

## ASPECTOS FULCRAIS DA BOA FÉ CONTRATUAL

*Mário Júlio de Almeida Costa*

I. Sempre tenho perfilhado o ponto de vista da que a contribuição ideológica e política mais original – e, porventura, a mais fecunda –, que se encontra na base da construção do Estado moderno do século XIX é o princípio da separação ou divisão de poderes, designadamente do poder legislativo e do poder judicial. Centralizados, até então, no monarca, ainda que numa perspectiva mais teórica do que prática, deslocou-se, cada um deles, em cheio, para o parlamento e para os tribunais.

Daí que, numa primeira atitude, tributária de manifesto fundamentalismo, surgissem dogmas precisos: o direito identifica-se com a lei; esta materializa ou positiva o direito ideal de inspiração racionalista; a ordem jurídica constitui um todo acabado; a sua plenitude atinge o momento definitivo num conjunto de Códigos modernos, sistemáticos, completos – a razão escrita encontrada pelo poder legislativo onipotente.

A identificação da juridicidade com a legalidade conduziu à negação da importância do costume como fonte de direito, inclusive, a título supletivo, a favor da analogia. Do mesmo modo, implicou a subalternização do papel da jurisprudência e da doutrina. A criação do direito torna-se, portanto, um ato típico do Estado, em prejuízo das vias popular e científica.

Expressão exata, no plano metodológico, do positivismo jurídico é, como se sabe, a Escola a Exegese, de raiz francesa, que surge ligada ao movimento codificador – em especial ao Código Civil francês, pois os seus adeptos contam-se, sobretudo, entre os cultores desse ramo do direito. Eis a corrente que dominou – posto que não em exclusivo – a maioria dos países da Europa continental, praticamente, por todo o século XIX. Seria desajustado ao tema aqui proposto efetuar uma análise ou tão-só uma enunciação das várias posições concomitantes e sucessivas que conduziram às perspectivas do pensamento jurídico de nossos dias.

Na verdade, o direito e a realização da justiça foram orientados, ao longo do século XX, quando menos durante as primeiras décadas, pelos cânones do positivismo científico e legalista, com os seus ideais de um sistema fechado de normas jurídicas, sucintas e lapidares, e de Códigos dotados de soluções para todos os casos. Prevaleciam os objetivos da certeza e da segurança da vida jurídica e a conseqüente postulação de normas de *direito estrito* (*ius strictum*), assentando em métodos axiomático-dedutivos.

Entretanto, a aceleração do processo tecnológico, de que as sucessivas Revoluções Industriais, um pouco artificialmente autonomizadas, constituem os momentos mais salientes, as crises econômicas e financeiras dos últimos decênios, o moderno fenômeno da globalização, tudo aliado a mudanças inevitáveis nas esferas dos valores e da cultura, trouxeram maior complexidade de situações e a exigência de diverso enfoque do direito e da sua aplicação. Às mencionadas determinantes de certeza e de segurança, satisfeitas por legalismo cristalizado, sobrepõem-se interesses que reclamam soluções mais flexíveis, numa intenção jurídica material e ajustada às realidades. É o tempo do chamado *direito equitativo* (*ius acquum*), com o predomínio dos métodos tópicos-jurisprudenciais.

Seguem-se uma nova atitude e uma nova utensilagem legislativas, onde se conta o emprego crescente de *cláusulas gerais* (*Generalklauseln*) e de *conceitos indeterminados* (*unbestimmte Rechtsbegriffe*). Recordemos que se entendem, por estes últimos, as noções de tipo descritivo, cujos contornos de objetivação da realidade a que se referem são definidos em termos genéricos e não exatos ou precisos (ex.: a base do negócio – art. 252, nº 2; conforme o estado e condição – art. 489, nº 2; demais circunstâncias do caso – art. 494)<sup>1</sup>.

2. A nossa atenção centra-se, todavia, no primeiro dos dois referidos âmbitos, dado que nos ocupamos da boa fé. Importa focá-la, antes de tudo, no plano dos *princípios normativos*, ou seja, como intenção ou fundamento de efetivas soluções disciplinadoras. Aí se encontra a sua autêntica sede. Encarando a boa fé numa perspectiva jurídico-positiva, ela exprime-se através de *cláusulas gerais*. Estas, em si mesmas, nada acrescentam ao conteúdo do correspondente princípio normativo, traduzindo tão-só o apelo direto que o legislador faz àquele princípio na regulamentação de certos domínios. Pela respectiva estrutura, as cláusulas gerais apenas representam a expressão gramatical dos paralelos princípios normativos, não fornecendo ao julgador conceitos aptos à imediata subsunção lógico-formal, mas simples critérios valorativos.

Assim, o acolhimento, por uma norma jurídica, de um modelo ideal de conduta, de um “standard” ou padrão ético-jurídico, mercê da sua indeterminação deliberada, levanta o problema de uma contínua *concreção*, *concretização* ou, como também se menciona, de um *preenchimento com valorações*. Nessa tarefa concretizadora ou de preenchimento do “espaço vazio” da cláusula, não se podem desconhecer ou es-

---

<sup>1</sup> Aproveita-se esta primeira referência do Código Civil português vigente para indicar que a ele se reportam os preceitos legais doravante citados sem menção expressa da sua proveniência.

quecer o conteúdo do princípio da boa fé objetivado pela vivência social, a finalidade intentada com a sua consagração e utilização, bem como a estrutura da hipótese em causa.

Fornecerão mais ou menos luz as anteriores concretizações da cláusula. De toda a sorte, há que encontrar dentro dos aludidos parâmetros uma normatividade exterior ao juiz, embora não rigorosamente fechada ou vinculativa, que afaste a insegurança jurídica e o arbítrio decorrentes de inconfinado subjetivismo jurisprudencial.

3. Um juiz inglês, *Lord Reid*, observou, numa conhecida decisão (*Gollins v. Gollins*), que “a vida se tornaria impossível, dadas às circunstâncias modernas, se na auto-estrada e na praça pública não tivéssemos a expectativa de que o nosso próximo se comporta como um homem razoável”<sup>2</sup>. Sublinho que a boa fé constitui naturalmente um atributo do homem razoável que esperamos.

O nosso ordenamento jurídico socorre-se da boa fé sob diferentes ângulos e atribui-lhe efeitos diversos. Dispensome de chamar a atenção para as inúmeras normas do direito das obrigações que lhe fazem apelo.

Também não insistirei nas duas concebidas significações ou perspetivação em que, de acordo com o critério comum, se traduz a expressão: a da boa fé em *sentido objetivo* ou *ético*, quer dizer, como norma de conduta; e a da boa fé em *sentido subjetivo* ou *psicológico*, quer dizer, como consciência ou convicção justificada de se adaptar um comportamento conforme ao direito. Distingue-se, pois, entre o princípio da boa fé e o estado ou situação de boa fé. Verdadeiramente, trata-se de uma diferença de ângulos de encarar ou exprimir a mesma realidade.

---

<sup>2</sup>“Life would be impossible in modern conditions unless on the highway and in the market placê we were entitled to rely on the other Man behaving like a reasonable Man” (P. S. ATIYAH. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford, 1979 – 2ª impressão, n.º 22, 1988, p. 771).

4. Feitas estas considerações introdutórias, passo diretamente ao tema central da minha exposição: a intervenção da boa fé em aspectos fulcrais dos contratos.

O Código Civil português logo fixa um tríptico normativo dirigido às fases vitais do negócio jurídico e da relação obrigacional – a formação dos contratos (art. 227), a integração das declarações negociais (art. 239) e a conduta das partes no cumprimento (art. 762, nº 2). Outras aflorações da chamada boa fé objetiva merecem ser recordadas, como as relativas ao valor jurídico dos usos (art. 3º, nº 1), ao comportamento na pendência da condição (art. 272 e 275, nº 2), ao abuso do direito (art. 334) e à resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (art. 437, nº 1). Observa-se, ainda, que deriva da boa fé (art. 239 e 762, nº 2) o reconhecimento da *responsabilidade pós-contratual*, ou seja, de uma possível eficácia póstuma ou ulterior dos contratos para além do exercício dos direitos básicos que os integram e do cumprimento das obrigações correlativas.

Excederia a cômgrua medida do tempo que devo tomar a quantos me acompanham, na circunstância, se abordasse, embora sucintamente, todos os temas que enumerei ou mesmo apenas os mais relevantes. Escolhi dois, como que simétricos, pois um deles reporta-se ao ciclo que precede o nascimento do contrato – o da *responsabilidade pré-contratual* – e o outro ao ciclo subsequente à sua morte – o da *responsabilidade pós-contratual*. Selecionei-los mercê do interesse e da atualidade que oferecem.

#### 5. Começo pela *responsabilidade pré-contratual*.

É da experiência comum que múltiplos contratos se formam rapidamente, pelo mero encontro de uma oferta e de uma aceitação, sem que existam, ou não existindo quase, anteriores aproximações dos contraentes ou negociações prévias. Este modelo corresponde a situações da vida de todos os dias: *A* entra numa livraria e adquire um livro; *B* instala-se num hotel ou toma uma refeição num restaurante; *C* dirige-se

a um estabelecimento da especialidade e adquire uma peça de vestuário.

Contudo, também decorre da experiência quotidiana a realização de muitos outros contratos que não obedecem a esquema tão simples e imediato. Vejamos: *A* deseja comprar uma moradia e, com essa intenção, procede a investigações sobre as particularidades do imóvel sugerido pelo vendedor, discute com ele algumas adaptações, assim como o preço e os termos do pagamento; *B* pretende constituir uma sociedade destinada à fabricação de certo produto, para o que, além da vontade dos futuros sócios, se torna necessário realizar ensaios, análises, pesquisas, prospecções do mercado etc.; *C*, empresário, querendo obter a colaboração de *D*, técnico especializado, não só ajusta com este as cláusulas contratuais, mas igualmente o convida a estagiar na sua fábrica e o submete a prévios testes e en-trevistas. Pense-se, ainda, por exemplo, na celebração cuidadosa que reclamam os chamados contratos de “chave na mão” (“clé en main”, “turnkey contract”) relativos a empreendimentos de vulto, os negócios respeitantes à aquisição de grandes lotes de ações e os contratos detransferência de tecnologia, que, amiúde, assumem âmbito internacional.

No meio industrializado contemporâneo, onde sectores significativos da atividade empresarial se ligam a consideráveis operações financeiras, são, de fato, cada vez mais frequentes os negócios em que os respectivos preliminares se alongam e pormenorizam. O fenómeno explica-se pela importância e a complexidade crescentes dos bens e serviços que constituem objeto do comércio jurídico e dos mecanismos através dos quais este se realiza. Acresce que o desenvolvimento das técnicas de gestão comercial ou mercadologia (“marketing”), assim como dos meios de comunicação, ao mesmo tempo em que produziu a ampliação do âmbito dos contratantes potenciais, tornou necessária uma progressão

mais ou menos demorada das negociações anteriores ao acordo definitivo.

Daí, a freqüência sempre maior de contratos precedidos de um processo genético, que se inicia aos primeiros contactos das partes com a finalidade da realização de um negócio e se prolonga até ao momento da sua efetiva celebração. Nele cabem vários e sucessivos trâmites, tais como entrevistas e outras formas de diálogo, estudos individuais ou em conjunto, experiências, consultas de técnicos, viagens de esclarecimento pessoal, redução a escrito de aspectos parcelares ou acordos provisórios e a unificação destes num projeto ou minuta, incitamentos recíprocos a propostas contratuais e, por último, a oferta e a aceitação definitivas. Tudo se dirige à obtenção da convergência da vontade das partes nas cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha considerado necessário o acordo, sem o que o contrato não fica concluído (art. 232).

Porém – ou o “*iter negotii*” se limite ao mínimo, ou se encadeie numa série morosa e laboriosa de atos preparatórios –, estabelece a lei que todo aquele que “negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte” (art. 227, nº 1). Portanto, o nosso legislador sanciona, em termos gerais, a *responsabilidade por culpa na formação dos contratos* (“culpa in contrahendo”). A esta expressão clássica, ainda utilizada pelo Código Civil vigente, é comum a literatura jurídica moderna preferir a designação de *responsabilidade pré-contratual* ou *pré-negocial*.

Entende-se que, durante as fases anteriores à celebração do contrato – quer dizer, na *fase negociatória* e na *fase decisória*, que a própria lei distingue –, o comportamento dos contraentes terá de pautar-se pelos cânones da lealdade e da probidade. De modo mais concreto: aponta-se aos negociadores certos deveres recíprocos, como, por exemplo, o de comunicar à outra parte a causa de invalidade do negócio, o de

não adaptar uma posição de reticência perante o erro em que esta lavre, o de evitar a divergência entre a vontade e a declaração, o de se abster de propostas de contratos nulos por impossibilidade do objeto, e, ao lado de tais deveres, ainda, em determinados casos, o de contratar ou prosseguir as negociações iniciadas com vista à celebração de um ato jurídico.

Através da responsabilidade pré-contratual tutela-se diretamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração. Convirá salientar, todavia, que o alicerce teleológico desta disciplina ultrapassa a mera consideração dos interesses particulares em causa. Avulta, com especial evidência, a preocupação de defesa dos valores sociais da segurança e da facilidade do comércio jurídico. Não é inédito aduzirem-se postulados da análise econômica do direito.

O estudo da responsabilidade pré-contratual iniciou-se, na construção de Ihering<sup>3</sup>, pela consideração da boa fé dos contraentes a respeito da celebração de um negócio nulo ou anulável. Mas esse âmbito restrito com que o problema surgiu não obistou a que fosse recebido como uma sensacional “descoberta jurídica”<sup>4</sup>, que chamou a atenção para uma série de questões a bem dizer ignoradas. Na seqüência da doutrina e da jurisprudência, vários legisladores, impressionados pelo alcance prático do tema, introduziram em seus ordenamentos algumas normas que sancionaram a “culpa in contrahendo”, sobretudo, com a imposição da obrigação de ressarcimento

---

<sup>3</sup>R. VON IHERING. *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. IV. Iena, 1869, pp. 11 e seg.

<sup>4</sup>DÖLLE. *Juristische Entdenkungen*, in *Deutscher Juristentag*, nº 42. Tübingen, 1958, pp. 2 e seg., designadamente p. 7.



do dano produzido, a cargo da parte que culposamente causasse a invalidade do negócio.

Entretanto, os horizontes da responsabilidade pré-negocial alargaram-se cada vez mais, até englobaram no seu conceito, quer as hipóteses do negócio inválido e ineficaz, quer aquelas em que se haja estipulado um negócio válido e eficaz, surgindo, contudo, do processo formativo danos a reparar, quer, ainda, as situações em que não se tenha celebrado negócio algum, mercê da ruptura da fase negociatória ou decisória.

São memoráveis, a este respeito, os esforços e as conclusões dominantes da doutrina e da jurisprudência alemãs, diante das exigências do tráfico jurídico, para sustentar a admissão da “culpa in contrahendo”, como a figura geral e em termos amplos, no sistema do *BGB*. Todavia, só codificações mais recentes<sup>5</sup> quebraram a rigidez da orientação restritiva dos modelos legislativos anteriores e utilizaram expressões onde se pode considerar totalmente admitida a defesa da boa fé dos contraentes durante as fases antinegociais. Na referida linha se inclui o art. 227, nº 1, do nosso Código Civil.

Este preceito utiliza a noção de boa fé em sentido objetivo, portanto, como regra de conduta. Interessa aprofundar o seu alcance, além do que se observou antes. É que não se aponta aos contraentes uma simples atitude de correção, traduzida em obrigações de escopo negativo – embora o con-

---

<sup>5</sup>Os art. 197 e 198 do Código Civil grego, e os art. 1337 e 1338 do Código Civil italiano, assim como os art. 421 e 422 do *Projeto de Código Civil Brasileiro* (redação final do Projeto de Lei nº 634-B, de 1975, in *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, ano XXXIX – Suplemento ao nº 047, de 17-05-1984). O novo Código Civil Holandês (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*, abreviadamente *NBW*), já da década de 90, pelo contrário, não contém uma previsão expressa da responsabilidade pré-contratual como fonte de responsabilidade civil, preferindo-se deixar a matéria aberta à evolução da jurisprudência, com apelo à boa fé e aos consequentes deveres de informação e correção que antecedem a conclusão do acordo (ver ELENA IORIATTI. *Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi fra soluzioni originali e circolazione dei modelli*, in *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXIX. Padova, 1992, nº 1, pp. 117 e seg., designadamente pp. 141 e seg.).

teúdo destas possa consistir num “non facere” ou num “face-re” –, quer dizer, dirigidas apenas a impedir toda a lesão na esfera jurídica de outrem; determina-se, igualmente, uma colaboração ativa, no sentido da satisfação das expectativas alheias, que exige o conhecimento real da situação que constitui objeto das negociações. Atende-se, em síntese, aos dois aspectos, o negativo e o positivo, que se costumam distinguir no âmbito da boa fé objetiva.

Claro que não é a propósito dos atos preparatórios de um negócio jurídico que revistam eles mesmos, em si, natureza negocial que se põe o caracterizado problema da responsabilidade na formação dos contratos. Esses chamados “negócios preliminares”, como o contrato-promessa, o acordo de princípio ou de negociação e o acordo-quadro, possuem uma força vinculativa específica.

6. Antes de concluir a minha exposição sobre a responsabilidade pré-contratual, abordarei um aspecto que tem certa delicadeza. Consiste no problema de relacionar essa lealdade imposta pela boa fé com a simples solécia ou astúcia, que define o *dolo tolerado* (“*dolus bônus*”), admitido pela lei enquanto circunscrito a artifícios ou sugestões usuais ou normais, conforme os conceitos imperantes no setor negocial em causa. Com efeito, estabelece o nº 2 do art. 253 do Código Civil que “não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes do comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções”.

Ora, haverá obrigação de esclarecer o erro, sempre que se tenha conhecimento, salvando-se, assim, a contradição que se verifica, pelo menos à primeira vista, entre o disposto neste preceito e o que determina o art. 227, nº 1, em matéria de responsabilidade pré-contratual?

Numa compreensão moralizante do direito, pode entender-se que existe, como regra, o dever de esclarecimento e

não apenas quando ele se infira de norma especial da lei, de cláusula negocial ou das concepções fáticas dominantes no comércio jurídico. Sentindo-se dificuldade na derivação do aludido dever geral destas últimas concepções, restam dois caminhos: ou considerar que a lei faz referência a concepções dominantes no comércio jurídico, com o sentido de prática ideal corrente dos negócios; ou admitir que o mencionado dever de esclarecimento resulta da boa fé imposta pelo nº 1 do art. 227.

Será a solução irrealista? Contra a interpretação da segunda parte do nº 2 do art. 253, à luz do nº 1 do art. 227, torna-se possível aduzir, evidentemente, que a mesma acentua demasiado o ângulo eticizante do direito, que vai além da normal e satisfatória visão da ordem jurídica.

Reformulemos a dúvida através de um exemplo: A dirige-se ao estabelecimento de *B* para comprar o objeto *X* e declara a *B* que acha o respectivo preço muito exagerado, acrescentando que apenas lho adquire porque necessita dele urgentemente e sabe que não o encontra noutra loja da localidade a preço inferior; contudo, *B* tem notícia de que um colega do mesmo ramo de negócio, *C*, com porta aberta em rua próxima, vende o objeto *X* mais barato, dado que o recebeu numa antiga remessa do fabricante. É legítimo o silêncio de *B*, em face do nº 2 do art. 253 (“*dolus bônus*”)?

A resposta relaciona-se com a atitude que se adote na questão acima mencionada do grau de compreensão ética da ordem jurídica. Afigura-se ser esta a linha da solução do problema.

Numa pura perspectiva formal, os dois preceitos conjugam-se do modo seguinte: a esfera de ação do nº 1 do art. 227 começa onde termina a do nº 2 do art. 253, isto é, a responsabilidade pré-contratual apóia-se em fatos que não se qualificam como dolo tolerado. Só que importa reconhecer manifestamente insatisfatória uma ponderação tão redutora.

7. Passo ao segundo tema anunciado. Concerne à *responsabilidade pós--contratual* (“culpa post pactum finitum”) ou *eficácia posterior das obrigações*, instituto cuja designação decorre precisamente da circunstância de se apoiar num contrato celebrado e executado quanto às prestações principais. Salientei que se posiciona em paralelismo ou simetria à analisada *responsabilidade pré-contratual*: uma relaciona-se com fatos anteriores ou nascimento do contrato e a outra resulta de causas posteriores à sua extinção.

Assumem evidente predominância na vida dos contratos as prestações principais. Elas definem mesmo o tipo contratual. Mas a completa satisfação dos interesses das partes pode envolver que esses deveres principais de prestação sejam acompanhados por deveres secundários e por deveres laterais. Todos estruturam a relação obrigacional complexa.

Eis o contexto em que se admite uma eficácia do contrato posterior ao exercício dos direitos básicos que o integram e ao cumprimento das correspondentes obrigações. Esta eficácia póstuma ou ulterior (“*Nachwirkung*”) alicerça a figura da responsabilidade pós-contratual, que se traduz na possibilidade de surgir um dever de indenização derivado da conduta de uma das partes depois da referida extinção do contrato.

Entende-se, na verdade, que, não obstante se encontrarem cumpridas as obrigações de prestação contratuais, se impõe aos contraentes o dever de se absterem de comportamentos susceptíveis de colocar em perigo ou prejudicar o fim do contrato. O instituto oferece diversas vertentes ou concretizações.

Figuremos um exemplo: *A*, vendedor de vestuário, encarrega *B*, que trabalha autonomamente, de fazer um modelo de casaco de senhora, de acordo com o desenho que lhe proporciona, e confeccionar em seguida determinado número de casacos conforme esse modelo; *B* cumpre o contrato a inteiro contento de *A*, elaborando o modelo e entregando-lhe a parti-

da de casacos encomendada; depois disso, porém, ainda na mesma estação, *B* faculta a *C*, concorrente de *A*, o modelo preparado segundo o desenho deste último, ou, inclusive, fabrica para *C* uma série de casacos absolutamente idênticos aos que forneceu a *A*. Entende-se que atitudes como a de *B* contrariam a regra da boa fé e ocasionam responsabilidade pós-contratual.

Aliás, não raro, deparar-se-á com a violação de deveres surgidos em consequência da própria extinção do contrato. Pense-se, por hipótese, na obrigação de o proprietário manter afixada no prédio, durante certo tempo, a indicação da nova morada do inquilino, depois de haver cessado o contrato de arrendamento.

Em face do direito português, pode encontrar-se algum fundamento para a responsabilidade pós-contratual no art. 239 do Código Civil, relativo à integração dos negócios jurídicos. Mas, independentemente deste preceito, o princípio da boa fé fornece um amplo suporte ao instituto, “máxime” através do art. 762, nº 2, que se reporta à conduta do devedor no cumprimento da obrigação e ao exercício do direito correspondente pelo credor.

8. Chego ao termo das minhas reflexões. Gostaria de ter conseguido sensibilizar, para os problemas versados, os que se dispuseram a segui-las. Tal não envolve, necessariamente, uma aspiração à sua concordância.