

# A BOA-FÉ OBJETIVA COMO CRITÉRIO A PRIORI DE JUSTIÇA E A BOA-FÉ SUBJETIVA COMO CRITÉRIO A POSTERIORI DA JUSTIÇA: O CONCEITO DE JUSTIÇA COMO FUNDAMENTO DA AÇÃO HUMANA

Recebido em: 26/04/2023

Aceito em: 02/06/2023

DOI: 10.25110/rcjs.v26i1.2023-012

Ferdinando Scremin Neto <sup>1</sup>  
Lucas Augusto Gaioski Pagani <sup>2</sup>  
Ricardo Castilho <sup>3</sup>

**RESUMO:** A boa-fé é cláusula geral de direito privado cujos contornos objetivos e subjetivos impactam a interpretação dos negócios jurídicos quanto aos efeitos e consequências esperadas dos comportamentos das partes, a fim de extrair não apenas o correto sentido e alcance das cláusulas contratuais, como também conformar as consequências jurídicas decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações assumidas pelas partes. Neste contexto a boa-fé objetiva traduz elemento a priori de análise das justas expectativas de comportamentos adequados perseguidos pelas partes, e a boa-fé subjetiva encontra seu fundamento de existência a posteriori, a partir do conceito de justiça como fundamento da ação humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Boa-fé; Justiça; Ação Humana.

## OBJECTIVE GOOD FAITH AS AN A PRIORI CRITERION OF JUSTICE AND SUBJECTIVE GOOD FAITH AS AN A POSTERIORI CRITERION OF JUSTICE: THE CONCEPT OF JUSTICE AS THE FOUNDATION OF HUMAN ACTION

**ABSTRACT:** The good faith principle is a general clause of private law whose objective and subjective contours impact the interpretation of legal transactions regarding the expected effects and consequences of the parties' behaviors, in order to extract not only the correct meaning and scope of contractual clauses, but also conform the legal consequences arising from any breach of obligations assumed by the parties. In this context, objective good faith translates an a priori element of analysis of fair expectations of appropriate behavior pursued by the parties, and subjective good faith finds its foundation of existence a posteriori, based on the concept of justice as the foundation of human action.

**KEYWORDS:** Good-Faith; Justice; Human Action.

<sup>1</sup> Doutorando em Direito. Universidade Nove de Julho (UNINOVE). E-mail: [Ferdinandojuiz@gmail.com](mailto:Ferdinandojuiz@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutorando em Direito. Faculdade Autônoma de Direito (FADISP).

E-mail: [Lucas.pagani@prof.unipar.br](mailto:Lucas.pagani@prof.unipar.br)

<sup>3</sup> Doutor em Direito. Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). E-mail: [ricardo.castilho@unialfa.com.br](mailto:ricardo.castilho@unialfa.com.br)

## LA BUENA FE OBJETIVA COMO CRITERIO A PRIORI DE JUSTICIA Y LA BUENA FE SUBJETIVA COMO CRITERIO A POSTERIORI DE JUSTICIA: EL CONCEPTO DE JUSTICIA COMO FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN HUMANA

**RESUMEN:** El principio de buena fe es una cláusula general del derecho privado cuyos contornos objetivos y subjetivos inciden en la interpretación de los negocios jurídicos en relación con los efectos y consecuencias esperados de los comportamientos de las partes, con el fin de extraer no sólo el correcto significado y alcance de las cláusulas contractuales, sino también conformar las consecuencias jurídicas derivadas de cualquier incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes. En este contexto, la buena fe objetiva traduce un elemento a priori de análisis de las justas expectativas de comportamiento adecuadas perseguidas por las partes, y la buena fe subjetiva encuentra su fundamento de existencia a posteriori, basada en el concepto de justicia como fundamento de la acción humana.

**PALABRAS CLAVE:** Buena Fe; Justicia; Acción Humana.

### 1. INTRODUÇÃO

As relações contratuais são regidas pela boa-fé, cláusula geral de direito privado inerente às relações negociais. Não por acaso o Código Civil é claro ao preconizar que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (Art. 113 do CCB), bem como à atinência do comportamento esperado das partes, vedando o comportamento contraditório (Art. 422 do CCB).

Ainda sob a égide do Código Civil de 1916 já se entendia que a boa-fé tem função basilar em todas as relações jurídicas, representativa que é dos deveres de honestidade e lealdade cujo imperativo permeia as ações humanas, em perspectiva negocial.

Se por um lado a boa-fé compreende tanto o aspecto subjetivo como o objetivo, definir os seus contornos a partir de um conceito de Justiça é algo que desperta mais perguntas que questionamentos. Afinal de que forma o ideário do justo interfere nas relações contratuais? A objetivação da boa-fé é suficiente a esgotar a matéria? Como podem ser extraídos os elementos de boa ou má-fé a partir das condutas das partes sem levar em consideração aspectos subjetivos da conduta, notadamente o móvel e o motivo declarado? Até que ponto as doutrinas tradicionais acerca do justo podem colaborar na compreensão do moderno direito contratual? O que é justiça, nesse sentido? Seria ela pautada em critérios objetivos tabelados pelo ordenamento jurídico ou algo que prescinde da relação humana, portanto fenômeno inteiramente social, de caráter eminentemente *subjetivo*?

São essas questões a que o presente artigo se dispõe a debater, sem pretensão de esgotar a interminável discussão sobre o tema, mas trazendo à lume a necessidade de cotejar as teorias da justiça na esfera contratual, as possíveis implicações, reafirmando-se a noção do justo a partir do cumprimento dos deveres contratuais das partes e da correta noção de abuso de direito.

## 2. DA BOA-FÉ

O Direito cuida de estudar a boa-fé há pelo menos dois mil anos, inserindo-a como valor fundamental do sistema jurídico, porquanto o dever de respeitá-la constitui vetor fundamental do próprio sistema ao atribuir os direitos controvertidos (CORDEIRO, 2016, p. 131-132).

A análise da boa-fé em seu sentido negativo, é dizer, a conformação da má-fé ao caso concreto não é tarefa das mais simples, tal como adverte António Menezes Cordeiro (2016, p. 131-132):

Os grupos fáticos de atuação abusiva usualmente referidos e os próprios princípios mediante de concretização da boa-fé não esgotam as possibilidades criativas do sistema nem, conseqüentemente, as possibilidades de abuso do direito. Quer os grupos típicos, quer os princípios mediante são simples instrumentos linguísticos, de base histórico-cultural, para a concretização da ideia de sistema. Existem: mesmo quando nem sejam especialmente lógicos. Os problemas podem, porém, apelar a vetores ainda por isolar (...) “Abuso de direito” é, como temos repetido, uma mera designação tradicional, para o que se poderia dizer “exercício disfuncional de posições jurídicas”. Por isso ele pode reportar-se ao exercício de quaisquer situações e não, apenas, ao de direitos subjetivos.

Em todo caso a boa-fé tem o condão de apontar um teor geral da colaboração subjetiva, produzindo deveres instrumentais e “avoluntaristas” (MARTINS-COSTA, 2014, p. 356-357):

A função otimizadora do comportamento contratual é obtida por dois modos diversos: de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses, deveres instrumentais de conduta, pois visam ao exato processamento da relação obrigacional, à satisfação dos interesses globais envolvidos, auxiliando na realização positiva do fim contratual e na proteção à pessoa e aos bens da contraparte. De outro, pela utilização do princípio da boa-fé como cânone de interpretação e integração do contrato consoante à função econômico-social que concretamente é chamado a realizar.

Não se trata, portanto, de simples conformação ao princípio da lealdade e confiança – *treu und glauben*, indo muito além das justas expectativas de comportamentos adequados.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de lavra da ministra Nancy Andrighi, já pontuou que “o princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos”<sup>4</sup>.

No campo dos atos jurídicos, a boa-fé traduz situação especial que o Direito acarinha (CORDEIRO, 2021, p. 482). Tanto que o Código Civil prevê expressamente no Art. 422 que *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*. Temos aqui um universo bidimensional, ordenado pela lei e a vontade das partes (CORDEIRO, 2016, p. 545), ordenador dos comandos inerentes ao exercício da boa-fé em todas as fases do contrato — em especial pela *garantia* de que o comportamento das partes, em análise prospectiva, seja pautado em comportamentos previsíveis e adequados, conciliando-se os interesses exarados por meio do instrumento negocial.

A boa-fé de que trata o Art. 422 do Código Civil é, evidentemente, a objetiva (MEDINA, 2022). Em que pese os aspectos objetivo e subjetivo derivarem da mesma matriz ontológica, na seara contratual a análise é, ao menos predominantemente, objetiva.

As origens alemãs do instituto resultam da compreensão de que “nas relações obrigacionais e contratuais a boa-fé é posta sob o prisma dinâmico e tem como função-base a proteção à segurança do tráfico negocial (*Rechtsverkehr*)” (MEDINA, 2022).

Portanto é possível inferir a boa-fé de acordo com as legítimas expectativas nos comportamentos bilaterais dos contratantes, acompanhada da ausência de vícios sociais, inerentes à vontade, de modo a que a circulação de riquezas seja efetivada em conformidade aos vetores objetivos e subjetivos previstos na lei.

Inclui-se, aí, evidentemente, os deveres laterais, acessórios ou anexos da boa-fé, tais como a obrigação de proteção, esclarecimento e informação, da redução de prejuízos, bem assim no tocante à atuação segundo a lealdade, transparência, colaboração, da verdade e dentre outros.

---

<sup>4</sup> STJ, REsp 1726272/PE, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.T., j. 05/11/2019.

Não se trata de tarefa fácil. “A complexidade intra-obrigacional desenvolve-se a partir do Direito; corresponde a uma contraposição material e não a meras formulações linguísticas (CORDEIRO, 2021, p. 592).

A violação positiva do contrato e a ampliação do papel dos deveres acessórios visam a identificar o cumprimento defeituoso da obrigação principal, bem como a mora decorrente do inadimplemento aos deveres laterais ou anexos, atuando em caráter bifronte — tanto sobre as fontes jurídicas incidentes sobre o contrato, compreendidas nas dimensões de interpretação e integração, como também na análise do comportamento das partes frente aos deveres acessórios.

A base do negócio jurídico é compreendida por Karl Larenz como subjetiva, em seu núcleo primário, mediante a determinação da vontade dos contraentes, denotando a determinação da vontade como representação mental ao tempo da conclusão da avença, e em segundo lugar, sob as lentes da base objetiva do contrato (LARENZ, 2002, p. 34). E adverte:

Los supuestos de hecho de la base del negocio subjetiva e objetiva tienen que ser regulados separadamente, tanto más cuanto que desde el punto de vista de la dogmática jurídica pertenecen a tratados diversos. La base del negocio subjetiva entra, como hemos dicho, en el campo de los motivos y ha de concebirse jurídicamente dentro de la teoría del error en los motivos y de los ‘vicios de la voluntad’. La base del negocio objetiva, por el contrario, se refiere a la cuestión de si todavía puede realizarse el fin del contrato y la intención conjunta de las partes contratantes (LARENZ, 2002, p. 34).

Não por acaso o Código Civil adota o binômio *probidade e boa-fé*. Enquanto o primeiro exige uma série de condutas que são exigidas das partes, já citadas sob o título de deveres laterais, acessórios ou anexos, o segundo é corolário lógico do primeiro, consubstanciando matiz ética fundamental e orientadora da construção normativa do direito civil (ALVES, 2010, p. 351); (MOREIRA; PAGANI; DIAS, 2023, p. 47).

### **3. A BOA-FÉ A PARTIR DO IMPERATIVO CATEGÓRICO**

Não há dúvidas de que a boa-fé exige das partes a orientação de condutas em conformidade ao Direito e às justas expectativas dos demais contratantes.

Trata-se de imperativo de conduta aferível tanto do ponto de vista subjetivo como, precipuamente, objetivo.

É preceito paradigma estrutural do negócio jurídico (ALVES, 2010, p. 351).

Não há, aqui, em confundir-se a boa-fé com o conceito distributivo de justiça, porque o postulado não se confunde com a *aequitas*. “A objetivação da boa-fé é um imperativo da segurança jurídica, que não fica ao arbítrio da noção do ‘justo’, vislumbrada pelo juiz na aplicação do caso concreto” (ALVES, 2010, p. 351).

Para entendermos a boa-fé como *imperativo categórico*, se é necessário entender a derivação do conceito, *desenhada originalmente por Emmanuel Kant*, ao vincular o valor *jurídico máximo* a liberdade, conceituando-a como “(...) um conceito puro da razão que, precisamente, por isso, é transcendente para a filosofia teórica, isto é, um conceito tal que não lhe pode ser dado nenhum exemplo adequado em qualquer experiência possível” (KANT, §221).

Dada a liberdade, *um imperativo categórico* é, *in verbis* (KANT, §221-222):

Para nós, que temos um arbítrio que é afetado sensivelmente e, portanto, não se adequa por si mesmo à vontade pura, mas com frequência lhe é resistente, essas leis são imperativos (comandos ou proibições) e, na verdade, imperativos categóricos (incondicionais), razão pela qual se distinguem dos imperativos técnicos (das prescrições da arte), que sempre comandam apenas de modo condicional (...) Obrigação é a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão. O imperativo é uma regra prática por meio da qual uma ação em si contingente torna-se necessária. Ele se diferencia de uma lei prática, a qual, com efeito, torna representável a necessidade de uma ação, mas sem levar em consideração se esta, em si, encontra-se já internamente, de modo necessário, no sujeito agente (como em um ser santo), ou se é (como no homem) contingente.

Isso porque Kant entende que o imperativo é, em verdade, *um dever moral*, isto é, *a justiça é dever* (não obrigação), entendendo-se como um *conceito universal*, devendo ser aplicado para todos os *seres racionais*, sem distinção, conforme Andrea Faggion (2003, p. 48):

Se o imperativo moral é aquele que expressa um princípio racional incondicional para a avaliação das máximas ou princípios subjetivos da vontade, então ele obriga que o sujeito possa querer que sua máxima valha para todo ser racional e não apenas para ele. Aqui, basta que entendamos o que significa para o sujeito estar racionalmente justificado a agir. Não podemos nos considerar racionais, mesmo em um sentido mínimo, e, ao mesmo tempo, sustentar que não seria válido para outro em nosso lugar querer o mesmo que nós. Por exemplo, se para quem quer y é racional fazer x em determinadas circunstâncias, então qualquer outro que queira y também pode fazer x em circunstâncias iguais sob todos os aspectos relevantes.

A visão de Kant *pode ter sido influenciada* por Céfalo, em Platão, isto é, *da derivação da justiça como falar a verdade e cumprir com suas obrigações*, entendendo-se a *justiça*, então, como *a conduta correta* (BHANDARI, 1998).

Platão entendia, em síntese, que a *justiça*, então, é, *antes de tudo um fenômeno social e uma virtude fundamental* (HAMEDI, 2014, p. 1164), *in verbis*:

For Plato, justice is the fundamental virtue, mother of the virtues belonging to each of the three souls. For the intelligence it consists in the correctness of thought; for the will, in courage for the sensibility, in temperance. Wisdom is the justice of the mind; courage, the justice of the heart; temperance, the justice of the senses. Piety is justice in our relation with the Deity; it is synonymous with justice in general<sup>5</sup>.

Entendido como fenômeno *inteiramente social*<sup>6</sup>, o seu *prisma fundamental* é, justamente, as próprias peculiaridades da realidade humana, em especial, em como indivíduos interagem entre si — estabelecendo, então, a existência de um sistema que permita que as relações humanas sejam as mais benéficas em si possíveis, dentro de um sistema ético-moral.

É preceito paradigma estrutural do negócio jurídico, assim de como todo ordenamento jurídico moderno, entendendo-se a aplicação da lei de maneira universal, não entendendo-se de quem seja o réu e quem seja o autor (tanto na esfera obrigacional quanto na esfera moral) (ALVES, 2010, p. 351).

Podemos, então, estabelecer que o justo pode, sim, *ser relacionado* com o centro da boa-fé, diferenciando-se, no entanto, quanto aos imperativos hipotéticos<sup>7</sup> ou categóricos porque o postulado não se confunde com a *aequitas*. “A objetivação da boa-fé é um imperativo [categórico] da segurança jurídica, que não fica ao arbítrio da noção do ‘justo’, vislumbrada pelo juiz na aplicação do caso concreto” (ALVES, 2010, p. 351).

<sup>5</sup> Em tradução livre: Para Platão, a justiça é a virtude fundamental, mãe das virtudes pertencentes a cada uma das três almas. Para a inteligência, consiste na correção do pensamento; pela vontade, na coragem pela sensibilidade, na temperança. A sabedoria é a justiça da mente; coragem, a justiça do coração; temperança, a justiça dos sentidos. Piedade é justiça em nossa relação com a Divindade; é sinônimo de justiça em geral.

<sup>6</sup> “What point is there in talking as if persons will “think themselves” into some idealized version of an “original position” behind a deliberately contrived “veil of ignorance,” when we know that, descriptively, the men who must make social choices are not likely to make such an effort? Social choices will continue to be made, as they have always been made, by ordinary mortals, with ordinary passions. Recognizing this, what can be said about ordering rules in terms of criteria for “justice” and “fairness”—whether these criteria be broadly or narrowly drawn? David Hume’s stricture that reason must be, and should be, slave to the passions can be helpful here” In. BUCHANAN, James. A theory of Justice by John Rawls. **Public Choice**, Vol. 13. September, 1972. p. 126.

<sup>7</sup> “Os imperativos hipotéticos são aqueles que ordenam sob uma determinada condição. Não é que só deva reconhecer a validade dos imperativos quem tem uma condição específica de volição. Todos devem reconhecê-la se ele é realmente um imperativo, o que requer validade objetiva ou universal. Mas, obviamente, só está obrigado a obedecer ao imperativo aquele que se encaixa na condição especificada, e não todo ser racional como tal. Não devemos também cometer o erro de achar que imperativos hipotéticos dependem de um desejo por um fim.” (FAGGION, 2003).

O ideário de boa-fé inculcido na sistemática civil tem assento no dever imanente ao imperativo categórico de Kant, uma vez que o adimplemento contratual deve ser levado a efeito “sem referência a nenhum outro propósito e sem depender de nenhum outro propósito”. (SANDEL, 2012, p. 151-152)

É possível relacionar que a boa-fé é um imperativo categórico, inclusive, para a *justiça retributiva*, para delimitar uma *punição para um comportamento não desejado*, utilizando-se da boa-fé como *parâmetro de justo e injusto*, conforme John Finnis (1972, p. 135):

In short, where Hart is content to say that it is unfair to punish the innocent, and where Kant is keen to insist that it is wrong not to punish the guilty, we should say that it is more reasonable morally (and more representative of Western commonsense) to argue that it is unfair not to aim at punishing the guilty (or, that it is unfair *ceteris paribus* not to punish the guilty)-but also that fairness is not the sole ground of political obligation and so need not be pursued regardless of consequences. And this account of the aim of punishment (as distinct from other social institutions and practices, such as the incarceration of enemy aliens and of lunatics)<sup>8</sup>.

Aqui temos, pois, a genuína boa-fé, despida de reservas mentais e outros interesses *exclusos* ao cumprimento estrito da obrigação contraída ou da ação realizada, podendo-se *aproximar* da visão *aquiniana* de justiça, conforme Claus Dierksmeier e Anthony Celano (2012), *in verbis*:

In particular, moral insight advances through the unification of three different levels of ethical understanding: first, a principled insight that good is to be pursued and evil to be avoided (*synderesis*); second, a situational judgment (*prudentia*) that informs which kind of behavior meets the criteria of law, custom, and virtue that specify the good in each concrete context; third, knowledge (*scientia*) that identifies the specific factual nature of the case at hand<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Em tradução livre: Em suma, onde Hart se contenta em dizer que é injusto punir os inocentes, e onde Kant insiste em insistir que é errado não condenar os culpados, devemos dizer que é mais razoável moralmente (e mais representativo da moral ocidental, senso comum) para argumentar que é injusto não visar a inocentar o culpado (ou, que é injusto *ceteris paribus* não punir o culpado) - mas também que a justiça não é o único fundamento da obrigação política e, portanto, não precisa ser buscada independentemente de consequências. E esse relato do objetivo da punição (diferente de outras instituições e práticas sociais, como o encarceramento de estrangeiros inimigos e de lunáticos).

<sup>9</sup> Traduzindo livremente: Em particular, o *insight* moral avança por meio da unificação de três níveis diferentes de entendimento ético: primeiro, um *insight* baseado em princípios de que o bem deve ser buscado e o mal evitado (*synderesis*); em segundo lugar, um julgamento situacional (*prudentia*) que informa qual tipo de comportamento atende aos critérios de lei, costume e virtude que especificam o bem em cada contexto concreto; terceiro, conhecimento (*scientia*) que identifica a natureza fática específica do caso em questão.

Não se ignora que as partes, eventualmente, são premidas de interesses próprios ao entabularem as avenças, mas uma vez celebrado, o contrato exige rigor objetivo em seu cumprimento, com vistas a cumprir a função social que dele se espera: o *lucro*, isto é, *do jogo de soma positiva que permeia a economia* (PAGANI, 2022).

Assim, falsas promessas ou deslealdades não podem ser coerentes com o imperativo categórico que deve impregnar as condutas dos contraentes, entendendo-se como uma regra universal, moral, obrigacional, vez que “a universalização da falsa promessa eliminaria a instituição do cumprimento da promessa (...). Isso mostra que fazer promessas falsas é moralmente errado, incoerente com o imperativo categórico” (SANDEL, 2012, p. 153), para além de constituir *culpa in contrahendo*.

A autonomia da vontade é compatível com a liberdade dos pactos. Dever e autonomia caminham juntos na medida em que as cláusulas contratuais são livremente pactuadas. Afinal, quando se obedece à um *imperativo categórico*, cuja matriz deontica diz respeito ao exercício do livre arbítrio, obedece-se a uma lei livremente escolhida, uma vez que fora derivada inteiramente sobre a liberdade (base dos imperativos) (SANDEL, 2012, p. 158). Não por outra razão o princípio da força vinculante das convenções – *pacta sunt servanda*.

Se a escolha dos compromissos a cumprir decorre de postulados criados livremente pelos contraentes – premissa de validade dos negócios jurídicos, então tanto o imperativo categórico e hipotético serve de seguro norte diretivo do postulado da boa-fé a partir da análise das condutas dos contratantes.

Independentemente de abstrações relacionadas à inclinação e ao imperativo hipotético, a boa-fé exige o cumprimento do dever a partir dos vetores da autonomia e do domínio inteligível, abstraindo-se desejos, impulsos ou inclinações posteriores à celebração da avença. Por essa razão “os contratos reais têm peso moral na medida em que concretizam dois ideais – autonomia e reciprocidade” (SANDEL, 2012, p. 182).

A ciência não pode negar o livre-arbítrio, assim como o Direito não pode negar o valor da boa-fé como elemento de sociabilidade humana.

A proteção e objetivação da boa-fé pode ser derivada da própria noção *incipiente de segurança jurídica* prevista já em Adam Smith, ao descrever que a *finalidade da justiça* é, justamente, a garantia contra lesão à direito (SMITH, 1896), entendendo-se a *liberdade natural* como *princípio basilar* da justiça, tal qual Emmanuel Kant, conforme James Buchanan (1976 , p. 6):

Smith's norms for social order were not strictly utilitarian, in the Benthamite sense, and justice was an important attribute, justice which embodied the security to person and property previously noted but extended beyond this when his whole structure is considered beyond security, Adam Smith would have surely ranked "natural liberty" as his first principle of justice<sup>10</sup>.

A autonomia da vontade decorre da análise sistemática de diversos dispositivos do Código Civil, dentre eles o Art. 107 (informalismo para a validade das declarações de vontade), o Art. 110 (vedação à reserva mental), o Art. 112 (prelação da intenção nas declarações de vontade, dando-lhe prioridade ao sentido literal de linguagem), bem como aos aspectos objetivos da boa-fé e dos usos do lugar da celebração do contrato, objeto do Art. 113.

A liberdade contratual é a regra insculpida no Art. 421 do Código Civil, referenciada, entretanto, à razão e limites da função social do contrato.

Deveras, o contrato tem uma função, é dizer, um papel a desempenhar, ainda que nem todos os acordos, mesmo voluntários, estejam imbricados de unilateralidade. Em outros termos, há acordos voluntários que não trazem benefícios mútuos (SANDEL, 2012).

A sinalagma é própria dos contratos bilaterais, marca dos contratos impregnados por prestações e contraprestações. Daí a importância do disposto no Art. 476, segundo o qual, nas avenças imbricadas de bilateralidade, *nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro*.

Por essa razão, sob o ponto de vista filosófico, em alguns casos o consentimento pode não ser necessário, a exemplo das estipulações em favor de terceiros. Ainda assim as "reivindicações morais de reciprocidade podem prevalecer, ainda que não haja um ato formal de consentimento" (SANDEL, 2012, p. 183).

Michael Sandel (2012, p. 184) aborda o caso da residência de Hume, na qual foram realizadas benfeitorias necessárias mesmo sem o consentimento de Hume, locador. Assim é relatado o caso:

Hume possuía uma casa em Edimburgo. Ele a alugou ao amigo James Boswell, que, por sua vez, a sublocou. O inquilino achou que a casa precisava de alguns reparos e, sem consultar Hume, contratou um empreiteiro para realizar o serviço. Os reparos foram feitos e a conta foi enviada para Hume, que se recusou a pagar, alegando não ter dado seu consentimento para os consertos. (...) O empreiteiro reconheceu que Hume não havia autorizado o serviço. Mas

<sup>10</sup> As normas de Smith para a ordem social não eram estritamente utilitárias, no sentido benthamita, e a justiça era um atributo importante, justiça que incorporava a segurança da pessoa e da propriedade anteriormente observada, mas estendida além disso, quando toda a sua estrutura é considerada além da segurança, Adam Smith teria certamente classificado a "liberdade natural" como seu primeiro princípio de justiça.

a casa precisava dos reparos, e ele os executara. Hume não aceitou esse argumento. A alegação do empreiteiro era apenas “que o trabalho precisava ser feito”, disse Hume no tribunal. Mas essa “não era uma resposta cabível, porque abria um precedente para que o empreiteiro fosse a qualquer casa de Edimburgo e fizesse a obra que considerasse necessária sem o consentimento do proprietário, dando a mesma justificativa para o que fizera: que o serviço era necessário e que a casa se beneficiaria dele” (...). Quando tratou da reforma da sua casa, Hume não aceitou a teoria da obrigação fundamentada apenas no benefício. Mas sua defesa não foi aceita e o tribunal o obrigou a pagar.

A reforma na casa de Hume traz à lume princípios inerentes à boa-fé objetiva. O caso retrata claramente que *o trabalho precisava ser feito*, o que indica o caráter necessário e útil das benfeitorias, hipótese a atrair a incidência do Art. 35 da Lei de Locações<sup>11</sup>, se o *caso ocorresse no presente momento, em solo brasileiro*.

O caso evidencia o silêncio do contrato quanto às benfeitorias necessárias e úteis levadas a efeito na casa de Hume. Sob a ótica do direito nacional, não seria uma “doutrina nova e absolutamente inadmissível” (SANDEL, 2012), como alegou.

Ademais, ao beneficiar-se das obras e recusar-se a pagar por elas, Hume estaria contrariando o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, se o caso ocorresse no ordenamento jurídico brasileiro atual, vista que não se pode enriquecer às custas de terceiro de maneira ilícita, violando-se os deveres acessórios da boa-fé: os deveres de lealdade e verdade.

No campo da autonomia privada, a boa-fé “obriga a considerar de modo finalista os comportamentos que pretendam ocorrer no seu seio<sup>12</sup>”. E mais uma vez a conclusão é inevitável: Hume estava se omitindo quanto às reformas que a sua residência reclamava. A inação poderia trazer consequências nocivas não apenas ao inquilino, mas até mesmo, em perspectiva, comprometer as estruturas do imóvel.

De modo que a recusa de Hume era puramente formal, baseada exclusivamente na ausência de assentimento prévio. Porém é preciso lembrar que:

A boa-fé não contemporiza, pois, com cumprimentos formais; exige, numa atitude metodológica particular perante a realidade jurídica, a concretização material dos escopos visados. Este aspecto releva no domínio dos deveres acessórios, em boa parte destinados a promover a realização material das condutas devidas, sem frustrar o fim do credor e sem agravar a vinculação do devedor. (CORDEIRO, 2021, p. 650)

<sup>11</sup> (...) *salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.*

<sup>12</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Ob. cit.*, p. 649.

Em caso distinto, o exemplo do mecânico que se depara com um carro parado no acostamento de uma via e inicia os trabalhos de inspeção, cobrando unicamente por tempo, sem expressa aquiescência do proprietário premido de necessidade diante de uma falha mecânica retrata o abuso de direito por parte do prestador do serviço<sup>13</sup> — visto que a boa-fé, também, necessita-se de critérios para que seja estabelecida, dentro de uma ação benéfica para ambos, vedando-se condutas abusivas qualquer uma das partes.

Mesmo que se conclua, sob as premissas estritamente filosóficas de Michael Sandel, que a obrigação pode nascer prescindindo de prévio acordo, de algum tipo de consentimento, o estatuto consumerista exige o orçamento prévio e a expressa anuência do consumidor, nos termos do Art. 39, VI do CDC — o que pressupõe, portanto, a objetivação da conduta de boa-fé, não bastando o dever moral, *mas entendendo-se o imperativo categórico* como verdadeiro *imperativo obrigacional*, portanto.

A conduta do mecânico, aliás, poderia facilmente configurar conduta abusiva do prestador de serviço, *ex vi* do disposto no art. 51, IV e XV do CDC.

Sob a ótica da boa-fé objetiva, o descumprimento positivo do contrato restaria evidente, dada a abusividade da conduta do mecânico, em malferimento ao dever de informar, contrariando, inclusive, a natureza de obrigação de resultado que lhe vincula.

Ora, cobra-se pelo serviço prestado do qual resulte utilidade ao consumidor, a partir das justas expectativas de quem precisa de socorro mecânico.

A base contratual não pode ser estabelecida apenas no diagnóstico do problema, salvo se assim expressamente pactuado. Busca-se o mecânico para corrigir um problema no veículo, não para descartá-los – como o caso sugere.

Lembre-se de que as tratativas contratuais são informadas pelo princípio da confiança. O dever de consideração obriga as partes “a adotar um comportamento

---

<sup>13</sup> O caso é citado por Michael Sandel (2012) na obra referenciada sob as seguintes premissas fáticas: “Quando voltamos para o carro, ele não dava partida. Nenhum de nós entendia de mecânica. Enquanto pensávamos no que fazer uma van parou perto de nós. Na lateral, lia-se: “Oficina Móvel do Sam”. Um homem, provavelmente Sam, desceu da van. Ele se aproximou oferecendo ajuda. “Trabalho da seguinte maneira”, explicou. “Cobro 50 dólares por hora. Se eu consertar o carro em cinco minutos, vocês me pagam 50 dólares. E, se eu trabalhar por uma hora e não conseguir consertá-lo, ainda assim vocês me devem os 50 dólares”. “Quais são as chances de você conseguir consertar o carro?”, perguntei-lhe. Ele não me respondeu diretamente e começou a bisbilhotar embaixo da coluna de direção. Eu não sabia o que fazer. Olhei para meus amigos para ver o que eles estavam achando daquilo. Poucos minutos depois, o homem saiu de baixo do carro e disse: “Bem, não há nada errado com o sistema de ignição, mas vocês ainda têm 45 minutos. Quer que eu abra o capô e dê uma olhada?”. “Espere aí”, disse eu. “Não contratei os seus serviços. Não fizemos acordo algum”. O homem ficou muito zangado e disse: “Você quer dizer, então, que se eu tivesse consertado seu carro nesses cinco minutos você não ia me pagar?” Eu disse: “Aí a questão seria outra”.

contínuo que satisfaça a um standard de conduta – variável no tempo e no espaço – regido pelos princípios da boa-fé e da confiança”. (MORAIS, 2021)

Toda a conjuntura do caso é abusiva, pois sequer o mecânico se dignou responder ao cliente sobre as chances de consertar-lhe o veículo. A relação contratual sequer chegou-se a se ultimar.

Nesse sentido lembra António Menezes Cordeiro (2021, p. 857) que “a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem constitui o mais promissor dos subtipos integrados no exercício em desequilíbrio”. O contratempo, porém, expõe o dilema de ordem jurídico-filosófica de que “nem sempre as coisas ficam claras quando envolvem o consentimento” (SANDEL, 2012, p. 186).

Ocorre que “a boa-fé atua como limite à autonomia da vontade” (MEDINA, 2022):

O dogma da autonomia da vontade, que permite a possibilidade ampla de estipulação, encontra sua limitação na atividade concreta das partes, que deve ser orientada pela lealdade e boa-fé. Daí exsurge o papel de limitação e correção que a boa-fé assume como um autêntico contrapeso à *facultas agendi* das partes. O papel desenvolvido pela boa-fé é intenso na fase pré-contratual (...). Como limite ao princípio da autonomia das partes, a boa-fé determina a necessidade da colaboração intersubjetiva entre as partes como forma de desenvolvimento dos atos negociais em observância ao princípio *alterum non laedere*, pelo qual os atos próprios não devem provocar prejuízos a terceiros. Fala-se, assim, no combate à conduta de não cooperação (*condotte non cooperative*) ou obstrutiva (*ostruzionistiche*), que pode assumir diversas conotações na relação contratual e que é alvo de correção pela boa-fé. (MEDINA, 2022).

Com efeito, não é fácil prever comportamentos, nem mesmo *concentrar informações* que sejam possíveis para descrever todo o cenário e ter uma *ação perfeita*, dada a *impossibilidade de concentração de informações* e da descentralização informacional derivada da própria interação humana, conforme F. A. Hayek (2018)<sup>14</sup>.

E nesse cenário, é importante lembrar que todo ser humano age em torno de sair de uma menor satisfação para uma maior satisfação (MISES, 2010), em regra, *utilizando-se da informação atual e da disponibilidade de recursos que dispõe no presente momento* para poder projetar algum ganho futuro, e não necessariamente ter lucro, sendo um apenas

<sup>14</sup> Nesse sentido, Lucas Augusto Gaioski Pagani (2022): “O mundo é caótico, complexo, não sendo possível que tudo seja perfeitamente arranjado, ou perfeitamente conhecido, sendo necessário, então, que as instituições reduzam esse intervalo entre a imprevisibilidade e a previsibilidade dos agentes envolvidos pelas instituições.”

uma expectativa que é *corrigida pela tentativa e erro* (PAGANI, 2022, p. 118); (SMITH, 1996).

O caso é claro ao apontar a iniquidade das condições contratuais originárias: a exagerada vantagem ao prestador, em detrimento do estado de perigo em que se encontrava o consumidor.

A situação de vulnerabilidade, o perigo enfrentado pelo proprietário do automóvel parado à beira da via sem que nenhum dos ocupantes tivesse conhecimento de mecânica, fato conhecido da outra parte, o prestador do serviço, seguida da onerosidade excessiva em estipular a cobrança do tempo pelo tempo independente de qualquer consequência útil ao consumidor indica a subsunção ao Art. 156 do Código Civil.

Ainda, a boa-fé impõe seu campo de incidência a todas as fases contratuais, devendo ser consideradas, nesse aspecto, a análise da “dimensão das esferas particulares tuteladas” (CORDEIRO, 2021, p. 563)

Sobre o tema advertem José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2022), *verbis*:

Nosso sistema foi falho ao prever o dever de probidade e de boa-fé unicamente na fase de execução e de conclusão do contrato. Desde a descoberta e construção de Ihering quanto à culpa *in contrahendo* é óbvio que a boa-fé incide na fase preliminar, na qual as partes formulam as tratativas e preparam a formulação do contrato (...). A boa-fé objetiva atende aos reclamos da tutela da confiança e da primazia da realidade subjacente, operando função interpretativa e corretiva. As partes, quando firmam uma relação contratual, se fragilizam, porque confiam, o que justifica a proteção séria desta confiança que é a base de sustentação de todo o sistema jurídico negocial. Da mesma forma, a vinculação contratual incute a noção básica de que a prestação será materialmente cumprida, pois se espera que o acordo seja efetivamente cumprido.

As circunstâncias indicam o abuso do mecânico. Aqui reside, ao menos na doutrina italiana, “o campo mais conseguido da recepção da boa-fé moderna” (CORDEIRO, 2021, p. 570). O dano, no caso, “deve ser aferido pela diferença entre o que a boa-fé determinaria e a situação efectiva alcançada com a sua violação (CORDEIRO, 2021, p. 575).” No caso em análise, o consumidor teria direito à repetição do indébito e, conforme as circunstâncias, ao dano moral.

A boa-fé objetiva tem aqui sentido unívoco, porquanto “é possível defluir, para o bem comum das partes, que o adimplemento deve ser realizado da forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa para o devedor” (MORAIS, 2021).

O exemplo tratado, no entanto, revela a posição contratual privilegiada do mecânico e a execução do contrato seguindo as próprias conveniências, sem preocupar-se com os deveres laterais ou anexos da boa-fé frente ao consumidor.

A conduta do mecânico é abusiva.

Reconhecendo a abusividade da conduta, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a oficina mecânica sequer pode reter o automóvel à espera de pagamento, sob pena de caracterização de esbulho (REsp nº 1628385/ES).

O STJ preconizou que o fato de deixar o veículo na oficina para reparos não transfere a posse sobre o bem, tendo os mecânicos apenas a detenção do automóvel<sup>15</sup>.

Significa dizer, então, que a *boa-fé* depende, também, das suas circunstâncias, alinhando-se a um *imperativo categórico* e, ao mesmo tempo, *hipotético*, conforme explicitado acima, devendo ser analisado tanto pelo aspecto objetivo e subjetivo, com o objetivo de encontrar a aplicação efetiva da justiça, sobre o manto de fazer a coisa certa, e fazer aquilo que se deve.

O caso proposto, portanto, apresenta discussões nas searas filosófica e jurídica a partir dos contornos normativos vigentes, mas é possível encontrar nas duas categorias ontológicas um denominador: a análise da correção da conduta do mecânico, a incluir, evidentemente, a ausência de objeção imediata do consumidor, esta última com implicações mais filosóficas que jurídicas.

No campo jurídico, porém, a violação positiva do contrato, espécie de inadimplemento decorrente da *culpa in contrahendo*, “funda-se no desrespeito aos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva e tem força para gerar responsabilidade (*zivilrechtliche Haftung*) à parte causadora da violação” (MORAIS, 2021).

Vê-se aqui, a incidência dos postulados da boa-fé objetiva independentemente da análise de aspectos volitivos da conduta.

Importa anotar a compreensão já antiga na jurisprudência alemã no sentido de que os deveres anexos à boa-fé objetiva, tal como já mencionado, são autônomos e de observância compulsória, “admitindo, independente da celebração do contrato, a sua exigibilidade no contato social ou negocial, na fase das negociações preliminares (*Verhandlungen ou Punktation*)” (MORAIS, 2021).

---

<sup>15</sup> Consta do voto condutor no REsp nº 1628385/ES: “não configurada a posse de boa-fé do veículo por parte da recorrente, mas somente sua detenção, não é lícita a retenção ao fundamento de que realizadas benfeitorias, porquanto refoge à previsão legal do artigo 1.219 do Código Civil/2002, invocado para respaldar o pleito recursal”.

Com efeito, os comportamentos das partes produzem efeitos jurídicos, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo. As circunstâncias do caso apontam para a conclusão de que o mecânico faltou com os deveres anexos de conduta ao deixar de verificar o problema mecânico e de fazer o orçamento prévio, de tudo cientificando o consumidor, que deveria ter tido a chance de aprovar, previamente, a execução do serviço.

#### 4. CONCLUSÕES

Os deveres anexos de conduta surgem ao lado da confiança traduzida na justa expectativa de comportamentos adequados, entre os intervenientes da relação contratual, perpassando a todas as fases da avença, como predito.

Sob o ângulo da filosofia, infere-se que a subjetividade humana é variada, compreendendo-se o fenômeno da justiça tanto sob a ótica subjetiva quanto objetiva, é dizer, a partir dos aspectos naturais do comportamento humano (ação) e também de fenômeno social (convivencial).

Nesse sentido é importante entender que a justiça pode ter variadas frentes e formas, podendo ser entendida como a coisa certa a se fazer, ou, ainda, como sendo aquilo que é de cada um, bem como a partir da noção do imperativo categórico de dizer a verdade e fazer a coisa certa, a depender do prisma filosófico, em campo amplo e subjetivo.

No campo jurídico, entretanto, a análise é predominantemente objetiva.

Embora premidos dos deveres de lealdade, informação, colaboração e cuidado, dentre outros, expressões que são de solidariedade social, as partes deverão comportar-se com probidade e boa-fé desde as negociações preliminares, projetando as justas expectativas de modo a conformarem a justiça contratual e o equilíbrio econômico do contrato.

É da essência da função social do contrato o fim de circulação de riquezas, de modo que o conceito de justiça, sob o âmbito filosófico, nem sempre será consentâneo à noção positiva de Direito, às normas vigentes, ao ordenamento jurídico.

Defende-se aqui a ideia de justiça baseada na boa-fé, sugerindo-se, inclusive, ao legislador, aclarar os deveres anexos ao Art. 422 do Código Civil.

Se não há consenso quanto à ideia de justiça, ao menos no campo da boa-fé os estudos têm indicado um norte mais seguro, impregnado de relativo consenso quanto ao alcance e efeitos nas relações contratuais.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueirêdo. **Código Civil Comentado**. SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord). São Paulo: Saraiva, 2010.
- BHANDARI, D. R. **Plato's Concept of Justice: An Analysis**. The paideia Archive: Twentieth World Congress of Philosophy, 1998.
- BUCHANAN, James. A theory of Justice by John Rawls. **Public Choice**, Vol. 13. September, 1972.
- BUCHANAN, James. **The Justice of Natural Liberty**. The Journal of Legal Studies. Vol. 5. N. 1, January 1976.
- CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2021.
- CORDEIRO, António Menezes. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- DIERKSMEIER, Claus. CELANO, Anthony. **Thomas Aquinas on Justice as a Global Virtue in Business**. Business Ethics Quarterly. Vol. 22, nº 2, April 2012.
- FAGGION, Andrea. **O imperativo categórico como realização da necessidade lógica da razão**. Revista de Filosofia, Curitiba. V. 15. N.17, pp. 43-53. Jul/dez. 2003.
- FINNIS, Jonh. **The Restoration of Retribution**. Analysis. Vol. 32, No. 4. March, 1972.
- HAMEDIM, Afifeh. **The Concept of Justice in Greek Philosophy (Plato and Aristotle)**. Mediterranean Journal Of Social Sciences. Vol. 5, Nº 27, 2014.
- HAYEK, Friedrich August Von. **O Uso do Conhecimento na Sociedade**. In: MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 153–162, 2018. DOI: 10.30800/mises.2013.v1.205.
- LARENS, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Albolote (Granada): Comares, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith Martins. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da Ética da Situação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, vol. 20, 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre, v. 2, n. 4, ago. 2014.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil Comentado**. 4 ed. em *e-book*. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MISES, Ludwig Von. **A Ação Humana**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.
- MORAIS, Ezequiel. **A boa-fé objetiva pré-contratual**. Deveres anexos de conduta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MOREIRA, Daniel Scaramella; PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. Precedente, igualdade e segurança jurídica: o fundamento da prestação jurisdicional e da efetividade da justiça. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 26, n.1 , p. 32-50, 2023. ISSN: 1982-1107.
- PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal**: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes.

Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022.

RODRIGUES, Laura Secfém *et al.* **Compromissos de Ajustamento de Conduta e Processo Estruturante na Proteção de Dados Pessoais:** é hora de um novo passo. Revista de Direito e as Novas Tecnologias. Vol. 11/2021. Abr-Jun 2021, DTR\2021\8869.

SANDEL, Michael. **Justiça:** O que é fazer a coisa Certa? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord). **Código Civil Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações:** Volume I. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

SMITH, Adam. **Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms.** Dublin: Edwin Cannan, 1896.