XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

ANDRÉ FELIPE SOARES DE ARRUDA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza

Maria Creusa De Araújo Borges

André Felipe Soares de Arruda – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-780-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O campo da pesquisa jurídica em Direito Civil tem sido marcado pelas transformações econômicas, sociais e tecnológicas com impactos na elaboração de projetos de investigação científica. Independentemente da abordagem e dos métodos utilizados, são verificadas mudanças paradigmáticas nessa seara do Direito. Mudanças que lançam um novo olhar sobre temáticas tradicionais e novos temas são alçados a centrais na agenda contemporânea. O campo de investigação em Direito Civil presenciou uma mudança paradigmática com a assunção da Constituição como um eixo interpretativo do Direito Privado, com impactos no Direito do Trabalho, Direito Empresarial, entre outros. No Direito Civil, significou que princípios e normas de fundamento constitucional passam a incidir na aplicação das regras privatistas, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, função social da propriedade, da empresa, dos contratos. Não obstante a contribuição da abordagem do Direito Civil Constitucional, o que se presencia, atualmente, constitui uma mudança sem precedentes. Análise econômica do Direito e Direito Digital, com suas nuances, impactam no tratamento jurídico nessa seara. O significado e os impactos teóricos, metodológicos e jurisprudenciais começam a ser sentidos, inaugurando uma agenda contemporânea de pesquisa que, partindo da Constituição de 1988, de seus princípios e normas, agrega contribuições interdisciplinares advindas da economia, das ciências tecnológicas, das ciências sociais e políticas.

Os artigos aqui reunidos simbolizam a assunção dessa nova agenda contemporânea no Direito Civil que, partindo do Direito, agrega as contribuições das ciências econômicas, sociais e políticas. O debate foi lançado no CONPEDI, no GT Direito Civil Contemporâneo, levando a inquietações de ordem teórica e metodológica. Os resultados dessa discussão não se esgotam na apresentação desses artigos. Eles constituem um ponto de partida para o re-pensar do Direito Civil no contexto societário vigente.

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiúza - PUC/Minas

Prof. Dr. André Felipe Soares de Arruda - PUC/SP

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO PARA A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA EM TODAS AS ÁREAS DO DIREITO

JUDICIAL ACTIVISM AS A MEANS FOR THE CONSECRATION OF THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH OBJECTIVE IN ALL AREAS OF LAW

Carla Campos [1]

Resumo

Este artigo trata do ativismo judicial na consagração do princípio da boa-fé objetiva em todas as áreas do Direito. O objetivo geral do trabalho é tratar da importância e da evolução desse princípio no ordenamento jurídico atual. Serão amplamente discutidas as funções, deveres e teorias decorrentes da aplicação desse princípio. Objetiva-se ainda tratar da relevância do tema e os impactos causados nas relações contratuais por meio de revisões contratuais após a consagração desse princípio no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Boa-fé-objetiva, Ativismo judicial, Princípio, Jurisprudências, Contratos

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with judicial activism in the consecration of the principle of objective good faith in all areas of Law. The general objective of the work is to deal with the importance and evolution of this principle in the current legal system. The functions, duties and theories resulting from the application of this principle will be widely discussed. It also aims to address the relevance of the issue and the impacts caused in contractual relations through contractual reviews after the consecration of this principle in the legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Good-faith-objective, Judicial activism, Principle, Jurisprudence, Contracts

[1] Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Advogada, Contabilista, Especialista (MBA) em Direito Tributário e Contabilidade pelo IPOG.

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do princípio da boa-fé objetiva e seus reflexos no ordenamento jurídico atual.

A relevância do tema se dá em função dos impactos causados nas relações contratuais por meio de revisões contratuais após a consagração desse princípio no ordenamento jurídico.

Em função da previsão expressa de princípios principalmente na Constituição de 1988, a legislação foi integrada ao conteúdo desses princípios. É dentro desse contexto que surgiu o princípio da boa-fé objetiva, que atualmente é o principal norteador de todas as áreas do direito.

Os objetivos específicos do trabalho estão compreendidos em tratar das funções, deveres e teorias derivados desse princípio, que estão sendo amplamente aplicados no julgamento de casos concretos em nosso país.

A metodologia empregada na elaboração deste trabalho, em termos de pesquisa, é do modo dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental. O desenvolvimento dos objetivos atendeu aos seguintes procedimentos: estudo das fontes bibliográficas com destaque aos temas relevantes para a investigação e a elaboração de fichamentos, visando sistematizar e compreender os textos doutrinários que tratam do tema.

2 – CONCEITO DE PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Princípios gerais do direito são preceitos normativos que devem ser observados na edição de normas e também na aplicação da lei, até mesmo quando esta for omissa (ASSIS NETO, 2014, p. 81).

Muitos doutrinadores descrevem princípios como "alicerces" do ordenamento jurídico. Ademais, são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, que para a elaboração de novas normas (REALE, 1999, p. 306).

Em outras palavras, serão aplicados a casos concretos, caso ocorra colisão entre dois princípios, a solução consiste em diminuir-se a eficácia de um princípio e elevar-se a eficácia do outro, segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade, pendendo-se em favor do

princípio de maior peso ou valor para aquele caso, vale dizer, considerando-se suas circunstâncias peculiares. (BONAVIDES, 2002, p. 251-2)

3 - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé é uma interpretação relacionada às cláusulas gerais que estão presentes nas relações contratuais e também em qualquer relação jurídica. Este princípio visa verificar a intenção e o comportamento dos agentes nas relações jurídicas.

Quando a ação do agente refere-se a uma conduta tida como correta e proba, fala-se em boa-fé objetiva, agora quando o agente sabe que não está agindo de forma correta e justa, em que sua ação prejudica uma outra parte na relação jurídica, estamos diante da má-fé objetiva.

Porém, a boa-fé subjetiva trata das circunstâncias que valorizam a atuação do possuidor, ainda que sua posse seja injusta, conferindo-lhe direitos (arts. 1.214 e 1.222 do Código Civil), ou seja, corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito (REALE, 2003, p. 3-4).

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais é de suma importância isso porque, por meio de contratos são formalizados negócio, estes que estão amplamente ligados à circulação de riquezas (GOMES, 2002, p. 22).

O contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para sua formação, de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, o negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. Contrato é, portanto, como dito, uma espécie do gênero negócio jurídico(GONÇALVES, 2012, p. 22).

Podemos conceituar referido princípio como regra de conduta contratual, ou seja, é dever ativo e, ao mesmo tempo, uma norma de interpretação das disposições contratuais. Por isso se trata de uma acepção positiva. Daí concluir-se que a boa-fé objetiva é ampla. Será concretizada pela atividade criadora do direito nas decisões judiciais, ou seja, as partes

contratantes devem agir de acordo com normas de conduta pautadas na seriedade e ausência de malícia ou de pretensão de se locupletar indevidamente.

A boa-fé objetiva é caso típico de cláusula geral, adotada pelo Código Civil (art. 422), e está implicitamente presente em todos os negócios jurídicos.

Também podemos conceiturar o princípio da boa-fé objetiva como um modelo de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. Esse princípio encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão.Por isso, a boa-fé objetiva é fonte de obrigações, impondo comportamentos aos contratantes, segundo as regras de correção, na conformidade do agir do homem comum daquele meio social (ROSENVALD, 2009, p. 458).

Portanto, a boa-fé objetiva assume a função social do contrato, que rege todo o ordenamento jurídico civil e proporciona segurança nas relações jurídicas e nas relações contratuais pois em função do padrão de atitudes que se espera de cada uma das partes, trata-se de uma relação de confiança pré-estabelecida, e no caso de descumprimento destas, a parte prejudicada terá o direito de se socorrer pela via judicial para reclamar e fazer valer seus direitos. Vale dizer, que esses direitos já estavam implícitos na negociação pela simples previsão expressa em lei do princípio da boa-fé objetiva.

O princípiuo da boa-fé objetiva foi inicialmente previsto no artigo 131 do Código Comercial de 1850, posteriormente foi tratado no Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:
>
> 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

Nesse período sua aplicabilidade não era efetiva, pois a realidade da época não demandava a utilização deste preceito nas relações de consumo ou até mesmo nas relações comerciais.

Posteriormente, o Código Civil de 1916, mencionou esse princípio nos arts. 1.143 e 1.531:

> Art. 1.143. Se duas ou mais pessoas tiverem direito ao retrato sobre a mesma coisa, e só uma o exercer, poderá o comprador fazer intimar as outras, para nele acordarem. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)
> Art. 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

Com a vigência do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva passou a exercer um papel fundamental na aplicabilidade da legislação atual referente a matéria de contratos.

O art. 422 do C.C. causou e tem causado muita discussão entre os doutrinadores em função da aplicabilidade desse princípio, pois embora o texto do art. 422 tenha dito que na conclusão e na execução do contrato é que os contratantes devem observar o princípio da probidade e boa-fé, muitos doutrinadores defendem que ela também incide sobre as fases pré e pós contratual (REALE, 2003, p. 4-5).

Segundo a mais abalizada doutrina, os contratantes são obrigados a guardar os princípios de probidade e boa-fé, tanto na conclusão do contrato, como em sua execução (GAGLIANO E PAMPOLHA, 2008, p.77-81), de forma a obrigar as partes ao cumprimento dos deveres acessórios de lealdade e conduta proba também durante as negociações preliminares e mesmo após o cumprimento integral das prestações (ASSIS NETO, 2014, p.856).

Podemos citar como exemplo de descumprimento da boa-fé objetiva na fase pré contratual, o caso do agente que convida outro para iniciar as negociações preliminares quando já era impossível a celebração do negócio sobre o objeto desejado, devendo suportar a obrigação de ressarcimento das despesas realizadas em virtude do fato.

Outro exemplo, agora sobre a fase pós contratual, é o que acontece no caso de usufruto de um estabelecimento, hipótese em que a boa-fé é presumida por parte do usufrutuário, até o final do contrato de usufruto.

Ademais, a boa-fé é norma de conduta que se posta no plano horizontal de atuação das partes na relação contratual, impõe deveres de respeito e honestidade no trato com o outro contratante e está altamente sujeito a mutações isso em decorrência dos usos e costumes da sociedade, já a função social, atua no plano vertical, considerando a supremacia do interesse público sobre o particular, de sorte que a contratação, embora perfeita e exequível para ambas as partes, não pode se sustentar sob pena de violação à ordem pública (ASSIS NETO, 2014, p. 856).

O Superior Tribunal de Justiça solidificou o entendimento de que a boa-fé não possui um conteúdo *per se*, a ela inerente, mas contextual, com significativa carga histórico-social. Com efeito, em mira os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais preexistiam de séculos (REsp 1113804/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 27/04/10, DJE 24/06/10).

4 - FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Por se tratar de princípio amplo, procurou-se sistematizar os diferentes papéis da boa-fé no campo contratual. A mais difundida é uma classificação tripartite das funções do princípio da boa-fé: função interpretativa, função supletiva e função corretiva (GOMES, 2007, p. 44).

Venosa, estabelece que o princípio da boa-fé objetiva pode ser definido nas funções interpretativas, de controle dos limites do exercício de um direito e função de integração do negócio jurídico (VENOSA, 2005, p. 410).

A função interpretativa está descrita no art. 113 do C.C., que estabelece que os negócios jurídicos por regra, devem ser interpretados de acordo com o princípio da boa-fé e conforme usos e costumes do lugar de sua celebração.

Porém, esse artigo não pode ser interpretado sozinho, pois, existe a necessidade de aplicação em conjunto das normas vigentes. Ademais, em função da variedade de possibilidade de negociações contratuais torna-se necessário utilizar-se da função integradora desse princípio para impor às partes comportamentos necessários previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença.

Verifica-se que o princípio da boa-fé objetiva é norma abertaque não possui concretização específica, ou seja, é norma abstrata e exige esforço por parte do juiz para integrar também, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, no julgamento do caso concreto.

Assim, o princípio da boa-fé objetiva não pode ser aplicado de forma isolada em cada caso, da mesma forma, as cláusulas contratuais não seguem este critério. O contexto fático deve ser analisado.

A boa-fé tem outra função, a de complemento, que tem o objetivo de ampliar obrigações especialmente por meio de criação de deveres acessórios.

O art. 128 trata dessa função quando se refere à manutenção dos atos praticados em negócio de execução continuada quando a eles sobrevier uma condição resolutiva, exigindo, para sua manutenção, que sejam compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme os ditames da boa-fé.

O objetivo principal da função complementar da boa-fé é a de criar os deveres anexos, acessórios ou laterais.

Os deveres anexos são subcláusulas inseridas na cláusula da boa-fé, se esta puder ser definida como cláusula pertencente nas relações jurídicas. O dever de assistência ou cooperação refere-se à concepção de que, se o contrato é feito para ser cumprido, aos contratantes cabe colaborar para o carreto adimplemento da sua prestação principal, em toda a sua extensão (PAMPOLHA, 2008, p. 72).

Aqui também se caracteriza o *duty to mitigate the loss,* pela qual se impõe ao credor, numa relação jurídica, que minore seu prejuízo, como decorre do Enunciado 169 da III de Direito Civil do CJF, que estabelece que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar a agravamento do próprio prejuízo.

Importante mencionar, que a informação se aplica não só para os casos de alienação de bens, mas a toda relação contratual. De acordo com este preceito as partes devem informar uma a outra sobre as características que contornam o negócio, desde as peculiaridades da coisa ou serviço até os riscos que representa.

Esse dever pode ser encontrado também no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que são direitos básicos do consumidor, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade,

características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. Destaca-se que sua inobservância pode acarretar a anulação do negócio jurídico.

O Informativo 442 do STJ exemplifica o que foi exposto. Trata-se da análise dos riscos advindos de investimentos econômicos feitos por investidores em fundos ou ações reconhecidamente variáveis:

> Na hipótese em questão, os recorrentes ajuizaram ação indenizatória por danos materiais e morais contra os recorridos, sob o argumento de que sofreram prejuízos de até 95% dos valores investidos, em razão da propaganda enganosa veiculada por um deles (a instituição financeira), bem como da ausência do dever de informação acerca dos riscos do negócio, da prática de atos ilícitos e, também, da má gestão do fundo de investimentos. A sentença julgou procedente o pedido, decisão que foi reformada pelo tribunal *a quo*. Nesse contexto, a Turma entendeu, entre outras questões, que, nos investimentos em fundos derivativos, principalmente os vinculados ao dólar americano, é ínsito o alto grau de risco, tanto para grandes ganhos, quanto para perdas consideráveis**.** Assim, aqueles que se encorajam a investir em fundos arrojados estão cientes dos riscos do negócio, caso contrário, depositariam suas reservas em investimentos mais conservadores, como, por exemplo, a caderneta de poupança. Observou-se não se poder olvidar, ainda, que, nos idos de 1999, a economia nacional passava por profundas transformações, o que, por si só, ressalta o conhecimento por parte dos consumidores dos riscos desse tipo de aplicação financeira. Ademais, os investidores foram informados dos riscos dos investimentos, pois isso consta do acórdão recorrido quando consigna que o material informativo lhes foi entregue. Destarte, sendo do conhecimento do consumidor-padrão o alto risco dos investimentos em fundos derivativos, além do fato de os investidores tomarem ciência dos termos da aplicação financeira, não há falar em ofensa ao direito de informação. Diante disso, negou-se provimento ao recurso. Precedente citado: REsp 747.149-RJ, DJ 5/12/2005. REsp 1.003.893-RJ**,** Rel. Min. Massami Uyeda, 10/8/2010.

Em função supletiva, a boa-fé atua criando deveres anexos (também chamados laterais, secundários ou instrumentais). Além dos deveres principais, que constituem o núcleo da relação contratual, há deveres não expressos cuja finalidade é assegurar o perfeito cumprimento da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato. Dentre estes, destacam-se os deveres de informação, sigilo, custódia, colaboração e proteção à pessoa e ao patrimônio da contraparte (GOMES, 2007, p. 44-5).

O Conselho da Justiça Federal pelo enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil já se posicionou sobre o assunto, estabelecendo que em virtude do princípio da boa-fé, positivado no CC 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

5 – TEORIAS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A jurisprudência, bem como, os estudiosos do direito, criaram teorias e institutos que visam aplicar o princípio da boa-fé objetiva em casos concretos, são elas: a proibição do *venire contra factum proprium, surrectio* e *supressio e o duty to mitigate the loss.*

5.1 - Proibição do *Venire Contra Factum Proprium*

Como visto, a boa-fé objetiva impõe que, nas relações jurídicas, as partes se comportem de forma coerente, ou seja, sem adoção de atitudes que, por sua contraditoriedade, indiquem desvio de comportamento capaz de caracterizar deslealdade na conduta do agente.

Dentro dessa regra genérica de proibição de atos contraditórios, imposta pelas cláusulas gerais de boa-fé objetiva e de vedação do abuso de direito, encontramos dois institutos clássicos quais sejam, o *tu quoque,* e o *venire contra factum proprium.*

O *venire,* objetiva impossibilitar comportamentos e atitudes contraditórias, visa também, evitar a adoção de posicionamentos para satisfazer apenas o interesse de uma das partes.

Em outras palavras, não pode o agente, criar situação teoricamente favorável a si e dela se valer enquanto lhe convém para, depois, quando já não mais lhe interessa, voltar-se contra fato por si próprio praticado, frustrando, com isso, legítimas expectativas de quem mais integra a relação jurídica. Por isso se diz *nemopotestvenire contra factumproprium,* ou seja, ninguém pode se voltar contra fato próprio:

> Ressalte-se que a ninguém é dado criar e valer-se de situação enganosa, quando lhe for conveniente e vantajoso, e posteriormente voltar-se contra ela quando não mais lhe convier, objetivando que seu direito prevaleça sobre o de quem confiou na expectativa gerada, ante o princípio do nemopotestvenire contra factumproprium. (STJ, 1.154.737 - MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 07/02/2011)

Assim, por exemplo, o vizinho que sempre promove festividades em alto nível de ruído, incomodando os demais, não pode reclamar interrupção de atividade semelhante do outro, nem postular indenização.

Outro exemplo, é o daquele que contrata verbalmente a venda de imóvel a outrem, sabendo do desatendimento da exigência da forma escrita para formalização do negócio, e depois de investimentos e outros gastos realizados pelo pretenso comprador, na justa expectativa de concretizar a avença, alega que, pela ausência da forma legalmente prevista,

não está obrigado a formalizar o negócio, justificando, com isso, a venda da coisa a terceiro que lhe ofereceu maior vantagem. Por óbvio que não se cria para o comprador o direito à aquisição da propriedade, mas, no mínimo, deve merecer indenização pelos prejuízos que experimentar, tendo em vista a abusividade decorrente da contradição ao ato próprio do vendedor. O STJ já aplicou esse entendimento no julgado abaixo:

> A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denunciação de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Artigo 132 do CC. 3. Recurso conhecido e provido". (Superior Tribunal de Justiça, Acórdão REsp 95.539/SP; REsp 1996/0030416-5, Fonte DJ Data: 14/10/1996, p. 39.015, Relator Mi Ruy Rosado de Aguiar (1102), Data da Decisão 03/09/1996, Órgão Julgador: Quarta Turma

Damesma forma, considera-se contraditório e abusivo, o comportamento da empresa de seguro-saúde que não submete seu segurado a exames prévios, ao momento da contratação, e depois resolve negar cobertura de atendimento sob o argumento de que a doença de que reclama é preexistente ao contrato, invocando, para tanto, a aplicação do art. 765 do C.C., este que estabelece que o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes:

O STJ, tem dito reiteradamente que não demonstrada a má-fé do segurado que tinha conhecimento da doença no momento da celebração do pacto, não pode o segurador se eximir da cobertura, se não submeteu o cliente a exames prévios, criando-lhe a justa expectativa de adimplemento da cobertura contratada:

> I - Excepcionalmente, a omissão do segurado não é relevante quando contrata seguro e mantém vida regular por vários anos, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da contratação da apólice. II - Aufere vantagem manifestamente exagerada, de forma abusiva e em contrariedade à boa-fé objetiva, o segurador que, após mais de duas décadas recebendo os prêmios devidos pelo segurado, nega cobertura, sob a alegação de que se trata de doença pré-existente. (REsp 1080973/SP, Rel Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJ 03.02.2009)

> Ementa: Contrato de seguro. Se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume os riscos do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a

indenizar. Encontrado em: OCORRENCIA, OMISSÃO, OCORRENCIA, ACEITAÇÃO, SEGURADORA, PROPOSTA, ADESÃO. RECURSO ESPECIAL REsp 198015 GO 1998/0090740-8 (STJ) Ministro EDUARDO RIBEIRO - Data de publicação: 17/05/1999

5.2 – *Supressio*

O C.C. trata da *supressio* e da *surrectio* no artigo 330. A *supressio* ocorre quando algumas relações jurídicas não são observadas ao longo do tempo e em função disso, passa a surgir para a outra parte, a expectativa de realização daquele direito ou obrigação.

Trata-se de fenômeno de supressão de direitos em função do decurso de tempo. Na supressio, um direito não exercido durante um determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé.

Por igual atua a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos nos casos indicados sob a denominação de *supressio*. Em outras palavras, constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão da boa-fé objetiva. Exige-se, para a sua configuração: (I) o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor (COSTA, 2003, p. 217).

5.3 – *Surrectio*

A *surrectio* é outro fenômeno ligado ao princípio da boa-fé objetiva. Trata-se de conceito inverso ao da supressio, nesse instituto, a movimentação de uma parte em realizar determinada atitude, gera um direito que não havia sido pactuado entre as partes. Ou seja, consiste no surgimento de prática de ampliação do conteúdo da obrigação.

Ou seja, a *surrectio* é a prática continuada de uma determinada situação que contraria o acordo feito anteriormente.

Para diferenciar a *supressio* da *surrectio*, podemos citar como exemplo, a renúncia do credor ao seu direito/obrigação de realizar a prestação em lugar diverso do pactuado (*supressio*), gerando para o devedor, o direito de efetuar o pagamento do débito também em local diverso do que foi pactuado em contrato (*surrectio*), não podendo o credor se alegar contrário ao que foi feito em função do decurso do prazo.

5.4 - *Tu Quoque*

A expressão *tu toque* remonta à celebre frase de Júlio Cesar após receber o golpe fatal de seu afilhado Brutus no senado romano destaca-se que essa teoria visa impedir a utilização de entendimento jurídico obtido de forma inválida ou indevida (ROSENVALD, 2009, p. 489).

O *tu toque* também faz parte da proibição de atos contraditórios e juridicamente significa proibir-se que o agente invoque direitos, na relação bilateral, antes de cumprir a sua prestação ou sem atender às suas obrigações, como decorre, por exemplo, do princípio da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleticontractus)* encartado no art. 476 do Código Civil, que estabelece que nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Em suma, sempre que a parte intenta aplicar, na relação jurídica, dois pesos e duas medidas, estará presente a situação do *tu quoque*. Assim, podemos exemplificar, também, com o caso do cônjuge ou companheiro constantemente adúltero que postula a aplicação de consequências jurídicas por qualquer deslize do outro.

Também, por exemplo, nos casos em que ambas as partes, em um negócio, agem com dolo, assim, nenhuma delas pode postular anulação ou reclamar indenização, de acordo com o art. 150 do C.C.

Da mesma forma, não pode o menor relativamente incapaz invocar a sua incapacidade para se furtar ao cumprimento do negócio, nos termos do art. 180.

5.5 - *Duty To Mitigate The Loss*

De acordo com este instituto o credor não pode permitir danos maiores, quando estes podem ser evitados para receber ressarcimento futuro.

De fato, a boa-fé objetiva conta com discricionariedade onde ao julgador é permitido julgar da forma como quiser, porém, diante da previsão legal do art. 93,IX da CF, a aplicação desse princípio deve ser fundamentada para a aplicação ao caso concreto.

O d*uty to mitigate the loss* é traduzido como dever do credor de sempre que possível, atuar da forma que objetiva diminuir o dano causado, evitando seu agravamento de maneira infundada.

O Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil destaca que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo, ou seja, ele trata do *duty to mitigate the loss*, assim, a parte que resolve rescindir o contrato deve adotar formas que visam evitar abuso de direitos em função da predisposição contratual pois se o credor toma todas as medidas para diminuir ou reduzir o impacto negativo sobre a outra parte, está agindo de boa-fé, caso contrário, estaria evidenciada a intenção do credor de agravar o estado da parte que depende do objeto da relação contratual, para isso, a confiança, lealdade e boa-fé devem ser amplamente aplicadas:

O STJ entende que o d*uty to mitigate the loss* é o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano:

> "DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.
>
> 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.
>
> 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.
>
> 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.
>
> 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).
>
> 6. Recurso improvido." (REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010)

6 - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA EM DIVERSAS ÁREAS DO DIREITO

Para corroborar o exposto, serão elencados abaixo alguns julgados que demonstram a aplicacabilidade do princípio da boa-fé objetiva de forma ampla pelo poder judiciário:

> **Ementa:** Apelação - Prestação de serviços - Ação de indenização por danos materiais e morais - Empresa contratada para dar suporte técnico aos consumidores de produtos da empresa de software contratante - Contrato verbal - Parceria que perdurou por mais de cinco anos - Ruptura da relação pela contratante dos serviços, sem razoável pré-aviso - Justa causa não demonstrada - Indenização devida, por infração ao princípio da boa-fé objetiva, para compensar a perda dos investimentos feitos pela contratada e pelos gastos que realizou com a desativação da estrutura de serviços - Clássico entendimento hoje traduzido em norma legal expressa, a do art. 473, parágrafo único, do CC - Compensação econômica que deve ser estabelecida a partir de arbitramento judicial, pois inviável a efetiva mensuração das perdas, de ordem material e imaterial - Hipótese dos autos em que se toma como norte da fixação da indenização o critério estabelecido no art. 27 da Lei n° 4.886/65, que tarifa a indenização pelo rompimento imotivado do contrato de representação comercial - Sentença de improcedência da demanda parcialmente reformada, com o acolhimento parcial do pleito indenizatório - Proclamação de sucumbência recíproca. Decorre o pleito de **contrato verbal de prestação de serviços celebrado entre as partes em 1991**, mediante o qual a empresa autora dava suporte a clientes da ré, esclarecendo-lhes dúvidas no manuseio dos respectivos programas. Posteriormente, o objeto dos serviços foi ampliado e a autora passou a também realizar, em nome da ré, a troca de produtos defeituosos. **Em razão da grande demanda dos serviços dos serviços, a empresa autora se viu compelida a aumentar e sofisticar sua infra-estrutura. A partir de 1995, sentindo necessidade de formalizar o contrato, até então verbal, cobraram os autores da ré a feitura de contrato escrito. Após idas e vindas, relutante quanto à proposta de formalização do negócio, a ré acabou por denunciar o contrato em dezembro de 1996, contratando novas empresas para substituir a autora e aproveitando quase todos os funcionários dela, demandante, os quais levaram todo o "knowhow" da área de suporte. Com isso, os autores tiveram incontáveis prejuízos, até porque atendiam à demanda da ré com exclusividade.** Donde a propositura da ação, objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização [...].Apelação nº 942.734-0/2, 25ª Cam. de Direito Privado, TJSP, rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 29-09-2009, v.u. (Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: julho de 2018.)

No caso acima, o magistrado julgou improcedente o pedido do autor por este não ter provado nos autos os fatos alegados e também por não ter vislumbrado a ilicitude existente no rompimento contratual. Ficou claro que a parte Ré era superior economicamente em relação à parte autora sendo que o rompimento contratual demonstrou total arbitrariedade por parte da Ré.

No segundo exemplo destaca abaixo, em que figuravam como partes Petrobrás Distribuidora S/A e Posto Petrocity Ltda, as teorias "supressio", "surrectio" e "duty to mitigate the loss", previstas no art. 422 do CC foram aplicadas considerando-se as

circunstâncias relacionadas às partes e não apenas o que estava previsto no contrato por meio de cláusulas:

> RESCISÃO CONTRATUAL – Contrato de fornecimento de produtos derivados de petróleo – Ação de rescisão contratual por quebra de exclusividade, com reintegração de equipamentos emprestados (comodato) e cobrança de multa compensatória – Responsabilidade solidária – Desnecessidade de notificação – Redução da multa – Princípio da boa-fé objetiva – Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Reintegração de posse dos bens que é de rigor – Recursos providos em parte. Cuidam-se de apelações de r. sentença. Cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte ação de reintegração de posse de bens entregues em comodato, e de multa, movida pela Petrobrás Distribuidora S/A contra empresa estabelecida com posto de revenda de combustíveis.[...] Isso não é novidade no mundo jurídico. Há muito vigora o princípio "dutytomitigatetheloss", ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor, ou não oneração do devedor a causar-lhe maior prejuízo [...]. Isso constitui um dever de natureza acessória, um dever "anexo", derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes.[...] Para o ilustre jurista, a exigência de comportamento leal entre os contratantes compreende, ainda, a ideia contida em conceitos como "surrectio" e "supressio" [...] A "supressio" refere-se ao fenômeno da supressão de determinadas relações jurídicas pelo decurso do tempo. A "surrectio", por sua vez, consagra o fenômeno inverso, ou seja, o surgimento de uma prática de usos e costumes locais. Assim, tanto a "supressio" como a "surrectio" consagram formas de perda e aquisição de direito pelo decurso do tempo.[...] Verificando eventual descumprimento do contrato, deveria a distribuidora de combustíveis acioná-lo imediatamente, não o fazendo acreditar em perdão, ou não esperando o agravamento da situação econômica dele, impedindo-o de reagir ante o montante exagerado do aludido débito, pois segundo o art. 422 do CC, o contratante é obrigado a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.[...] Tem-se observado, em casos como o presente, de rescisão contratual por consumo de combustível abaixo do mínimo contratado, a imposição de absurda multa previamente contratada, sempre para exigir da revendedora a fidelidade negocial ou "da bandeira", evitando com isso a mudança de revenda de produtos com maiores vantagens, a fim de safar-se da massacrante concorrência. Ante as dificuldades naturais do negócio de venda de combustíveis, pequena margem de lucro (no caso não impugnada a de 3% - fls. 74), grandes investimentos, alta desproporcional de salários, ônus sociais [...]. Por isso que, tendo a imposição da multa caráter de apenas manter a fidelidade à bandeira da distribuidora, sem levar em conta as outras conseqüências, deve ser desconsiderada como já foi (RT 684/73 – Ap. 166.178-1/7 – 2ª Cam. – TJSP, j. 12.5.92), ou minimizada no limite da suportabilidade do posto-réu. E ante o contratado, ou seja, ante as conseqüências da finalidade do contrato, esta última é a solução a ser adotada, porque mais consentânea com a realidade dos fatos. Tem-se ainda, sabidamente, a distribuidora, sem que o posto fizesse o consumo mínimo, vinha tolerando normalmente isso sem qualquer manifestação, levando os réus a crer que não seriam apenados. E, na realidade, só pretendeu isso ao argumento de que se estaria mudando de bandeira. Assim, fica a multa alterada para 5% da diferença entre a média apurada do lucro líquido do movimento do último ano, o que é suportável, a ser apurado em liquidação. (Apelação nº 891.290-1, 16ª Cam. D. Priv., TJSP, rel. Candido Alem, j. 19-05-2009, v.u. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: julho de 2018)

No terceiro exemplo, doze anos após a formalização do contrato, o credor postulou ação querendo todo o débito atrasado, valor exorbitante que foi afastado em função a teoria da *supressio*. Trata-se de ação rescisória movida na comarca de São Paulo:

> 1.- Em ação rescisória, possível juízo rescindente com base na coisa julgada inconstitucional na hipótese de flagrante injustiça que determina violação do princípio constitucional do acesso à justiça, compreendido como acesso à ordem jurídica justa, mitigando, com isso, a autoridade natural da coisa julgada pela aplicação do (ou regra) da proporcionalidade. 2 - Reconhecida na doutrina, com reflexos na jurisprudência, a teoria da "supressio" deve ser aplicada como instrumento adequado de viabilização da boa-fé objetiva e função social do contrato em busca da efetividade social. Caracteriza-se pela tolerância, a longo prazo, contrária ao que restou pactuado entre as partes, é lenitivo hábil a impedir que a parte que tolera venha exigir da outra o cumprimento e até mesmo eventuais penalidades por conta da forma adversa que sempre foi a prática aceita 3.- Firmado contrato de comodato de bens, fornecimento de combustíveis e de outros produtos, a inadimplência parcial do autoposto de serviços automotivos, um dos motivos geradores da rescisão, não foi questionada ou exigida pela distribuidora durante anos Apenas doze anos depois, ao pedir rescisão contratual, postulou a cobrança de todo o período pretérito, embora também tivesse tido vantagens nesse tempo, o qual gerou débito de valor exorbitante, impagável, para o autoposto (quase cinco milhões de reais) 4 - Pela omissão da distribuidora para acumular indenização milionária em face de um dos milhares de autopostos com quem mantém contrato, evidenciada a má-fé objetiva e quebra da função social do contrato A aplicação da multa prevista na cláusula penal feita na sentença rescindenda, sem apreciação objetiva do juiz à luz da inércia prolongada determinante da elevada dívida, representa flagrante injustiça pela violação à inteireza do princípio de acesso à justiça, caracterizando-se a coisa julgada inconstitucional. Ação Rescisória nº 992.09.049036-2, 31ª Cam. de Direito Privado, TJSP, rel. Des. Adilson de Araujo, j. 01-12-2009, v.u. (Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: julho de 2010.), na qual foi aplicado o princípio da boa-fé na função integrativa, pela teoria da "supressio", aplicando-se, juntamente, o princípio da função social do contrato (p. 16-21 do acórdão).Apelação nº 1.172.406-0/5, 31ª Cam. de Direito Privado, TJSP, rel. Des. Carlos Vieira Von Adamek, j. 02-06-2009, v.u. (Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: julho de 2018.)

No quarto exemplo, em ação declaratória foi arguida a nulidade de cláusula que aceitou a rescisão unilateral do contrato por parte da seguradora objetivando a não renovação da apólice. O princípio da boa-fé objetiva foi aplicado para evitar a ruptura contratual justamente quando o segurado precisava:

> EMENTA: SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS EM GRUPO – AÇÃO DECLARATÓRIA - RECUSA DA SEGURADORA À RENOVAÇÃO DO CONTRATO - DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE AUTORIZA A DENÚNCIA IMOTIVADA - NULIDADE - VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - É nula de pleno direito a cláusula que admite a rescisão unilateral, pela segui adora, de contrato de seguro de vida, com fulcro em simples manifestação de vontade no sentido de não pretender a renovação da apólice. Permitir tal rescisão, após sucessivas renovações automáticas, por diversos anos, e no momento em que a idade do segurado o torna mais suscetível à ocorrência do sinistro, importa em violação à boa-fé objetiva e função social dos contratos e coloca o consumidor hipossuficiente em desvantagem excessiva, o que não se pode admitir - Apelos improvidos." (Ap. 1.070.646-0/4, 35ª Cam. D. Priv., TJSP, rel. Des. José Malerbi, j. 23-11-2009, v.u.)

No quinto exemplo, a boa-fé objetiva foi aplicada em caso de ruptura contratual sem prévia notificação, foi considerada abusiva a atitude da entidade de plano de saúde que

visando impedir gastos com tratamento de pessoa doente, rescindiu o contrato de forma unilateral:

> PLANO DE SAÚDE - Contrato Coletivo - Pleito ajuizado pela empresa contratante de plano de saúde para seus beneficiários - Pretendida declaração de nulidade da cláusula contratual que prevê o direito de rescisão, com pedido de manutenção do contrato - Descabimento - Previsão de rescisão contratual que não se mostra irrita ao bom direito, tanto mais porque prevista para ambos os contratantes e condicionada à prévia notificação - Ausência de violação a dispositivo da Lei n° 9.656/98, posto que esta aplica-se apenas aos contratos individuais e familiares - Entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Descabimento da sustentação da violação da boa-fé objetiva e da função social dos contratos - Apelo improvido. 1ª Igreja Reunida em São Mateus ingressou com ação declaratória de nulidade de cláusula contratual, cumulada com obrigação de fazer, havendo sido julgada improcedente (fls. 135/138).
>
> Irresignado, porém, apelou o autor, sustentando, em síntese que: embora o contrato de plano de saúde seja empresarial, sujeita-se ao Código de Defesa do Consumidor, e, assim, a cláusula 17.1, que prevê a resilição unilateral e imotivada é abusiva, à luz do artigo 51, inciso IV, desse diploma legal, assim como no concernente à Lei nº 9.656/98 (fls. 142/158). Efetuado o preparo, o recurso foi processado e contrariado (fls. 164/169). É o relatório. O recurso não está em caso de ser provido, mantendo-se a respeitável sentença por seus bem deduzidos fundamentos, sem embargo, não obstante, dos argumentos dos apelantes em suas razões recursais. Nesse sentido, primeiramente, insta consignar que a pretensão deduzida nesta demanda refere-se à declaração de nulidade da cláusula n. 17.1 do contrato de plano de saúde, a qual prevê o direito de rescisão do contrato por ambas as partes, de resto invocada e exercida pela ora ré-apelada, ao cancelar efetivamente o contrato, resultando daí também o pedido da autora-apelante de continuidade da avença.[...] Especificamente no caso dos autos, a resilição era prevista como iniciativa facultada a ambas as partes, desde que cumprida a formalidade da notificação com prazo mínimo de 60 (sessenta) dias. Nada havia de ilegal, portanto, na resilição operada pela ré.[...] **Conquanto a apelante sustente que a rescisão do contrato trará prejuízos aos beneficiários do plano de saúde, especialmente os idosos e aqueles que estão sob tratamento médico, com supedâneo na cláusula contratual impugnada de rescisão da avença, com a qual anuiu, não é possível a alteração do rumo da improcedência desta demanda, pois de ilegal ou de abusiva não se pode acoimá-la. Nessa ordem de idéias, descabe falar em violação aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), pois as partes livremente pactuaram a possibilidade de rescisão da avença mediante prévia comunicação, o que de resto foi observado nos autos, e tal pactuação não é ilegal nem contrária ao bom direito, do que decorre a manutenção do decreto de improcedência da ação."** (grifo nosso) – Ap. Cív. 651.005-4/0-00, 6ª Cam. D. Priv., TJSP, rel. Sebastião Carlos Garcia, j. 10-12-2009, v.u. (Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: julho de 2018.)

No caso acima, seria necessário proceder a notificação do segurado no prazo de 60 dias para notificá-lo do posicionamento tomado. A saúde das pessoas e o fato de existir contrato longo entre as partes, fundamentou a aplicação do princípio da boa-fé.

A conclusão que se pode chegar após análise das jurisprudências mencionadas é que o princípio da boa-fé objetiva está sendo aplicado de forma ampla no julgamento dos processos em nosso país sendo que a maioria dos magistrados fundamentaram suas decisões na aplicação desse princípio.

7 - CONSIDERAÇOES FINAIS

Um dos princípios fundamentais do direito privado é o da boa-fé objetiva. Observou-se que nos últimos anos, referido princípio ecoou por todo o ordenamento jurídico, já que os magistrados estão utilizando-o de forma ampla em suas decisões, ou seja, atualmente, esse princípio não trata apenas estabelecimento de um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais.

Conjugando o princípio da da boa-fé objetiva com o ativismo judicial, percebe-se que o magistrado transforma referido princípio em verdadeiro instrumento proativo, com capacidade efetiva de concretizar a função social dos contratos e a efetividade das garantias fundamentais constitucionais.

Verificou-se que o poder judiciário passou a adentrar no conteúdo material de referido princípio de forma a contemplar o intuito primordial do legislador. Ou seja, a lei passou a sofrer alterações, seja na sua interpretação, na sua aplicação, ou ainda, em sua adequação ao conteúdo principiológico.

De acordo com a análise da evolução da aplicação desse princípio ao longo dos anos, verificou-se ainda que o poder judiciário está adotando os deveres, funções e teorias decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, de forma a contribuir com todas as áreas do direito.

8 - REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo , **Manual do Direito Civil**, 3. ed., São Paulo: Juspovivm, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado: e legislação extravagante**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. A boa-fé no código civil. 16.08.2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 25 mar. de 2019.

ROSENVALD, Nelson; PELUZO, Cezar. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência.** 3. ed. Barueri - SP: Manole, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

Superior Tribunal de Justiça – STJ. Portal do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 15 de mar. 2019

Tribunal de Justiça de São Paulo – TJ-SP. Portal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br/consulta/Jurisprudencia.aspx>. Acesso em: 15 de mar. 2019

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** São Paulo: Atlas, 2011.

STOLZE, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos.** São Paulo: Editora Forense, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. III.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, set. 1988.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé e o adimplemento substancial, Direito Contratual**. São Paulo: Ed. Método, 2007.