

ÍNDICE

EDITORIAL

Tribunais Arbitrais de Conflitos de Consumo — inutilidade a expurgar ou algo de real valia a potenciar?

MÁRIO FROTA

7

DOCTRINA

Por um código de processo colectivo em Portugal

MÁRIO FROTA

13

A proposta de directiva “direitos dos consumidores” — o caso particular das cláusulas abusivas

JORGE PEGADO LIZ

59

Estudos sobre a Directiva 2008/122/CE (protecção do consumidor relativamente a determinados aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca)

RAFAEL A. M. PAIVA

113

O princípio da boa-fé no direito do consumidor: uma breve abordagem comparatista entre Brasil e Argentina.

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

133

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

Aspectos da responsabilidade civil no âmbito da internet

NEWTON DE LUCCA

151

Conciliando o direito dos resíduos e o direito do consumidor: um olhar crítico sobre o mecanismo de logística reversa brasileiro

MANUELA PRADO LEITÃO

189

DIOGO CARDOSO GUANABARA

FICHA TÉCNICA

Director	Mário FROTA
Coordenador Científico	Ângela FROTA
Colaboradores	J. PEGADO LIZ, Rafael A.M. PAIVA, Rosalice PINHEIRO, Frederico GLITZ, Manuela LEITÃO, Diogo GUANABARA, Newton DE LUCCA, Ângela MSP FROTA Cristina FREITAS, Teresa MADEIRA, Sofia PITA e COSTA
Secretariado	Sara VIDEIRA
Capa	João BOGALHO
Execução Gráfica	Ana SANTOS
Encadernação	Francisco OLIVEIRA

Periodicidade Trimestral

Tiragem 1 000

Depósito legal 119139/97

ISSN 0873-9773

N.º **60** Dezembro de 2009

Associação Portuguesa de Direito do Consumo

Apartado 4082
Villa Cortez, Rua Vilaça da Fonseca, 5
3030-321 Coimbra
NIF 503 381 039

Telef: 239 404733;
Telecópia: 239 404738
E-mail: apdc.cedc@mail.telepac.pt
www.apdconsumo.pt | www.netconsumo.com

Referências

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO DO CONSUMO. *Proposta do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Junho de 2007*, em Revista Portuguesa de Direito do Consumo n. 50, (Associação Portuguesa de direito do Consumo/Coimbra, 2007)

CALVÃO DA SILVA, João. *Venda de Bens de Consumo, Comentário*³, (Almedina/Coimbra, 2006)

CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA, *Parecer P000751996*, Rel. Cabral Barreto, homologado em 29.12.1997 (disponível em www.dgsi.pt)

CRESCENZO MARINO, Francisco Paulo de. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*, (Saraiva/São Paulo, 2009)

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *A Via Electrónica da Negociação (Alguns Aspectos)*, em Estudos de Direito do Consumidor n. 8, António Pinto Monteiro (Dir.), (Centro de Direito do Consumo/Coimbra, 2006/2007)

GALVÃO TELLES, Inocência. *Manual dos Contratos em Geral*⁴, (Coimbra Editora/Coimbra, 2002)

GOZALO LÓPEZ, Vicente. *La Protección Jurídica de los Consumidores en Europa: El Libro Verde de 2007 para la Revisión del Derecho de Consumo*, em El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores – Actas del Primero Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, (Santander, 24 a 26 de Abril de 2007), Jorge Tomillo Urbina (Dir.), (Aranzadi/Navarra, 2008)

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das Obrigações, vol. III, Contratos em Especial*⁵, (Almedina/Coimbra, 2006)

MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, (Coimbra Editora/Coimbra, 2002)

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Direito dos Contratos – Estudos*, (Coimbra Editora/Coimbra, 2007)

RPDC, Dezembro de 2009, n.º 60

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA BREVE ABORDAGEM COMPARATISTA ENTRE BRASIL E ARGENTINA.

RESUMO

A boa-fé objetiva é essencial na compreensão da nova teoria contratual. Inicialmente apropriada pelo viés subjetivo, pauta-se, atualmente, no que concerne ao direito obrigacional, pela

Rosalice Fidalgo PINHEIRO¹

*Professora das Faculdades do Brasil
(UNIBRASIL)*

*Professora das Faculdades Integradas Curitiba
(FIC)*

Frederico Eduardo Zenedin GLITZ²

*Advogado
Professor das Faculdades do Brasil
(UNIBRASIL)*

¹ Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais (UFPR). Professora de Direito Civil das Faculdades do Brasil (UNIBRASIL) e das Faculdades Integradas Curitiba (FIC). Professora pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da Unibrasil – NUPECONST. Membro do “Virada de Copérnico” grupo interinstitucional de pesquisa e estudo do Direito Civil.

² Advogado. Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais (UFPR); Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEJ); Professor de Direito das Obrigações e Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito das Faculdades do Brasil (UNIBRASIL). Professor de Direito das Obriga-

RPDC, Dezembro de 2009, n.º 60

compreensão objetiva dotada de inúmeras funções. Revela verdadeira superação da compreensão clássica e liberal do contrato e da leitura positivista da lei, potencializada pelo intervencionismo estatal. Passa a boa-fé a assumir contornos de superação dos limites estreitos da compreensão da relação jurídica obrigacional, reconhecendo dinamicidade onde, até então, imperava a estática. Esta "fórmula mágica" é recebida pelas diferentes legislações latino-americanas, em especial pelos ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino. No Brasil, a boa-fé é inicialmente prevista, em termos legislativos, pela Lei n° 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Sua construção, no entanto, transborda tais limites, e a construção constitucionalizada do Direito civil brasileiro consagra-a como princípio fundamental do direito contratual. Sua importância reside, então, não só como elemento interpretativo, mas fundamento de equilíbrio e conservação da prestação, imposição de deveres e limite a direitos. No direito positivo argentino, a boa-fé objetiva já encontrava respaldo no Código civil, sendo posteriormente objeto também do direito do consumidor. Sua relevância e as funções exercidas pelo princípio são similares àquelas realizadas no direito brasileiro. Desse dado se extrai a importância do estudo comparado do tema, em especial diante da inexistência de legislação supranacional.

ções dos Contratos da Faculdade de Direito da Universidade Positivo. Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR e da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Membro do "Virada de Copérnico" grupo Interinstitucional de pesquisa e estudo do Direito Civil. Membro do grupo de estudos em Direito empresarial da UFPR. Membro do QUIS (Grupo de Pesquisa em Sustentabilidade) da UNIBRASIL e dos estudos do Co-Extra (Co-existence and Traceability) no Brasil. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Membro do Conselho de Comércio Exterior da Associação Comercial do Paraná.

PALAVRAS CHAVES: BOA-FÉ; BRASIL; ARGENTINA; TEORIA CONTRATUAL; FUNÇÕES; CONSUMIDOR; DIREITO COMPARADO.

RÉSUMÉ.

La bonne foi objective est essentielle dans la compréhension de la nouvelle théorie contractuelle. Initialement appropriée par la notion subjective, l'orientation, actuellement, en ce qui concerne le droit des obligations, est la compréhension objective, dotée d'innombrables fonctions. Il révèle vrai surpassement de la compréhension classique et libérale du contrat et de la lecture positiviste de la loi, instrumentalisé par l'interventionnisme d'état. La bonne foi assume les contours de surpassement des limites étroites de la compréhension de la relation juridique obligationnel, en reconnaissant son dynamisme où, jusqu'à alors, régnait la notion statique. Cette « formule magique » est reçue par les différentes législations latino-américaines, en particulier par les ordres juridiques brésilienne et argentine. Au Brésil, la bonne foi est prévue initialement, dans des termes législatifs, de par la loi n° 8.078/1990 (Code de Défense du Consommateur). Sa construction, néanmoins, transborde telles limites, et la construction constitutionnalisés du Droit civil brésilien, la consacre comme principe fondamental du droit contractuel. Son importance habite, alors, non seulement comme élément interprétatif, mais fondement d'équilibre et conservation de la prestation, imposition de devoirs et limite à des droits. Dans le droit positif argentin, la bonne foi objective déjà trouvait approbation dans le Code civil, en étant ultérieurement objet aussi du droit du consommateur. Leur importance et les fonctions exercées par le principe sont semblables à celles réalisées dans le droit brésilien. De cette donnée s'extrait

l'importance de l'étude comparée du sujet, en particulier devant l'inexistence de législation supranationale.

MOT-CLÉS: BONNE FOI; BRÉSIL; ARGENTINE; THÉORIE CONTRACTUELLE; FONCTIONNES, CONSOMMATEUR; DROIT COMPARÉ.

1. Perspectivas da boa-fé no direito comparado.

No cenário jurídico, assiste-se a uma "efervescência"³ do princípio da boa-fé⁴, de modo a suscitar por parte dos juristas as mais diferentes apreciações, seja pelo sentido "subversivo"⁵ com o qual ele inunda o direito das obrigações, seja pelas dificuldades em conceituá-lo, o que lhe fez merecer a denominação de "*une mer sans rivages*"⁶.

Para compreender o sentido e o alcance do qual se reveste o princípio da boa-fé no contexto acima descrito, empreende-se uma abordagem de seu estudo no âmbito do direito comparado, restrito a dois sistemas jurídicos: Brasil e Argentina. A investigação da recepção daquele princípio no direito privado desses países é motivada por uma pergunta que se coloca diante da falta de um Código de Defesa do Consumidor para o Mercosul: qual é o direito aplicável?

Lançando suas raízes no Direito Romano, a *bona fides iudicia* atuou como um elemento gerador de novas formas contratuais, transpondo os limites do formalismo romano. Tratava-se de um elemento catalisador do conteúdo econômico do contrato, diante das necessidades resultantes da aceleração do tráfico jurídico. Eis os contornos de um canal de comunicação entre os fatos e o Direito, conferidos à boa-fé, que se repetiram mais tarde em época e lugares diversos.

³ Marcel STORME *apud* NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para a interpretação do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 3

⁴ Ao se falar do princípio da boa-fé, entende-se como tal a boa-fé objetiva, também denominada de boa-fé contratual ou obrigacional.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999. p. 409.

⁶ Simone DAVID-CONSTANT *apud* NEGREIROS, op. cit., p. 2.

Em meados do século XX, com vistas a ultrapassar os limites de uma teoria contratual clássica, a boa-fé em sua vertente objetiva⁷ é um dos principais instrumentos utilizados pelos juízes para construção de uma "nova teoria contratual", tornando presente as palavras de Clóvis do COUTO E SILVA: "Em nossos dias, cresceu extraordinariamente em importância o da boa fé, em virtude da revisão por que passou a teoria geral das obrigações, sob o influxo de novas tendências jurisprudenciais e doutrinárias, motivadas, em grande

⁷ Asseverando tratar-se de duas boas-fés, que suscitam confiança própria e a confiança no outro, Fernando NORONHA acolhe a distinção: "...de forma similar à subjetiva, também a boa-fé objetiva tem na sua base uma idéia de confiança, a necessidade de tutelar esta. Só que, enquanto na boa-fé subjetiva se tutela a confiança de quem acredita numa situação aparente, na objetiva tutela-se a de quem acreditou que a outra parte procederá de acordo com os padrões de conduta exigíveis. Como se vê, em ambas existe um elemento subjetivo, representado pela confiança de alguém que acreditou em algo, mas só na boa-fé objetiva existe um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem". (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais* (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 136)

Atentando para a distinção, Judith MARTINS-COSTA acrescenta, acerca da boa-fé subjetiva: "Pode denotar, ainda, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais afim significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstricção 'egofística' à literalidade do pactuado." (MARTINS-COSTA, Op. Cit., p. 412.) Por vezes, esse será o sentido de boa-fé "subjetivada" ao qual se fará referência no decorrer do trabalho.

No direito comparado, António MENEZES CORDEIRO ensina que a boa-fé subjetiva refere-se a um estado relativo ao sujeito de direito, enquanto a boa-fé objetiva surge como algo que lhe é exterior. Porém, atenta, que: "A contraposição entre a boa-fé objetiva e a subjetiva, ao contrário do resultante de alguma literatura, não se confunde com uma outra, entre boa fé psicológica e ética. Ambos estes termos abrem na boa fé subjetiva: o primeiro, traduz um estado fático de mera ignorância, [...] o segundo, manifesta um estado de ignorância valorado pelo Direito, com reflexos práticos em que revela, apenas, se for desculpável..." (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 24.)

Afirmando essa dualidade, mas sem descuidar do sentido ético que presidem ambas as vertentes, está José Luiz de LOS MOZOS: "...ambas concepciones, respondiendo a un fondo ético común aunque acabe manifestándose en una disposición psicológica: creencia de no dañar a otro, que tiene en todo caso un fundamento ético, concepción que es la que la venida a prevalecer en la doctrina..." (*El principio de la buena fe*. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona: Bosch, [s. d.]. p. 39) Trata-se do sentido unitário para o qual aponta sua concepção, enquanto princípio geral do direito, ao qual se refere Delia Matilde Ferreira RUBIO: recolhendo os ensinamentos de António Hernandes GIL, assevera a autora, que ao identificar-se a objetividade com a normatividade, a boa-fé é objetiva porque representa uma diretriz de comportamento. A boa-fé subjetiva nada mais é do que um comportamento concreto à luz de um comportamento exigido em abstrato pela boa-fé objetiva. (*La buena fe*. El principio general en el derecho civil. Madrid: Montecorvo, 1984. p. 94).

parte, por uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico.”⁸ Cabe agora, verificar como isto se processa.

Movidos pela ascensão da autonomia da vontade como dogma absoluto e limitado pelo estreito diálogo com o texto da lei, moldado pela Escola da Exegese, os intérpretes do Código Civil francês de 1804, esvaziaram o artigo 1134, 3, de suas potencialidades. Ao enunciar que: “*As convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes. Elas não podem ser revogadas senão por consentimento mútuo, ou por causas autorizadas pela lei. Elas devem ser executadas de boa-fé*”⁹, tal dispositivo é considerado como uma porta aberta ao arbítrio judicial, capaz de ameaçar a intangibilidade contratual. Isto leva doutrina e jurisprudência a se lançarem em uma tarefa de minimização da boa-fé, restando-lhe o significado de fidelidade ao pactuado pelo contrato, sendo absorvida pelo voluntarismo jurídico. Diante da “hipertrofia da autonomia da vontade”, assevera Jean-François ROMAIN, delineia-se a “atrofia da boa-fé”¹⁰.

Enquanto no cenário jurídico francês assistia-se à sua atrofia, o mesmo princípio florescia na prática comercial alemã. Na segunda metade do século XIX, a intensificação das relações comerciais no Ocidente alemão fez da boa-fé objetiva um “princípio geral do tráfico mercantil”, pondera MENEZES CORDEIRO. As decisões dos tribunais alemães reportam-se à *bona fides* romana, que em sua acepção objetiva, limita o exercício de posições jurídicas.

Transposta da jurisprudência para a codificação alemã que entrou em vigor em 1900, a boa-fé está presente no BGB sob a forma de uma cláusula geral, no § 242: “o devedor deve executar a prestação como exige a boa-fé em consideração aos usos”¹¹.

Sob as influências da ética da *corteste* germânica e da *bona fides iudicia* romana, a

⁸ A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976, p. 15.

⁹ “Art. 1134 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

¹⁰ ROMAIN, Jean-François. *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit). Bruxelles: Bruylant, 2000, p. 138-139.

¹¹ “§ 242 - le débiteur doit exécuter la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages.”

boa-fé ganhou contornos diversos, que permitiram contrapô-la à sua vertente francesa. Ao lado de sua acepção subjetiva, destaca-se a boa-fé objetiva.

Ocorre que as potencialidades dessa cláusula geral forma esvaziadas pela “inutilidade da interpretação positivista”, a que se refere Franz WICKER. Eis que tal técnica legislativa não se adapta ao método da subsunção, predominante no positivismo legalista.

Porém, no decurso do século XX, o direito alemão assiste a uma inversão na interpretação da cláusula geral de boa-fé pelas cortes germânicas do Pós-guerra. O movimento de recuo ao formalismo oitocentista atua na “transformação da moral econômica liberal numa outra adequada às idéias de estado social”, declara Franz WIEACKER, restando uma via aberta à boa-fé.

A clara delimitação dos direitos e liberdades individuais em oposição ao poder público é abandonada em favor de uma “*social engineering*”, requerendo a intervenção do Estado na esfera privada. Diante das cláusulas abertas, os juízes assumem uma função criadora delineando a concretização da boa-fé objetiva, o que encerra sua aplicação em fórmulas rígidas, que superam a imprecisão de seus contornos. Na Alemanha, especialmente Franz Wieacker e Wolfgang Siebert dedicam-se à tarefa de delimitar suas funções: integrativa, interpretativa, equilíbrio e controle ao exercício de direitos.

Em atenção à primeira dessas funções, a boa-fé objetiva age como um “topos subversivo”, pondera Judith MARTINS-COSTA, projetando novos contornos para a relação jurídica obrigacional, de estática à dinâmica. Tal concepção de obrigação assume que o esquema obrigacional não se esgota na soma de posições antagônicas, antes, encontra tradução em uma relação de cooperação entre credor e devedor, projetando ao lado dos deveres principais e secundários de prestação, deveres acessórios de conduta. Traduzidos na triplíce classificação lealdade, informação e proteção, tais deveres anexos ou instrumentais não decorrem da lei ou da vontade, mas da boa-fé. Estão presentes desde as tratativas, durante todo o contrato, e até mesmo, após sua conclusão, rompendo o dualismo da tipicidade da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, para novas formas como as responsabilidades pré e pós-contratual.

Com vistas a determinar o alcance dos direitos e obrigações das partes em sua função hermenêutica, a boa-fé rompe o dogma da vontade. Eis que a tutela desloca-se do declarante para a confiança gerada no destinatário pela manifestação de vontade. Nessa ordem

de idéias, interpretar o contrato segundo a boa-fé é optar pelo sentido que seja mais favorável à parte débil do contrato, que propicie a conservação deste último, ou que aquele princípio aponte como o mais razoável.

Em sua função de equilíbrio, a boa-fé quebra a intangibilidade contratual e relativiza o "pacta sunt servanda". A destruição da relação de equivalência entre as prestações e o desaparecimento do fim essencial do contrato permitem a revisão, e por vezes, a resolução do contrato. Eis rompem o equilíbrio tutelado pela boa-fé e pela justiça contratual substancial.

Sob a função de controle ao exercício de direitos, o voluntarismo jurídico sucumbe à boa-fé, uma vez que tal exercício mostra-se inadmissível quando contraria a confiança gerada na contraparte, constituindo-se em um *ventre contra factum proprium*. Trata-se de uma nova roupagem impressa pela boa-fé à figura do abuso do direito¹².

Da codificação francesa à criação jurisprudencial germânica, delineia-se o percurso da boa-fé de "fórmula fazia" a "fórmula mágica" das obrigações. Ocorre que tal percurso encontrou recepção em outros sistemas jurídicos, entre os quais, o brasileiro e o argentino.

2. A boa-fé no direito brasileiro

Não obstante as referências contidas no direito pré-codificado, a boa-fé não ingressou no Código Civil brasileiro de 1916: as referências esparsas nos artigos 1443 e 1444¹³, não foram suficientes para revelar o princípio em sua vertente objetiva, nos moldes do § 242 do BGB. Porém, a leitura subjetivada, por parte da doutrina e da jurisprudência, conferiu-lhe o sentido de boa-intenção. Tal fato justifica-se na projeção de uma racionalidade codificada, afeta aos valores do liberalismo para a doutrina e jurisprudência brasileiras, sob os moldes do positivismo jurídico, de tal modo, que assevera Antônio Junqueira AZEVEDO:

¹² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O abuso do Direito e as relações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹³ "Art. 1443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes".

"Art. 1444. Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido".

"Há, nessa omissão do Código Civil brasileiro, um reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos, porque a verdade é que o Código Comercial brasileiro, muito anterior ao Código Civil (o Código Comercial é de 1850), já tinha regra genérica sobre a boa-fé — é o artigo 131, sobre *interpretação* contratual."¹⁴

Em um momento no qual já se considerava a codificação "modo superado de legislar", palavras de Rodolfo Sacco, a recodificação de 2002 positiva no cenário jurídico a cláusula geral de boa-fé no artigo 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Reunindo influências do BGB, do Código Civil italiano de 1942 e do português de 1966, a nova codificação brasileira conjuga a permanência da tradição jurídica anterior, impressa por Clóvis Beviláqua e a Escola do Recife, com as inovações alcançadas pela jurisprudência. Por conseguinte, a boa-fé é acolhida em suas funções interpretativa e de controle ao exercício de prerrogativas individuais: o artigo 113¹⁵ representa uma superação da teoria da vontade na orientação da interpretação do contrato, e conseqüente tutela da confiança da contraparte. E como forma de especificar tal tutela, acolhe-se no artigo 423¹⁶, a interpretação do contrato de adesão de modo mais favorável ao aderente, o que se constitui em positividade de construção jurisprudencial. No artigo 170¹⁷, pode-se ainda, extrair a regra de interpretação que favoreça a conservação do contrato, que também se fundamenta na boa-fé. A função de controle é acolhida no artigo 187¹⁸, sob os moldes do Código Civil português e seu artigo 334.

¹⁴ A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 87, p. 79-90, 1992. p. 81.

¹⁵ "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

¹⁶ "Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".

¹⁷ "Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".

¹⁸ "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".

Contudo, a mera presença de cláusulas gerais como a do artigo 422 não afasta a nova codificação do século XIX, pois semelhantes janelas já estavam presentes nos códigos oitocentistas, restando inúteis, diante da racionalidade positivista. Com vistas a afastar suas cláusulas gerais desse contexto, destaca-se a leitura constitucional, referida por Gustavo TEPEDINO:

“...as cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do direito privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.”¹⁹

Eis que na Constituição da República encontram-se os valores para preenchimento da cláusula geral de boa-fé: a igualdade e solidariedade emanam no princípio da dignidade da pessoa humana, do qual se retiram os fundamentos de uma tutela setorial do contratante débil.

Como tradução desse personalismo ético inscrito na Constituição, a leitura constitucional preside as relações de consumo: a tutela inserida nos artigos 5º, XXXII e 170, V, protege, para além do consumidor, a pessoa humana²⁰. Em atenção a essa idéia, a boa-fé ingressa no universo consumerista como “princípio de repersonalização da relação contratual”²¹, ou ainda, como “novo paradigma para as relações de consumo”²², contida nos artigos 4º, III, e 51, IV, do CDC. Por conseguinte, boa-fé objetiva já estava positivada na Lei nº 8.078/90,

¹⁹ Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In _____. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XX.

²⁰ Tal leitura deve presidir o “microssistema” das relações de consumo, afastando-se de sua concepção, a auto-suficiência esboçada por Natalino IRTI: dotado de princípios próprios e de uma hermenêutica afeta à “tábua de valores setoriais” (TEPEDINO, As relações de consumo e a nova teoria contratual. In _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 211). Rendendo-se às críticas esboçadas por Gustavo TEPEDINO, semelhante auto-suficiência não poderia ser aceita, eis que a interpretação do sistema consumerista à luz de valores constitucionais mostra-se como fator de ampliação daquela disciplina jurídica.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de direito do consumidor*. Ano 11, v. 43, p. 215-257, jul.-set., 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 218.

²² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. v. 1. p. 105.

retirando do Código Civil de 2002, qualquer sentido de novidade no acolhimento deste princípio no direito privado nacional.

Prevista no artigo 4º, III como princípio geral, promove a ligação da tutela do consumidor com os valores constitucionais que presidem a ordem econômica. Há nisto, estreita relação com a função social do contrato, uma vez que a livre iniciativa submete-se à justiça social, à solidariedade, e à dignidade da pessoa humana. Em última instância, resta uma autonomia funcionalizada: não subsiste como um valor em si mesma, mas como uma liberdade, cujo exercício é corrigido por uma justiça social²³. Permite-se a intervenção do julgador, na economia do contrato, para alcançar o equilíbrio contratual²⁴.

Sob a moldura do artigo 51, IV, o princípio geral da boa-fé constitui-se em cláusula geral do sistema consumerista, compondo-se de conceitos indeterminados²⁵. Abre-se um espaço de criação judicial, para concretização da cláusula geral de boa-fé, delimitando seu alcance com as funções esboçadas pela doutrina germânica, que ora se fazem presentes no CDC²⁶: (i) complementação ou concretização da relação contratual; (ii) controle e limitação de condutas; (iii) correção e adaptação por alteração das circunstâncias;

Em atenção à primeira dessas funções, a boa-fé atua como cânone hermenêutico do contrato. Para tanto, invoca-se o artigo 47: as cláusulas duvidosas devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor. Nessa linha de força, ainda invoca-se o artigo 51, §2º, do qual se depreende, que quando uma cláusula comportar vários sentidos possíveis, deve-se atentar para o significado que favoreça a preservação do contrato²⁷.

Na busca por um consentimento livre por parte do consumidor, a boa-fé importa em

²³ MUSIO, Antonio. *La buona fede nei contratti dei consumatori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 64.

²⁴ “Também essas cláusulas gerais devem ser preenchidas com os direitos humanos ou fundamentais presentes nas Constituições: proteção dos mais fracos, em especial os consumidores (art. 5º, XXXII), proteção à privacidade, direito à informação (art. 5º, XXXIII e LXXII), só para citar alguns”. (MARQUES, *Boa-fé...*, p. 232)

²⁵ MARQUES, *Boa-fé...*, p. 230-231; Não obstante a diversidade que envolve ambas as figuras, sustenta-se que a previsão expressa de uma sanção não retira do julgador seu poder criador, caminhando antes para sua convergência do que para sua diversidade.

²⁶ MARQUES, *Boa-fé...*, p. 223 et seq.

²⁷ Cf. NORONHA, Op. Cit., p. 156.

integração da relação contratual futura: a imposição de deveres, entre os quais se destaca para além da proteção e lealdade, o de informação. Trata-se de satisfazer um direito básico do consumidor²⁸, impondo-se ao fornecedor, o dever de informar, desde as tratativas, e por todo o percurso contratual, sob pena de não obrigar as partes²⁹.

Em atenção a este caráter objetivo, revelado para configuração das cláusulas abusivas, apresenta-se o princípio da boa-fé objetiva. Trata-se do fundamento encontrado para o próprio equilíbrio que deve pautar as relações contratuais, sob pena de violar aquele princípio. O inciso IV do artigo 51 faz-lhe referência expressa, ao dispor como abusivas as cláusulas contrárias à boa-fé e à equidade. Eis este princípio configurado não apenas em sua função de criar deveres, mas de impor limites ao exercício de direitos, delineando-se como verdadeira cláusula geral³⁰. Nesta perspectiva, pode concluir com o ministro Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, que as cláusulas abusivas são aquelas que caracterizam lesão enorme ou violação ao princípio da boa-fé objetiva³¹.

Diante da alteração das circunstâncias, que se constituem na base sobre a qual se move o contrato, a revisão de suas cláusulas destaca-se como um direito básico do consumidor³². Trata-se do acolhimento da teoria da base negocial, que se afasta de toda a subjetividade impressa à imprevisibilidade dos fatos supervenientes, para se valer tão-somente do rompimento do equilíbrio ou da frustração do fim contratual. Basta, a quebra da base objetiva, para que a boa-fé seja colocada em causa, e promova-se a revisão do contrato.

²⁸ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

²⁹ Trata-se do que dispõe o Art. 46 do CDC: "Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance".

³⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor. In MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 24.

³¹ AGUIAR JÚNIOR, Op. Cit., p. 20.

³² Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Contemporaneamente passou a ser inegável a importância e aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, potencializada pelos imperativos constitucionais e pela personalização do direito civil brasileiro.

3. A boa-fé no direito argentino

O percurso de "fórmula vazia" a "fórmula mágica" das obrigações, delineado pela boa-fé objetiva também foi recepcionado pelo Direito argentino. Ao ponto de LORENZETTI referir-se a ela como tema fundamental do direito dos contratos³³ e Alterini como pauta ordinária da vida jurídica³⁴.

O artigo 1134 do Código Civil francês foi reproduzido pelo Código de Vélez, no artigo 1197³⁵, no que se refere à força obrigatória do contrato. Porém, no que se refere à alínea 3, esta foi omitida pela codificação Argentina.

Jorge Mosset ITURRASPE³⁶ indaga o porquê desse silêncio, uma vez que o codificador desse país estava acostumado a navegar nas mesmas águas do francês e partilhar sua ideologia. As razões para tanto, identificam-se com aquelas que também afastaram o Código Civil de 1916 da boa-fé objetiva: seu silêncio fundamenta-se em uma concepção positivista de princípios jurídicos, assevera aquele autor, pois estes só têm validade e vigência quando extraídos da lei, sob pena de restarem inúteis. Para além disso, transparece o temor de norma flexíveis, presentes em ambos os cenários jurídicos, nos quais predominavam atrelados uma racionalidade calculadora e o liberalismo econômico.

Ao receber nova redação, conferida pela Lei 17.711, na reforma de 1968, o artigo 1198 do Código Civil argentino ganhou uma cláusula geral de boa-fé, não obstante, disposições

³³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*: parte general. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 142.

³⁴ ALTERINI, Atilio. Anibal. *Contratos: civiles - comerciales - de consumo*. Teoría general. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p.33.

³⁵ "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

³⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretación económica de los contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.

específicas que já se faziam presentes, enunciando: “Os contratos devem ser celebrados, interpretados e executados de boa-fé e de acordo com o que verdadeiramente as partes entenderam ou puderam entender, agindo com cuidado e previsão.”

Segundo Afílio Aníbal ALTERINI³⁷, essa norma impõe obrigações acessórias à relação contratual, tanto em sentido positivo, como no sentido negativo: no primeiro, impõe condutas aos sujeitos, não sendo suficiente que atue com ausência de boa-fé; no segundo, impede que o contratante possa reclamar algo que não seja correto ou leal.

Por conseguinte, celebrar o contrato de boa-fé significa observar os deveres de comportamento leal na formação do contrato. Interpretar o contrato de boa-fé é explicar ou declarar o sentido das cláusulas contratuais, segundo o que as partes entenderam ou puderam entender, ao atuar com cuidado e previsão. Neste caso, a boa-fé integra e corrige o conteúdo contratual. E executar o contrato de boa-fé é regra de cumprimento que se aplica não apenas ao devedor, mas também ao credor.

No Direito argentino, constata-se um movimento inverso, daquele já identificado no Direito brasileiro: a boa-fé objetiva se faz presente no Código Civil, para posteriormente alcançar acolhida na Lei de Defesa do Consumidor.

Tal como no Direito pátrio, a tutela no consumidor argentino fundamenta-se no reconhecimento de seus direitos fundamentais, que perfazem sua dignidade como ser humano. E salienta Gabriel STIGLITZ³⁸, que nesta perspectiva, os princípios contratuais mostram-se como ferramentas hábeis para estabelecer o consumo digno.

Por conseguinte, a Lei 24.240/93 consagra a boa-fé no artigo 37, ao configurar as cláusulas abusivas:

“No caso em que o ofertante viole o dever de boa-fé, na etapa prévia à conclusão do contrato ou em sua celebração ou transgrida o dever de informação ou a legislação de defesa de competência ou de lealdade comercial, o consumidor terá

³⁷ In Celia Weingarten, Carlos A. Ghersi (directores). Daños: medio ambiente, salud, familia, derechos humanos. Buenos Aires, AG: Rubinzal, 2000.

³⁸ Daños al consumidor: publicidad, información y cláusulas abusivas. P. 213-231. In: ADORNO; CIFUENTES; DO Couto e Silva; GOLDBERG-KEMELMAJER DE CARLUCCI; LÓPEZ CABANA; MOSSET ITURRASPE; PARELLADA; FERNÁNDEZ SESSAREGO; STIGLITZ. Daño y protección a la persona humana. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993.

direito a demandar a nulidade do contrato ou de uma ou mais cláusulas. Quando o juiz declare a nulidade parcial, simultaneamente integrará o contrato, se isso for necessário.”

Prevista sob a forma de uma cláusula geral, boa-fé objetiva insere-se no dispositivo que caracteriza cláusulas abusivas, tal como no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, porém, sob moldes mais detalhados. Eis que o dispositivo especifica a observância do princípio no período pré-contratual, impondo o dever de informação ao fornecedor e como exigência de lealdade comercial. Trata-se da Lei 22.802, que coíbe a prática de oferta com prêmios.

A boa-fé assim, no direito argentino, assume funções similares aquelas desempenhadas no direito brasileiro: regra de interpretação, fonte de deveres colaterais, regra de integração, limite ao exercício de direitos e, segundo LORENZETTI, causa de exoneração de responsabilidade³⁹.

Considerações finais

A preocupação em se compreender o papel desempenhado pelo princípio da boa-fé no direito comparado e, especialmente, no direito latino-americano se justifica na medida da inexistência de um Código do Consumidor no Mercosul. Tal situação acaba por justificar o recurso à legislação dos países que o compõe para fortalecer a integração, segundo Afílio Aníbal ALTERINI. E para tanto, contribui a raiz romanística presente nesses sistemas jurídicos, por meio de codificadores como Teixeira de Freitas e Vélez Sarsfield. Eis que nos dois países, demonstra que predominam *standards* de valoração ética.

É justamente o que se procurou demonstrar. A recepção da cláusula geral de boa-fé nas codificações e leis de defesa do consumidor, tanto no Brasil, como na Argentina, revela a existência de ferramentas hábeis para se estabelecer um consumo digno, como quer Gabriel STIGLITZ, no contexto da integração desses países. A presença desse princípio com o conteúdo que lhe foi impresso por uma atividade de criação jurisprudencial, demonstra, que não obstante a falta de um Código de defesa do consumidor ou civil que integra os países do Mercosul, há o instrumental necessário para reger tais relações.

³⁹ LORENZETTI, Op. Cit., p. 151.

Referências bibliográficas

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor. In MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 13-32.
- ALTERINI, Atílio Aníbal. In Celia Weingarten, Carlos A. Ghersi (directores). **Daños: medio ambiente, salud, familia, derechos humanos**. Buenos Aires, AG: Rubinzal, 2000.)
- _____. **Contratos: civiles – comerciales – de consumo**. Teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.
- ARGENTINA, Código Civil, 32ª ed. Buenos Aires: A-Z Editora, 2007.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 87, p. 79-90, 1992.
- BARBIER, Eduardo A. La tutela Del cliente bancario desde la Ley de Defensa Del Consumidor en el Derecho Argentino. In **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 13, 1997. Porto Alegre: Síntese, p. 99-115.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos: parte general**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- LOS MOZOS, José Luiz de. **El principio de la buena fe**. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona: Bosch, [s. d.].
- MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de direito do consumidor**. Ano 11, v. 43, p. 215-257, jul.-set., 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. v. 1.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Interpretacion economica de los contratos**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.

- _____. Las cláusulas abusivas en la contratación: informe del derecho argentino. In **Revista de Direito do Consumidor**, Ano 11, v. 44, p.44-66, Out/dez 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. **Teoria general del contrato**. Rosário: Orbir, 1970.
- MUSIO, Antonio. **La buona fede nei contratti dei consumatori**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para a interpretação do princípio da boa-fé**. Rio da Janeiro: Renovar, 1997.
- NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do Direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROMAIN, Jean-François. **Théorie critique du principe général de bonne foi em droit privé**. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit). Bruxelles: Bruylant, 2000.
- RUBIO, Delia Matilde Ferreira. **La buena fe**. El principio general en el derecho civil. Madrid: Montecorvo, 1984.
- SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato de legiferare? **Rivista di Diritto Civile**. Padova, a. 29, parte prima, p. 117-135, 1983.
- STIGLITZ, Gabriel. Daños al consumidor: publicidad, información y cláusulas abusivas. P. 213-231. In: ADORNO; CIFUENTES; DO COUTO E SILVA; GOLDENBERG-KEMELMAJER DE CARLUCCI; LÓPEZ CABANA; MOSSET ITURRASPE; PARELLADA; FERNÁNDEZ SESSAREGO; STIGLITZ. **Daño y protección a la persona humana**. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 199-215.
- _____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In _____. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XV – XXXIII.
- WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena Fe**. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1982.