vítima. Especialmente nas relações entre os indivíduos e os grupos e nas relações de massas, como é o caso dos acidentes de circulação e de trabalho, como também dos prejuízos decorrentes da atividade empresarial que cria riscos, o crédito a favor da vítima passa a não mais depender da culpa do autor. Ou seja, complementando o direito pela equidade, concluiu-se que “quando a justiça comutativa da responsabilidade é impotente para reparar a fatalidade de uma desgraça, cabe à justiça distributiva assumir o seu papel”²⁵.

²³ Op. cit., p. 181.

²⁴ RIPERT, Georges. *Le regime démocratique et le droit civil moderne*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, n. 169, p. 309.

²⁵ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation.

²² CALAIS-AULOY, Jean. L'attente légitime une nouvelle source du droit subjectif. In: GUYON, Yves. *Aspects actuels du droit des affaires-Mélanges en l'honneur*. Paris: Dalloz, 2003, p. 180.

Embora tenha sua noção muito atrelada, por seu próprio desenvolvimento histórico acima analisado, à proteção do contratante mais débil, o princípio da confiança a ela não se equipara. É preciso distinguir o princípio da confiança da maior proteção dada à parte economicamente mais fraca, embora, em alguns casos, as consequências de ambos possam ser idênticas.

Existe, por exemplo, uma patente relação entre o princípio da confiança e o antigo princípio fundamental de que os pactos devem ser cumpridos — que não se aplica, como se sabe, apenas quando há desigualdade entre os contratantes. Há também uma relação entre a confiança e a garantia do equilíbrio contratual (que, do mesmo modo, não é necessariamente aplicável apenas à parte mais fraca da relação). Com efeito, partindo-se da premissa de que o acordo de vontade tenha sido comutativo, considera-se que há uma expectativa — que deve ser garantida — de que essa comutatividade seja mantida e respeitada durante toda a sua execução.

O princípio da confiança, além disso, complementa o da função social do contrato: significa que o respeito ao equilíbrio contratual, que deve estar presente em todo o direito privado, deve ser apurado de acordo com as circunstâncias de cada caso. Deve-se atentar para a finalidade de ambas as declarações de vontade, isto é, para a expectativa gerada, para a extensão da confiança depositada por cada uma das partes na celebração do negócio.

Cabe, no entanto, fazer uma ressalva. Não é toda e qualquer confiança que deve ser tutelada. É indispensável que a expectativa da parte seja legítima e razoável para ser protegida pelo princípio da confiança. Quer se trate de situação em que uma pessoa espera exercer um direito contra outrem, ou obter um bem ou serviço com determinadas qualidades e em certas condições, ou, ainda, não sofrer um prejuízo em virtude de estar usando produtos colocados no mercado, é sempre preciso que a confiança seja, em outras palavras, justificada.

A proteção da confiança — assim como a atribuição de uma função social ao contrato ou a proteção da boa-fé — não constitui uma espécie de ação afirmativa, em virtude da qual os interesses do mais fraco devessem merecer maior proteção. Significa

tão-somente que a finalidade da declaração de vontade não deve ser distorcida no interesse de uma das partes e em detrimento da outra. No particular, a posição do direito civil é equilibrada e não se confunde com a adotada seja pelo Direito do Trabalho seja pelo Direito do Consumidor.

As dúvidas que existiam na matéria foram dirimidas pelo Professor Miguel Reale, em elucidativo artigo que tem, em certo sentido, o valor de interpretação autêntica do novo Código Civil, cuja elaboração coordenou. No seu estudo, faz inicialmente alusão aos textos constitucionais que garantem a livre iniciativa, considerada como “*um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito*” e a condenação dos abusos de direito, que caracteriza como sendo “*uma das formas de constitucionalização do Direito Privado*”. Em seguida, lembra a distinção existente entre três sistemas de ordenamento jurídico, conforme a relevância que dão respectivamente aos direitos individuais e aos interesses sociais, para esclarecer que:

Na elaboração de ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis; ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916; ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a ‘socialização dos contratos’: ou, então assume uma posição intermédia combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002.²⁶

A confiança contém, assim, evidentemente, um elemento ético da maior relevância, podendo até afirmar-se que a recente jurisprudência incorporou ao direito um valor que anteriormente era simplesmente moral e não jurídico.

Há, como já se pode intuir, uma estreita vinculação entre o princípio da confiança e o da boa-fé objetiva. Ao dever de atuar com boa-fé corresponde o direito de outrem de ver realizada a sua expectativa, ou seja, de não ser frustrada a confiança que depositou, de boa-fé, no cocontratante ou em terceiro. Protege-se a confiança nas afirmações feitas, mesmo que o sejam de modo incidental, na aparência do produto, na representação da empresa, etc. A confiança, em certo sentido, é o outro lado da moeda da boa-fé. A diferença

Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1987, I, p. 19. Já defendíamos ideias análogas em nossa monografia a respeito da responsabilidade civil, publicada pelo DASP, em 1953, pp. 72-74.

²⁶ REALE, Miguel. Função social do contrato, *O Estado de São Paulo*, 22/11/2003.

é que o enfoque, na proteção da confiança, não está na existência de um intuito de lesionar da outra parte, mas, sim, apenas e tão somente, na existência de uma expectativa legítima por parte de um dos contratantes.

Mas a confiança não é apenas o valor que almeja proteger o princípio da boa-fé objetiva. É possível considerá-la como um princípio autônomo, pois o seu conteúdo é mais dilatado, servindo de fundamento a diversas outras normas e aplicando-se a também diversas outras hipóteses, independentemente da boa-fé.

A proteção da confiança não se restringe, aliás, ao âmbito dos contratos. É um princípio incidente sobre as mais diversas relações estabelecidas entre os atores sociais. É com base na confiança depositada em outrem, que, por exemplo, em certos casos, se valoriza a declaração unilateral de vontade que justifica os efeitos do mandato aparente, bem como a irretratabilidade de decisões administrativas.

Embora tenha se desenvolvido e ganhado destaque no âmbito do direito privado, não há nenhum motivo para se supor que esses princípios não sejam aplicáveis também às ações e contratos celebrados pelo Poder Público. Muito ao revés, por sua própria natureza, o Estado tem uma obrigação ainda maior de atuar sempre e em qualquer circunstância com boa-fé, em obediência ao princípio da moralidade (art. 37 da Constituição).

Adiante será visto quais manifestações do princípio da confiança têm sido tuteladas no Direito brasileiro. Pode-se afirmar, apenas, em conclusão, que, de um modo geral,

*[...] a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas [...].*²⁷

Tanto assim que se conclui que a confiança “é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de atuar de boa-fé ou se concretize um abuso de direito”²⁸. Deve-se, assim, apreciar a confiança de acordo com o critério abstrato, sem prejuízo de, excepcionalmente, usar um critério concreto,

considerando as circunstâncias peculiares de cada caso na busca por soluções equitativas.

As questões da confiança e da boa-fé também foram apreciadas no campo do Direito Comercial, no REsp 256.456, da relatoria do Ministro Ruy Rosado, com votos dos Ministros Aldir Passarinho Júnior e Sálvio Teixeira dando provimento ao recurso para reequilibrar as prestações das partes, de acordo com a seguinte ementa:

COMPRA E VENDA. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado.

O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço.

Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do CComercial).

*Recurso conhecido e provido.*²⁹

O mencionado acórdão é importante por várias razões. É anterior à entrada em vigor do Código Civil de 2002 e extrai os princípios da boa-fé objetiva e da confiança das regras de Direito Civil e Comercial então vigentes, em particular do art. 1.125 do Código Civil de 1916, que proíbe que o preço seja fixado por uma das partes, e do art. 131 do Código Comercial, que determina que a conduta do comerciante obedeça sempre à boa-fé. Por outro lado, confirma decisão de primeira instância que se refere expressamente ao princípio da confiança, citando a doutrina portuguesa liderada pelo Professor Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro.

No caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo tinha entendido que o contrato era aleatório e que, conseqüentemente, cada uma das partes deveria arcar com os prejuízos decorrentes dos riscos por ela assumidos. No entanto, divergiu o acórdão do STJ, concluindo que, assim mesmo, era preciso manter o equilíbrio das prestações. É o que se verifica pelo trecho final do voto do relator:

No caso dos autos, a eg. Câmara entendeu que o contrato aleatório pode manter o desequilíbrio entre as partes: ‘o contrato firmado pelas partes não é de adesão, e sim normativo, não houve qualquer desequilíbrio econômico porque aleatório, não

²⁷ ROCHA, Antonio Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Dissertação de doutoramento. 2. tiragem. Lisboa: Almedina, 2001, p. 1.234.

²⁸ Op. cit., p. 1.248.

²⁹ Julgamento unânime da 4ª Turma de 22/03/2001.

houve qualquer afronta ao princípio da boa-fé dos produtores' (fl. 968).

Tenho, no entanto, que o contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranjas), ao lançar as despesas à conta de uma das partes, contém desequilíbrio não admitido na nossa legislação, pois deixou ao critério da compradora a fixação do preço e lançou os custos sobre o produtor, sem risco para o adquirente, o que viola a regra do art. 1125 do CCivil, invocada pelos recorrentes e não aplicada pela eg. Câmara. Além disso, a boa-fé objetiva impunha às partes a repartição dos prejuízos que decorreram da substancial modificação das condições do mercado, assim como observado na r. sentença. Reza o art. 131 do CComercial, que o contrato comercial deve ser interpretado conforme a boa-fé. O r. acórdão negou vigência a esse dispositivo ao consagrar a desigualdade expressa nos contratos de adesão.³⁰

A mesma tese do respeito à confiança depositada pelas partes foi adotada na jurisprudência que, finalmente, se sagrou vencedora no caso da cláusula de correção cambial nas operações de arrendamento mercantil. Considerou o STJ que cada um dos contratantes devia assumir parte do risco da desvalorização cambial, pois esta atingiu níveis que não foram por eles previstos. Trata-se de decisões que se fundamentaram no voto do Ministro Ari Pargendler, no REsp 472.594-SP, tendo sido acompanhado pelos Ministros Aldir Passarinho Junior, Castro Filho, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro³¹.

O referido voto reconhece que ambas as partes esperavam que fosse ocorrer uma menor valorização da moeda estrangeira, assumindo, pois, o respectivo risco. Tratava-se de desvalorização do Real, que era previsível, mas não foi prevista pelas partes, ensejando o desequilíbrio econômico do contrato. Foi o seguinte o entendimento que prevaleceu no STJ, conforme se verifica no voto proferido pelo Ministro Ari Pargendler:

As partes contavam com a estabilidade do real durante o prazo contratual. A longo prazo, sabia-se – a despeito da posição pública do Governo – que ela não subsistiria, porque comprometia nossa balança comercial. O papel governamental era esse mesmo, porque qualquer dúvida, a propósito, prejudicaria irremediavelmente a política econômica, toda

atrelada à chamada âncora – o vocábulo diz tudo – cambial.

A probabilidade de mudanças nesse âmbito, portanto, fazia parte do cenário, mas as partes quiseram, ambas, acreditar que teriam tempo de fazer um bom negócio. Cada qual, por isso, tem uma parcela de (ir)responsabilidade pela onerosidade que dele resultou, e nada mais razoável que a suportem. Tal é o regime legal, que protege o consumidor da onerosidade excessiva, sem prejuízo das bases do contrato. Se a onerosidade superveniente não pode ser afastada sem grave lesão à outra parte, impõe-se uma solução de equidade.

O acórdão recorrido, data vênica, errou ao aliviar o consumidor daquela parcela de onerosidade que poderia suportar, não excessiva, lesando gravemente o arrendador ao imputar-lhe integralmente os efeitos do fato superveniente.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de lhe dar parcial provimento para que as diferenças resultantes da desvalorização do real sejam suportadas concorrentemente pelas partes, à razão de metade – compensadas as custas e os honorários de advogado em razão da sucumbência recíproca.³² (os grifos são nossos)

Por sua vez, o Ministro Aldir Passarinho Junior teve o ensejo de salientar que:

[...] é fato que inicialmente vantajoso para o consumidor o atrelamento das prestações do contrato à variação da moeda norte-americana, porque estável durante a primeira fase do plano real, em que o reajuste, assim feito, era inferior à TR e ao IPC, essa situação alterou-se drasticamente a partir de janeiro de 1999, em face das turbulências externas, que vieram a afetar a economia brasileira, significativamente dependente de investimentos e aplicações estrangeiras.

Era elementar de se esperar que a estabilidade cambial, um tanto fictícia aliás, não fosse perdurar para sempre, de modo que não se pode exatamente afirmar que os consumidores foram literalmente surpreendidos com a alta do dólar. Ela sempre existiu, lamentavelmente a estabilidade é que constituía a exceção.

Mas, inegável negar que também não era esperado um salto tão imenso, com uma rápida e crescente desvalorização da moeda nacional frente a outras moedas fortes, a inviabilizar o adimplimento de prestações antes plenamente suportáveis.

Tais contratos firmados com os consumidores eram derivados de outros – isso é notório, inclusive por inerentes aos primeiros – assumidos pelas financeiras

³⁰ REsp 256.456.

³¹ Decisão por maioria da 2ª Seção de 12/02/2003, rel. Ministro Aldir Passarinho, *Revista de Direito Bancário*, n. 22, p. 180, out./dez. 2003.

³² Voto vencedor no REsp, *Revista de Direito Bancário*, n. 22, p. 185, out./dez. 2003.

*no exterior, daí igualmente vinculados à moeda alienígena.*³³

Com relação à jurisprudência em matéria de correção cambial nos arrendamentos mercantis, o Ministro Ari Pargendler teve o ensejo de esclarecer que a solução, por ele proposta e que acabou sendo vencedora no STJ, não se inspirava na fórmula salomônica. Significava, ao contrário, uma divisão dos riscos assumidos voluntariamente pelas partes, que justificava a bipartição dos eventuais prejuízos decorrentes da diferença entre a variação cambial e a correção monetária, tanto mais que o arrendatário obtivera juros menores do que os que lhe seriam cobrados se o financiamento fosse em reais. Tendo a vantagem em relação aos juros, era justo que arcasse com a correção cambial, mas se esta viesse a se tornar excessivamente onerosa — como era o caso — caberia, no seu entender, ao Poder Judiciário encontrar uma solução equitativa.

D) A boa-fé no Direito Administrativo

Mais recentemente, o princípio da confiança tem sido invocado também para fundamentar a preservação dos contratos administrativos, em particular dos contratos de concessão. As cortes superiores brasileiras têm rechaçado a modificação, *a posteriori*, dos contratos de concessão unilateralmente por parte da Administração ou, até mesmo, por via de ações judiciais intentadas, por exemplo, pelo Ministério Público, associações e por entes políticos, questionando elementos fundamentais ao contrato de concessão.

Os tribunais superiores têm entendido que, alterando posteriormente o contrato de concessão, o Estado brasileiro lesa a confiança do investidor que participou do processo de licitação, celebrou contratos e empregou seus recursos no País. Nesse sentido, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão, de extrema relevância sobre o assunto, amplamente divulgada pela imprensa, mantendo o índice de reajuste das tarifas de telefonia contratualmente previsto, por entender que os

contratos de concessão devem ser respeitados para o bem do País.³⁴

Além disso, o mesmo tribunal tem reconhecido que a quebra do equilíbrio dos contratos de concessão de rodovias, com a suspensão judicial do direito à cobrança ou ao reajuste de pedágio, despreza os vultosos investimentos feitos pela concessionária, causando perplexidade nos investidores, o que acaba prejudicando o usuário que se buscou proteger e lesando a ordem pública administrativa³⁵.

O Superior Tribunal também entendeu que os acordos de acionistas já firmados pelo Poder Público não podem, por mudança na orientação política de Governo, simplesmente ser suspensos. Confira-se, nesse sentido, voto da lavra da ilustre Min. Eliana Calmon, que apreciou um pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso ordinário em mandado de segurança, interposto contra ato do Governo do Paraná, que anulou acordo de acionistas firmado a propósito da privatização de companhia de saneamento do estado:

Entendo que os pactos e contratos firmados entre os órgãos públicos e os particulares, principalmente aqueles que envolvem altos investimentos e se dirigem à execução de serviços básicos, não podem ficar ao sabor de injunções políticas e ideológicas. Os contratos e acordos são firmados para a garantia de ambas as partes, não podendo o poder público, senão por razões emergenciais, romper unilateralmente as avenças.

Na hipótese dos autos o Estado, sem alegar emergência alguma, alterou unilateralmente por decreto, um acordo celebrado no governo antecedente, alegando ser ele ilegal e contrário aos interesses do Estado. [...]

A incerteza quanto à finalização da lide pendente aconselha que não se coloque em perigo o destino da empresa, com alterações irreversíveis no capital social da SANEPAR.

Assim sendo, por cautela e em nome da segurança jurídica, concedo a liminar nesta cautelar inominada, prestigiando o contrato [...]»³⁶.

Deve-se destacar, para concluir, a decisão do então presidente do Superior Tribunal de Justiça Ministro Edson Vidigal, ao apreciar o pedido de

³³ Voto vencedor no REsp, *Revista de Direito Bancário*, n. 22, p. 185, out./dez. 2003.

³⁴ STJ, AgRg na Suspensão de Liminar n. 57-DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. 1º/07/2004.

³⁵ STJ, AgRg na SS 76, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 20/09/04.

³⁶ MC 8.527-PR, J. 02/07/2004.

suspensão de segurança 1.404. No caso, debatia-se a aplicabilidade da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e de um decreto administrativo que, instituindo vagas destinadas a idosos em transporte interestadual sem indicação da fonte de custeio e de seus critérios, faziam com que as empresas de transporte ficassem sujeitas a arcar com os custos do benefício concedido pela lei. Pontuou a respeito da matéria tratada nesse trabalho o ilustre ministro, não sem alguma dose de humor:

Dinheiro não dá em árvores. Por mais verdes que sejam, as folhas não se transmudam em Dólares. Nem nos Reais da nossa atual unidade monetária, que exhibe uma mulher cega, ar desolado de quem ganhou e logo perdeu a última olimpíada.

[...]

Ora, as leis terão que obedecer sempre à ordem constitucional, à lógica do Estado de Direito Democrático, o qual se funda em valores e em princípios, segundo a ideia de que a democracia há de buscar sempre o melhor para todos.

Assim, não pode haver, por exemplo, uma lei suprimindo o direito de propriedade. Nem uma lei em confronto, por exemplo, com o ato jurídico perfeito. Ou seja, com o que foi legalmente contratado.

Os transportes coletivos, rodoviários, ferroviários, aquaviários, marítimos, aéreos, se realizam por ações de empresas mediante contrato de concessão ou permissão do poder público. Essas concessões ou permissões têm prazo de validade, podendo ser canceladas, suspensas, renovadas ou não, tudo conforme os parâmetros de exigências reciprocamente pactuadas.

Ato jurídico perfeito aí é o contrato celebrado e em vigor entre as empresas de transportes e o poder público. Significa dizer que nem a lei pode alterar o que foi, antes, previamente contratado. O que se há de fazer, sim, será um aditivo ao contrato, uma maneira legal de se estabelecer, mediante nova negociação, a forma de ressarcimento às empresas das despesas decorrentes do transporte gratuito assegurado pela Lei.

Imaginar o contrário, afirmar a possibilidade de que toda Lei pode vir em cima da iniciativa privada impondo uma ordem desse tipo, sem a correspondente contraprestação pecuniária, é desafiar o contrato, é ofender diretamente o mandamento maior da Constituição.

[...]

Assim, o contrato de autorização, concessão ou permissão de uma linha de ônibus, por exemplo, há que prever – e isso está previsto desde a promulgação da Carta de 1988 – as formas de ressarcimento pelo Estado das despesas da empresa para o cumprimento dessa ordem constitucional.

Nossas relações econômicas se regem pelas regras do sistema capitalista, da economia de mercado, não sendo lícito ao Estado, em nome de uma obrigação que é sua, confiscar vagas em ônibus ou qualquer outro meio de transporte, sem a correspondente contrapartida indenizatória.³⁷

Extraí-se, em suma, das decisões acima comentadas que a confiança do particular no fiel cumprimento do contrato é considerada um princípio geral que deve ser estritamente observado pelo Poder Público.

Decisões como estas são importantes para garantir a preservação de institutos já consagrados do Direito Administrativo, como o das concessões, bem como o sucesso de novos, como o das parcerias público-privadas (PPP). A condição básica dessa parceria é a confiança que deve existir entre os parceiros, exigindo-se lealdade e respeito mútuo aos contratos e aos modelos inicialmente concebidos.

Com efeito, nas parcerias público-privadas, o Estado despe-se, em certo sentido, das suas prerrogativas para atuar em igualdade de condições com o seu parceiro. Essa boa-fé de ambas as partes, que é o segredo para o sucesso das PPP, foi caracterizada, com muita felicidade, como sendo uma verdadeira “cumplicidade”, no bom sentido da palavra. Salientou-se, assim, o caráter construtivo do novo instrumento jurídico, que é a parceria na qual os contratantes não têm interesses contraditórios, mas cooperam para alcançar o mesmo fim, sem sacrifício dos seus direitos e garantias, que foram objeto do edital e do contrato.

Efetivamente, nos últimos vinte anos, o País conseguiu restaurar o regime democrático, abrir os seus mercados, restabelecer a credibilidade internacional, alcançar a estabilidade monetária, aprovar um novo Código Civil e a lei de responsabilidade fiscal e iniciar um grande movimento de reformas necessárias em virtude da globalização.

Mas, para que mantenha o interesse do investidor de continuar a colocar os seus recursos e os de terceiros na infraestrutura, é fundamental que o Judiciário, na esteira dos pronunciamentos dos Tribunais Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, garanta a efetividade dos contratos e demais acordos a que se vinculou o Poder Público, mantendo e fazendo crescer a confiança nas

³⁷ STJ, SS 1.404/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. 10/09/2004.

instituições. Como bem assentou o Min. Edson Vidigal, na decisão monocrática acima já referida:

Um País com tantos problemas como os da sonegação fiscal, da corrupção com o dinheiro público, o das evasões inconfessáveis de bilhões de dólares para os escaninhos ilícitos dos paraísos fiscais; um País precisado de tantos investimentos externos indispensáveis ao enfrentamento do desemprego e precisado de desenvolvimento econômico, não pode cochilar especialmente nesse tema de respeito aos contratos.

Também o Supremo Tribunal Federal se tem referido à boa-fé objetiva e à proteção da confiança justificada tanto nos casos de aparência da legitimidade do ato como também para justificar a eventual responsabilidade do Poder Público por atos lícitos por ele praticados que causam prejuízo injustificado. Foi o que decidiu o STF no caso da Varig³⁸, da Transbrasil e outros.

Como bem salienta André Haurion³⁹, estamos diante de um novo Direito Administrativo que é mais de consumo do que de comando do Estado,

numa sociedade baseada na confiança, que é simultaneamente um valor moral e um valor jurídico.

E) Conclusões

Verificamos, assim, como é relevante a construção jurídica que se fez em torno do conceito de confiança, que foi alçado ao nível de valor jurídico, consagrado pela jurisprudência como meio de assegurar o respeito aos contratos, à vontade das partes, e também à boa-fé e ao equilíbrio contratual, conciliando, portanto, a função social e econômica dos negócios jurídicos.

Podemos, pois, concluir que, com a adoção do princípio da confiança, estamos ingressando, nas palavras do Ministro Sálvio de Figueiredo:

[...] em uma nova etapa do Direito Privado brasileiro, com novas regras e a correção de conceitos e princípios e a esperança de dias melhores, nos quais tenham maior proteção os direitos do cidadão e da pessoa humana.

Nessa moldura, na qual florescerá certamente uma nova e fecunda literatura jurídica, ao lado de teses e estudos de toda ordem, renasce a própria crença no Direito como instrumento de aperfeiçoamento da convivência social.⁴⁰

³⁸ RE 571.969/DF.

³⁹ HAURIOU, André. Le droit administratif de l'aléatoire. In: *Mélanges offerts à Louis Trotabas*. Paris : LGDJ, 1970, p. 224.

⁴⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O novo Código Civil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 72.