

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Gabriela Rios Machado*
Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato**

RESUMO

Com o presente trabalho intenciona-se, principalmente, analisar-se a fundamentalidade material da boa-fé objetiva, observando-se a experiência constitucional dos direitos fundamentais calcada na proteção da dignidade da pessoa humana e na conseqüente autodeterminação do indivíduo. Nesse sentido, é que se propõe uma discussão e uma investigação sobre a relação que se estabelece entre o princípio da boa-fé objetiva, a institucionalização do Estado Social de Direito e a nova concepção social do Direito privado, que, nas relações obrigacionais, passa a difundir os valores da função social dos contratos e a preocupação com a pessoa humana, como um ponto de convergência do Direito Público e do Direito Privado, no qual as dimensões política (cidadania) e individual (particular) do mesmo ser humano devem se encontrar, na atualidade.

Palavras-chave: Princípio da boa-fé objetiva. Teoria dos direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Estado social de direito. Função social dos contratos.

1 INTRODUÇÃO

Detecta-se, hoje, uma diferença na abordagem das relações sociais, pessoais e econômicas, o que reflete de forma direta na concepção do Direito, tendo-se passado a conceber, inclusive e de forma mais alargada, uma função social do Direito.

Os reflexos dessa nova concepção social, institucionalizada com o Estado Social de Direito e viabilizada pela forma de governo republicana, foram sentidos pela ordem jurídica privada. Pretende-se, pois, com a análise deste artigo, atentar para a nova personalização do Direito privado, preocupado, sobretudo, com as normas de caráter constitucional.

* Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. E-mail: gabrielarios_@hotmail.com.

** Advogado, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Coordenador da Especialização em Direito e Processo Constitucionais da mesma Universidade e Professor de Direito Constitucional I, II e Direito Civil III nesta instituição. E-mail: gustavoliberato@unifor.br.

Procurar-se-á, pois, demonstrar o princípio da boa-fé objetiva como norte das relações entre particulares, destacando-se sua influência no âmbito das obrigações e dos contratos, justamente, porque ele apresenta o dever de comportamento honesto e moral, o que viabiliza a pacífica convivência em sociedade.

Nesse aspecto de preservação da coexistência humana, por meio da paz social, é que será desenvolvido o presente trabalho. Analisando-se, igualmente, a necessidade de um comportamento ético e leal para que a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana seja preservada e efetivada.

2 O ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

O Direito, analisado sob a perspectiva atual, intensificou suas preocupações com o social, efetivando os princípios da socialidade e da dignidade da pessoa humana. A legislação pátria, por exemplo, na Constituição, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, deixou claro que a concepção econômica dos contratos deve atender à função social, respeitando-se, por consequência, o princípio da boa-fé objetiva e o equilíbrio das relações obrigacionais.

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2011, p. 20) destaca a importância da manutenção do equilíbrio nas relações contratuais, tanto no início da relação firmada, quanto no seu decorrer, ressaltando, ao final, a inegável relação desse objetivo com os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

Paulo Bonavides (2000, p. 515), fazendo referência à doutrina de Carl Schmitt (1996), menciona que esse jusfilósofo, em sua concepção material de direitos fundamentais, diz que estes variariam de Estado para Estado, de acordo com alguns critérios, a incluir-se, dentre eles, o da modalidade de Estado adotado pela sociedade. Nessa perspectiva é que se pode afirmar a relação entre o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito com, respectivamente, os direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensões (SCHMITT, 1996, p. 167-169).

Segundo Carlos Ari Sundfeld (1998, p. 39-40), Estado de Direito seria conformado pela presença de 4 caracteres marcantes: I – Supremacia da Constituição; II – Superioridade da Lei; III – Separação de Poderes; e, IV – Garantia de Direitos Fundamentais – inicialmente civis e políticos (estes necessários à configuração do Estado Democrático de Direito), e posteriormente cumulados com os das dimensões posteriores, para a composição do Estado Social e Democrático de Direito e para o surgimento definitivo do arcabouço do Estado Constitucional.

Importa destacar que o Estado Liberal, apesar de igualmente ser um Estado de Direito, apresenta algumas nuances. Pode afirmar-se que o Estado Liberal funcionou como um poder meramente formal, não trazendo as garantias de forma isonômica e nem fomentando o desenvolvimento social. Verdú (2007, p. 87), explicando a insuficiência da concepção de liberdade para construção e desenvolvimento da sociedade de forma justa e isonômica, enuncia que "O Estado Liberal de Direito apontava para a consecução da liberdade. Porém, em razão de seu individualismo e da neutralidade que adotava ante as transformações sociais, estava muito longe de realizar a justiça social". Reafirma-se, assim, a noção de que esse modelo de Estado estaria atrelado à primeira dimensão dos direitos fundamentais, caracterizados pelos interesses propagados com as liberdades individuais, como explica Camargo (2011, p. 387-388).

As propostas do Estado liberal não mais satisfaziam os anseios da sociedade. As desigualdades sociais se intensificavam, gerando uma ampla gama de conflitos sociais. Saliente-se, contudo, que a transição do Estado Liberal para o Estado Social não importa o desaparecimento da liberdade, uma vez que a liberdade, exercida pelo indivíduo dentro dos corretos limites, é condição indispensável para a afirmação do homem como tal, sendo, também, uma faceta da expressão do princípio da dignidade da pessoa humana.

A diferença reside no fato de que, no Estado Social de Direito, analisa-se a liberdade sob uma ótica social, e não apenas econômica. Pretende-se, pois, desconstruir a concepção da sociedade de classes, fomentando-se a justiça social. Verdú (2007, p. 88-89) indica que a sociedade justa, na qual se respeite a situação de bem-estar e a condição da pessoa humana, encontra bases em uma liberdade mais desapegada de seus aspectos econômicos.

Marmelstein (2009, p. 286), apesar de discordar deste entendimento, assinala que a segunda dimensão dos direitos fundamentais é entendida por parte

da doutrina como um conjunto de direitos positivos. Por essa razão é que essa dimensão estaria associada ao modelo de Estado Social, uma vez que os indivíduos passam a reivindicar do Estado uma posição ativa (uma prestação), a fim de garantir a igualdade social, afastando-se os problemas econômicos e sociais.

De fato, em alguns casos, a atividade enérgica do Estado justifica-se para manter o equilíbrio das relações entre particulares. Nessa perspectiva, as lições de Roberto Senise Lisboa (2010, p. 67-69) esclarecem as necessidades que levaram à socialização e à constitucionalização das relações privadas, haja vista que o objetivo principal é defender a personalidade e a autodeterminação do indivíduo, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Pretende-se, pois, proteger, em primeiro lugar, as pessoas, afastando-se a ideia de que o direito privado deveria ater-se à proteção do patrimônio.

A premissa, portanto, de que a relação contratual somente atinge as partes que pactuam é falha. Como se viu, a socialização do Direito trouxe preocupações com o coletivo. Os fatos decorrentes da relação entre particulares que, mesmo que indiretamente, venham a atingir terceiros ou grupo deles devem ser objeto de preocupação do Estado Social, em virtude do compromisso que este assume com a sociedade em preservar seus direitos de ofensas indignas.

3 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO ELEMENTO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

O princípio da função social dos contratos reflete a preocupação do Poder Público com a utilidade social das relações contratuais, importando proteger tanto as pessoas que compõem o elo obrigacional quanto aquelas que integram o âmbito coletivo. Paulo Lôbo (2011, p. 16) afirma essa nova contextualização das relações jurídicas, ao mencionar a importância do Estado na efetivação do interesse social, em consonância com princípios da justiça e da solidariedade sociais.

Nessa conjuntura, insere-se a compreensão contemporânea do Estado Social de Direito, que deve esforçar-se, ao máximo, para garantir a preservação dos valores culturais, éticos e jurídicos de seu povo, mesmo que a globalização apresente-se como um obstáculo para tanto (TEPEDINO, 2008, p. 65).

Ademais, no Estado Social, a Constituição exerce o papel legitimador e limitador das atividades dos governantes e também representa a função de garantidora dos direitos do povo, contribuindo de forma significativa para a preservação da convivência harmônica daqueles que compõem a coletividade.

Dessa forma, os direitos fundamentais, assim compreendidos como aqueles dispostos em uma Constituição (CANOTILHO, 2011, p. 393), são imprescindíveis para a garantia das liberdades individuais e coletivas, contribuindo de forma relevante para a construção da justiça social e manutenção da própria humanidade do sistema jurídico. Nesse contexto, insere-se a atual visão constitucional do Direito Civil, uma vez que as relações privadas não podem afrontar disposições normativas supremas e indispensáveis à harmonia e à igualdade sociais.

Paulo Nader (2008, p. 25), sobre o princípio da função social dos contratos, ressalta que o Código Civil de 2002 firmou-se com base em noções socializantes, enunciativas de que os interesses individuais não devem vingar sobre os coletivos.

Pode-se, inclusive, enunciar que da preocupação do Estado com a personalidade e com a dignidade das pessoas humanas decorre, no âmbito das relações obrigacionais, o princípio da função social dos contratos. Flávio Tartuce (2007, p. 250), admitindo que a nova visão das relações obrigacionais passou a exigir uma concepção de equilíbrio e de igualdade contratuais e considerando que a liberdade contratual encontra limites na função social do contrato, estabelece a importância da relação do princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da função social dos contratos, utilizando-se para definir essa mudança de perspectiva, a expressão *personalização do Direito Civil*. Tartuce (2007, p. 247-249) completa esse pensamento, defendendo ser o princípio da função social dos contratos norma de ordem pública, assumindo uma dupla eficácia: interna (entre os contratantes) e externa (atinentes aos terceiros alheios à relação contratual), significando que o elo obrigacional deve respeito aos limites impostos pelo meio social no qual se insere.

O princípio da função social dos contratos impõe a relativização do pacto firmado, em atenção aos reais anseios das partes contratantes e à preservação de suas expectativas no quadro geral do interesse coletivo. Na verdade, referido princípio direciona-se para diversos elementos que devem ser respeitados no elo

obrigacional, levando ao entendimento de que a função social do contrato indica inúmeras finalidades distintas a que visa a relação jurídico-contratual. Todas elas, contudo, focam-se no atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, como também indica Tartuce (2008, p. 80).

Da mesma forma, a boa-fé objetiva, manifestando-se como cláusula geral, apresenta um caráter multifacetado, apresentando-se como um leque de possibilidades semânticas a ser utilizadas a depender da situação concreta. Por essa razão, pode afirmar-se que a boa-fé objetiva não se contenta em ocupar espaços residuais no ordenamento jurídico, espraiando-se em diversos níveis jurídicos e, conseqüentemente, impondo deveres de conduta mesmo que não previstos nos instrumentos de contratação, como afirma Judith Martins-Costa (1999, p. 393-394). Nesse aspecto, Martins-Costa (1999, p. 412-413) diz não ser viável fazer uma pré-fixação do significado a ser enunciado pela boa-fé objetiva, uma vez que se trata de norma com pluralidade de conteúdo, que se poderá manifestar de forma diferente a depender do caso concreto.

Com efeito, se o intento é preservar as relações contratuais em conformidade com os interesses dos próprios contratantes e da sociedade, a boa-fé objetiva encaixa-se, perfeitamente, para que esse fim seja alcançado. Flávio Tartuce (2007, p. 202-203) traz a compreensão da íntima relação entre a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, na medida em que afirma ser simbiótica a relação entre eticidade e socialidade.

Cabe, pois, salientar o acerto em afirmar-se a boa-fé objetiva como um elemento do princípio da função social dos contratos. Como dito, a boa-fé objetiva é uma cláusula geral e, portanto, possuiu alta carga principiológica e valorativa, podendo manifestar-se em diversas formas. Comprovando essa multiplicidade de manifestação, citem-se as funções e as figuras parcelares da boa-fé objetiva. O princípio da função social dos contratos, por sua vez, permite essa abertura e, na verdade, acomoda, em seu significado, a cláusula geral da boa-fé.

4 A AUTONOMIA DA VONTADE EM FACE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Anteriormente, assinalou-se que a moderna concepção do Direito privado, analisado agora sob uma ótica constitucional, interferiu de maneira direta na compreensão de princípios e institutos antes concebidos como inalteráveis.

Nesse sentido, os trechos do voto de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.051.270 - RS (2008/0089345-5), são de real importância para o tema analisado, na medida em que destacam a significância dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, referindo-se, ainda, à relação destes com a relativização da autonomia da vontade, quando ali se afirma:

Diante da crescente publicização do direito privado, o contrato deixou de ser a máxima expressão da autonomia da vontade para se tornar prática social de especial importância, prática essa que o Estado não pode simplesmente relegar à esfera das deliberações particulares. Instituto nascido no âmbito do Direito Privado, o contrato passou a ter colorido publicístico, exigindo do julgador a aplicação, no caso concreto, das chamadas cláusulas abertas, dentre as quais se destacam a boa-fé-objetiva e a função social. Vale dizer, não se pode mais conceber o contrato unicamente como meio de circulação de riquezas. Além disso - e principalmente -, é forma de adequação e realização social da pessoa humana e meio de acesso a bens e serviços que lhe dão dignidade. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.051.270 - RS (2008/0089345-5), Quarta Turma, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2011)

Em razão de o elo obrigacional ser antes entendido como algo que somente diria respeito aos contratantes, poderiam estes dispor da relação obrigacional como bem entendessem, em atenção à autonomia da vontade. Contudo, não mais se comporta esse entendimento, sob pena de ofensa aos fundamentos do Estado Social de Direito e à democracia republicana. Verifica-se, assim, uma relativização das relações privadas, para que se salvaguardem os interesses da coletividade.

4.1 Natureza humana, boa-fé objetiva e republicanismo

A liberdade significa para o homem a mais alta expressão de sua natureza. Assim, o homem, concebido como um ser dotado de capacidade intelectual e racional, não admite ser submetido a condições que o reduzam a um mero instrumento da sociedade. O homem é livre, portanto, para expressar seus

anseios e concretizar seus interesses individuais; todavia, essa liberdade encontrara obstáculo na manifestação da vontade das demais pessoas que compõem o grupo social.

Kant (2005, p. 81-85) entende ser a autonomia da vontade algo supremo, não podendo, de fato, ser o homem compreendido como um instrumento das atuações de outros particulares ou do Estado, mas como um fim em si mesmo. Contudo, o jusfilósofo não nega a necessidade de uma organização estatal, na verdade, admite-a como indispensável, desde que não venha essa a ferir o substrato da pessoa humana, isto é, a *autodeterminação potencial do ser humano*.

No que atine à organização do poder estatal e à vida em sociedade, John Locke, concebendo, igualmente, a necessidade de um poder para regular as relações sociais, atenua o pensamento maquiavélico e hobbesiano, ao afirmar que, dada a natureza livre das pessoas, a limitação dessa liberdade só poderia ocorrer por pactos voluntários dos indivíduos, que consentiriam em viver em sociedade em busca de proteção e segurança, abdicando, por consequência, de alguns aspectos de sua liberdade (LOCKE, 1998, p. 468-469). Os já mencionados doutrinadores contratualistas destacam a racionalidade humana como elemento diferenciador das outras espécies. Dessa forma, o homem, fazendo uso dessa racionalidade, deveria renunciar a parte de sua liberdade, pois, caso inexistisse uma autoridade política, o homem viveria em constante guerra, colocando em risco as futuras gerações (SARLET, 2006, p. 47-48).

Inegável também é a afirmação de que a constante evolução histórica e a consequente multiplicidade das relações jurídicas exige, cada vez mais, a inovação de mecanismos sociais, políticos e jurídicos, a fim de se manter a atualidade do sistema às necessidades sociais, conferindo-se, por consequência, legitimidade ao poder e equilíbrio às relações. Conforme sustentado por Barcellos (2008, p. 36), "O direito não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de realização da pacificação, da justiça e de determinados valores escolhidos pela sociedade".

Avaliando a maior preocupação do Estado com normas de caráter principiológicas e constitucionais, Gustavo Tepedino (2008, p. 7) observa a modificação dessas novas noções no Direito privado, ressaltando que as constituições passaram a integrar, em seus textos, normas que antes eram de exclusivo tratamento pelo direito privado, revelando-se, igualmente, o fenômeno

inverso, no qual as normas do direito privado passaram a prever preceitos constitucionais e publicísticos.

Gonçalves (2011, p. 41), abordando a temática do princípio da autonomia da vontade, diz que seu ponto culminante de difusão deu-se com a Revolução Francesa, justamente quando os ânimos individuais afluíam e concebiam-se o Estado Liberal. De fato, por este princípio, caso algum terceiro ou, até mesmo, um dos próprios contratantes, viesse a sofrer algum prejuízo em decorrência do pacto firmado, essa pessoa deveria suportar esse dano. Hoje, pode dizer-se que esse entendimento estaria relativizado. Nessa linha, Bierwagen (2007, p. 75-76) discorre acerca da ascensão de novos valores na sociedade dos séculos XIX-XX, fundados, sobretudo, no reconhecimento da importância da preservação das relações humanas e sociais, haja vista que o individualismo e o liberalismo econômico da sociedade capitalista frustraram diversas avenças firmadas, por ignorarem a necessidade de relativizar os pactos firmados. Assim, a inexorável obrigação de cumprir fielmente o que fora firmado não mais satisfazia a realidade social.

Com efeito, Martins-Costa (1999, p. 393-394), admitindo o caráter dinâmico das relações privadas, defende que tais avenças, apesar de bipolarizadas, não se limitam aos pólos passivo e ativo da obrigação, estendendo seus efeitos para além do que fora firmado, ultrapassando, portanto, as barreiras da autonomia da vontade.

Schreiber (2007, p. 62), explicando o princípio da autonomia da vontade e sua compreensão inserida nas novas circunstâncias constitucionais, enuncia que só terão legitimidade aqueles atos expressivos da autonomia da vontade que se encontrem em consonância com os preceitos e normas constitucionais, destacando, dentre eles, os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

No contexto de que Estado Social viabiliza essa ideia de constitucionalização do direito privado, Paulo Nader (2008, p. 23-24, grifo do autor), explicitando a relação entre o princípio da autonomia da vontade e a função social dos contratos, assevera que se reforça o princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que se respeita a noção socializante que deve imbuir os contratos.

Ademais, cabe fornecer destaque à conexão estabelecida entre a forma de governo republicana e o princípio da boa-fé objetiva. Com efeito, essa relação se constitui de maneira direta, na medida em que a forma de governo concebida como república traz o entendimento da preocupação com o bem comum e com a coisa

pública. Dessa compreensão, portanto, é possível extrair o entendimento de que a república é a forma de governo adequada à prosperidade do princípio da boa-fé objetiva. Mas como se pode evidenciar essa relação?

Ataliba (2001, p. 49-55), em estudo sobre a república, expõe sobre os elementos que garantem essa forma de governo. Dentre eles, o mencionado autor destaca a tripartição dos poderes e o regime presidencial. Faz menção, ainda, à soberania popular, atribuindo-lhe incontestável importância para compreensão do mandato popular e para a limitação ao exercício do poder pelos mandatários. Nesse sentido, na atualidade, conforme registrado por Agra (2005, p. 112-113) tem-se a necessidade da concretização dos princípios da igualdade e da liberdade como imprescindíveis para a república, afinal, nesta forma de governo, importante papel desempenha a participação popular, por meio das escolhas de seus representantes. Afasta-se, portanto, qualquer forma de governo arbitrária e minimizadora da função da coletividade na gestão da coisa pública, cabendo reconhecer a repercussão dessas metas não apenas no âmbito do direito público, mas outrossim, do direito privado, uma vez tomada a ideia de bem comum como dimensão coletiva da dignidade da pessoa humana, tal como se percebe da definição de bem comum apresentada pelo Papa João XXIII, nos anos de 1961 e 1963, respectivamente nas Encíclicas *Mater et Magistra* (1998, p. 163) e *Pacem in Terris* (1998, p. 339); diz-se nesta última que: “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.

Com efeito, privilegia-se a interação do homem em sociedade, que, exercendo ativamente sua cidadania, estará a expressar sua dignidade. A garantia das condições mínimas ao cidadão por parte do Estado é condição imprescindível para que o cidadão, autodeterminando-se, faça suas escolhas e trace os seus objetivos. A liberdade individual, portanto, existe e está em plena consonância com a forma de governo republicana, contudo o exercício dos direitos individuais encontra limites na persecução dos fins coletivos e na concretização das virtudes cívicas, exemplificadas pela igualdade, honestidade e justiça (AGRA, 2005, p. 65-66).

Nessa compreensão, são igualmente relevantes as lições de Agra (2005, p. 64), que assevera ser a relação entre as virtudes cívicas e a liberdade uma relação de alimentação mútua. O mesmo autor ainda destaca a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, que, como explica, seria indispensável

para o desenvolvimento daqueles valores, uma vez que a sociedade somente poderia expressar suas potencialidades coletivas, caso a dignidade da pessoa humana fosse garantida a todos.

Reforça-se, pois, que toda essa repaginação do Direito Civil encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Tartuce (2008, p. 81, grifo do autor), atentando para essa moderna concepção, diz que, "Na realidade, à luz da *personalização e constitucionalização do Direito Civil*, pode-se afirmar que a *real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana*". No mesmo sentido, Lôbo (2011, p. 17) expõe o atual desafio do direito privado: fornecer à pessoa maior importância e proteção, em detrimento dos valores econômicos e patrimoniais.

4.2 Boa-fé objetiva e autodeterminação potencial do ser humano

Apesar do princípio da dignidade da pessoa humana apresentar-se com um conteúdo axiológico aberto e, portanto, potencializador de uma pluralidade de significados (SARLET, 2006, p. 117), deve-se reconhecer a possibilidade de considerar-se a existência de um núcleo comum às diversas definições de dignidade da pessoa humana, afinal existem aspectos inerentes à universalidade do homem, independentemente da sociedade em que o indivíduo esteja inserido. Tratam-se, portanto, de elementos pertinentes à natureza humana e que não podem ser afastados, a fim de preservar-se o caráter humanístico dessa fundamentalidade. Assim, assinala Kant (2005, p. 68, 69, 77 e 79) que esse substrato da dignidade da pessoa humana encontra-se na autonomia e na autodeterminação da pessoa.

Com efeito, o não reconhecimento desse substrato reduziria o conceito de dignidade da pessoa humana, quando não o tornaria inútil, pois as variações conceituais poderiam levar à incerteza do princípio e o seu consequente esvaziamento (BARCELLOS, 2008, p. 229). A autodeterminação é, pois, elemento nuclear da dignidade da pessoa humana, haja vista que, para que o homem possa alcançar sua plenitude enquanto ser individual e, ao mesmo tempo, inserido em uma coletividade, deve poder expressar-se diante dos fatos sociais que se colocam a sua frente, indicando o que intenciona, sem que sofra repressões infundadas. Tem ele,

portanto, a prerrogativa de estabelecer suas vontades, resguardando a sua integridade física, moral e psíquica, mas harmonizando sua convivência com a dignidade da pessoa humana dos demais (KANT, 2004, p. 43, 56-57).

Quanto à compreensão do elo estabelecido entre a boa-fé objetiva e o substrato da dignidade da pessoa humana, pode-se analisar da seguinte forma: na avença contratual, o indivíduo deve manifestar sua livre vontade, conforme a cláusula geral da boa-fé, ou seja, deve manter um comportamento ético. Contudo, para que a sua escolha seja desenvolvida em terreno límpido, viabilizando o direito de autodeterminação, o contratante deve estar ciente da situação concreta (dele e do outro), para que suas escolhas não lhe tragam posteriores surpresas desagradáveis, frustrando, inclusive, a expectativa gerada no outro.

Nos ensinamentos de Luhmann (1996, p. 41), somente as expectativas preocupadas com o comportamento que comprometem as próprias ações seriam capazes de gerar no outro a confiança. Nesse sentido é que a confiança se relaciona com a boa-fé objetiva, determinando a necessidade de agir segundo este princípio.

Infere-se, pois, que a expressão da boa-fé objetiva na relação contratual concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, ao erigir a concepção de que os contratantes devem exercer o seu direito de autodeterminação, traçando suas escolhas de acordo com o que julgam conveniente para proteger sua integridade. Contudo, como adiante será melhor observado, deve-se considerar a manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana sob a ótica individual e social, o que, portanto, leva à conclusão de que o homem age de modo a preservar a sua dignidade, mas devendo, igualmente, respeitar os limites estabelecidos pela dignidade do outro.

Karl Larenz (2001, p. 67-68), na compreensão da autodeterminação na seara contratual, aborda a considerável posição que assumem os contratos nas mais diversas sociedades, admitindo-os como uma verdadeira categoria fundamental do Direito. Isso porque esse instrumento privado é imprescindível às relações jurídico-obrigacionais para manifestação da vontade. Quanto a essa manifestação, ressalta, ainda, a necessidade da declaração da vontade para que as avenças sejam firmadas, não se admitindo coerção ou imposição de interesses.

A observação de Larenz (2001, p. 68) no sentido de que, ao se firmar um acordo com uma pessoa, estar-se-ia reconhecendo a sua autodeterminação e, por

consequência, a esse indivíduo como pessoa é afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana. A autodeterminação, portanto, estabeleceria íntima relação com a confiança, haja vista que, também moralmente, representaria uma vinculação à promessa dada e reconhecida como legítima (LARENZ, 2001, p. 71).

A promessa que venha a gerar reais e aceitáveis expectativas de que o firmado será cumprido deve ser fielmente satisfeita, desde que não se mostre inexecutável por condições extraordinárias justificáveis. A confiança é, portanto, alvo de proteção no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que importa resguardar a dignidade da pessoa humana.

5 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO DE PRIMEIRA E DE SEGUNDA DIMENSÕES

Os direitos fundamentais são aqueles que se encontram dispostos no texto constitucional de uma determinada sociedade, diferenciando-se, portanto, dos direitos humanos (LUÑO, 2007, p. 47).

Discorrendo sobre a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 271) expõem que o elemento de fundamentalidade material desses direitos estaria no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse princípio reconhecido como uma norma que impõe respeito a diversos outros direitos (vida, liberdade, integridade física) e que também define um limite para a expansão do poder, evitando-se seus abusos. Ao final, concluem que "Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana".

A preocupação do sistema jurídico moderno com a dignidade do homem, no Direito brasileiro, para além do art. 1º, III da CF/88, é bem exemplificado em seu art. 5º, o qual registra o caractere de autodeterminação, em diversos incisos, tais como os que dizem respeito às liberdades de expressão, de culto e de locomoção. Contudo, como as necessidades dos homens estão em constante transformação, não seria possível exaurir todos os direitos atrelados à dignidade da pessoa humana

no texto constitucional. É, por isso, que se admite a existência de direitos fundamentais de cunho material.

No âmbito obrigacional, notadamente com o advento do Estado Social de Direito, observa-se uma maior atenção com a pessoa humana, surgindo, igualmente, novas noções a respeito da compreensão das relações contratuais. Como inovações, frisem-se, mais uma vez, os princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva. Tais mandamentos principiológicos contêm alta carga valorativa, apresentando singular elasticidade.

Nesse momento, cabe, em breve síntese, estabelecer a diferença entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, esta última, segundo Menezes Cordeiro (2011, p. 516), é compreendida sob o aspecto ético e psicológico, consistindo no sistema de valorações de cada pessoa individualmente considerada. Dessa maneira, o sujeito, quando age conforme a boa-fé subjetiva, ignora que aquela situação não é autorizada pelo Direito, o que significa dizer que sua ignorância é justificável. A seu turno, no contexto de transformações sociais, principalmente, dos séculos XIX e XX, como já mencionado, é que assume incontestável relevância a chamada boa-fé objetiva, pautada na exigência de uma postura ética.

Irrefutável, por sua vez, é que a construção da boa-fé objetiva se dá em conformidade com a norma principiológica da dignidade da pessoa humana, tanto em seu aspecto individual quanto coletivo. Isso porque a regra de conduta erigida no valor da eticidade enunciada pela cláusula geral da boa-fé tem uma consequência jurídica social considerável, qual seja a preocupação com a confiança gerada no outro contratante. Martins-Costa (1999, p. 412), nesse sentido, assevera que se devem respeitar os interesses do outro (daquele que integra a relação contratual e, também, da sociedade) quando se tratam de expectativas legitimamente geradas.

As opções contratuais de cada um são justificadas pelos objetivos de vida traçados por cada indivíduo na intenção de ampliar suas perspectivas sociais e de proteger a sua integridade. *Assim, trair o sentimento de segurança, de certeza e de tranquilidade daquele a quem se conquistou a confiança importa ofensa à dignidade da pessoa humana, uma vez que se afronta o direito de autodeterminação daquele contratante, frustrando-se as suas escolhas.* Ressalte-se que não se pretende defender o absolutismo dos pactos firmados. Se há motivos, por exemplo, ensejadores da revisão ou da extinção contratual, devem eles ser analisados para que se chegue à melhor solução para todos que integram a relação contratual.

Nesse sentido, importante destacar dois julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, nos quais, justamente, afirmou-se a boa-fé como manifestação da confiança gerada no outro contratante e do dever de transparência que se impõe nas relações obrigacionais.

No REsp 962.980 - SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 13/03/2012, o STJ entendeu pela sua procedência, aplicando o princípio da boa-fé objetiva, com o especial escopo de preservar o equilíbrio da relação contratual. No caso, o recorrente declarou ter firmado contrato de seguro de assistência à saúde com Sul América Aetna Seguro Saúde S/A, então recorrida. Contudo, quando necessitou, com urgência, dos serviços pactuados, não teria conseguido autorização da seguradora para o tratamento, sob o argumento de que estaria submetido ao prazo de carência.

Na análise do mérito do Recurso, fez-se menção ao voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 20.181.9, destacando-se que "Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de 'porta de entrada' (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado".

O Egrégio Tribunal, ainda, consignou que o princípio da boa-fé objetiva, bem como o princípio da função social dos contratos, guiaria os contratos de seguro de assistência à saúde, revelando-se como expressão da cooperação e da solidariedade. Dessa forma, o prazo de carência, no caso em análise, não se poderia aplicar.

Pode-se afirmar, pois, que, no referido julgado, a expressão da cláusula geral da boa-fé como manifestação dos direitos fundamentais de segunda dimensão está enfatizada como forma de equilibrar os pactos obrigacionais, na medida em que se busca a efetivação dos direitos relacionados à fraternidade e à igualdade.

Já, no julgamento do REsp 1.144.840 - SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20/03/2012, o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez, aplicando o princípio da boa-fé objetiva, todavia, em sua manifestação como dever de informar, deu provimento ao pleito das recorrentes, que requeriam indenização em virtude do falecimento do marido/pai. No caso, o associado descobrira que o hospital no qual precisaria internar-se com urgência não mais tinha convênio com o plano de saúde do qual ele era segurado.

O Tribunal, diante dos fatos apurados, pronunciou-se no sentido de que a operadora de plano de saúde teria a obrigação de informar ao segurado o credenciamento do hospital e que ela somente cumpriria esse dever caso comunicasse, individualmente, o credenciamento de médicos e de hospitais a cada associado. Destacou-se, no julgado, que "No que tange especificamente às operadoras de plano de saúde, o STJ já decidiu estar ela 'obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado'".

Com esses exemplos, vê-se que, apesar de a boa-fé objetiva manifestar-se de maneira aberta e, algumas vezes, de difícil visualização, isso estaria justificado pelo fato de ser ela uma cláusula geral, contendo, em si, diversas maneiras de expressão. Contudo, isso não afasta o seu caráter prático, na verdade, vem a ratificá-lo.

Analisando-se, agora, a pluralidade de dimensões dos direitos fundamentais, deve consignar-se que as diversas dimensões desses direitos não são excludentes entre si, pelo contrário, elas se complementam, fortalecendo o âmbito de proteção dos indivíduos e da coletividade (BONAVIDES, 2000, p. 526). Admite-se que assim seja em razão do caráter multifacetado dos direitos fundamentais, os quais, justamente, se manifestam como um catálogo aberto e passível de desenvolvimento, a depender de cada sociedade. Tanto é assim que o mesmo Estado, em momentos diferentes, pode (e deve) adotar uma postura ativa, no sentido de concretizar os direitos fundamentais, mas também deve abster-se de ingerências abusivas na esfera particular do indivíduo, pois, do contrário, haveria afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana em qualquer dos dois casos (VERDÚ, 2007, p. 90).

Com efeito, a aceção subjetiva dos direitos fundamentais, como preleciona Sarlet (2008, p. 177), indica a existência de um direito de titularidade de um indivíduo, o qual pode exercer perante terceiros, em consonância com a sua prerrogativa de autodeterminação. Destaca-se, pois, uma relação com três elementos: o titular do direito, o objeto desse direito e o destinatário do direito. Por outro lado, a aceção objetiva dos direitos fundamentais mostra-se mais contemporânea às exigências sociais. Segundo Enrique Perez Luño (2007, p. 25), o sentido objetivo assume uma postura institucional, na medida em que confere ao

Estado a função de agir em benefício da coletividade, preservando-se não só os interesses individuais, mas concretizando-se os escopos constitucionais.

Aplicando-se as considerações acima delineadas ao princípio da boa-fé objetiva, ter-se-ia sua atuação sob uma perspectiva individual e social. De fato, as cláusulas gerais não determinam conceitos prontos e acabados; encerram, na realidade, a constante construção do direito, quando remetem o intérprete da lei aos valores morais e sociais, a fim de que possa o juiz posicionar-se quanto ao caso concreto, como explica, com propriedade, Judith Martins-Costa (1999, p. 299).

Vê-se, pois, que a boa-fé objetiva, quando analisada, limitadamente à relação contratual expressa-se como um direito subjetivo ou individual do contratante, o qual pode opô-lo em face do outro com quem se relaciona. Ou seja, na avença obrigacional, ambos os contratantes poderão exigir do outro a posição proba e moral, a fim de que não tenham sua autodeterminação viciada por falsa confiança gerada e conquistada.

De outra sorte, avalia-se a boa-fé objetiva como manifestação da justiça social quando visualizada sob a ótica da função social dos contratos, devendo a coletividade ser respeitada, mesmo que não sofra, diretamente, as consequências do elo firmado entre os particulares.

Com efeito, independentemente da análise da boa-fé, sob a perspectiva individual ou coletiva, percebe-se que, em ambos os casos, tem-se a preocupação em resguardar a dignidade da pessoa humana, porque, se a dignidade é irrenunciável, deve ser alvo de proteção, não importando de onde provenha o insulto (SARLET, 2008, p. 117-118).

É também, nesse contexto, que se revela a importância das funções da boa-fé objetiva, quais sejam: I – Interpretativa (v. arts. 5º, LICC; 113, CC); II – Integradora (v. arts. 113 e 422 CC); e, III – Controladora (v. art. 422 e 187, CC), a qual se divide em 3.1. – *Subfunção Delimitadora de Direitos Subjetivos*; e, 3.2. – *Subfunção Criadora de Deveres Jurídicos Anexos ou de Proteção*, na medida em que esta última traz para a relação obrigacional deveres acessórios, mesmo que não pactuados, mas que simplesmente derivam do comportamento das partes e do dever que têm elas de garantir a higidez do contrato.

Destarte garantir-se-á o sucesso e manutenção dos vínculos obrigacionais, assim como a boa convivência em sociedade, conservando-se os

valores inerentes à dignidade da pessoa humana, na medida em que se concretiza a cláusula geral da boa-fé objetiva.

6 CONCLUSÃO

Na dinâmica social contemporânea, diversas relações podem ser identificadas. Contudo, dois grupos delas são de salutar consideração: o das privadas e o das públicas. Cotidianamente, firmam-se novos vínculos jurídico-obrigacionais, necessários à manutenção das sociedades. Tais avenças, todavia, não podem fugir dos valores difundidos pelo pacto social firmado entre todos que integram o grupo coletivo. Com efeito, a paz social é indispensável à preservação da humanidade, e esse escopo somente poderá ser alcançado por meio da efetivação de um Estado que garanta a autodeterminação dos indivíduos e objetive o bem comum.

Por isso, pode-se afirmar que, apesar da ausência de uma positivação constitucional do princípio da boa-fé objetiva, resta patente sua fundamentalidade material, justamente, pela conotação fundamental que ele carrega. De fato, as escolhas de cada indivíduo, nas relações contratuais, expressam a dignidade de cada um, à medida que se afirmam enquanto indivíduos ativos e integrantes do seio social, sendo, outrossim, marco de grande relevo para a participação, cada vez mais, ativa de cada cidadão e reflexo qualitativo de sua condição cívica.

THE OBJECTIVE *BONA FIDE* PRINCIPLE AS AN IMPLICIT FUNDAMENTAL RIGHT IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

ABSTRACT

The present work intent is to analyze the material fundamentality of the objective *Bona Fide* Principle. By observing the constitutional experience of the fundamental rights in the protection of the human person's dignity and in the consequent self-determination of the individual, it is seen that the reflexes of this new context in the Private Law domain. In that sense, it will be discussed and investigated the relation between the objective *Bona Fide* principle with the Welfare State, and the new

conception of the Private Law, which starts to diffuse the values of the social function of contracts and the concern with the human person as a converging point of the Public and the Private Law, in which the political (citizenship) and the private (individual) dimensions of the same human being must meet each other currently.

Keywords: Objective Bona Fide Principle. Fundamental Rights. Human Person's Dignity. Welfare State. Social Function of Contracts.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Código Civil e Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.051.270/RS (2008/0089345-5)**, Quarta Turma, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 04 de agosto de 2011. DJ 05 set. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=boaf%20E9+objetiva+fun%20E7%E3o+social+dos+contratos&b=ACOR>. Acesso em: 16 nov. 2011.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2011.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.3.

JOÃO XXIII, Papa (Angelo Giuseppe Roncalli). **Documentos de João XXIII**. Trad.: Tipografia Poliglota Italiana. São Paulo: Paulus, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad.: Paulo Quintela. Lisboa: 70, 2005.

_____. **A metafísica dos costumes**. Trad.: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos da etica juridica**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 2001. Monografias.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Trad.: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores e Darío Rodriguez Mansilla. Barcelona: Anthropos, 1996.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madri: Tecnos, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad.: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, v. 3.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo estado de direito**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.