

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Monica Mezzomo

A TUTELA DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO CONTRATUAL DE
SEGURO DECORRENTE DA BOA-FÉ OBJETIVA

Casca
2011

Monica Mezzomo

A TUTELA DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO CONTRATUAL DE
SEGURO DECORRENTE DA BOA-FÉ OBJETIVA

Monografia apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo – Campus Casca, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Ciências jurídicas e Sociais, sob orientação da
professora Me. Nadya Regina Gusella Tonial.

Casca
2011

Dedico à minha família,
minha base segura.

Agradeço a Deus pela força nesta caminhada..

Aos meus pais, Célio e Marli, que mais do que a vida, deram-me amor, pela força e preocupação que sempre tiveram comigo.

Ao meu irmão Alencar, sempre presente compartilhando momentos alegres e tristes. Sempre será um pouco de mim, assim como eu sou um pouco dele.

À minha cunhada Márcia, pela amizade e carinho que sempre teve comigo.

À professora Nadya Regina Gusella Tonial, pela dedicação, orientação e paciência.

Aos colegas, que serão lembrados, pelas horas de diversão e aprendizados.

Àqueles que me apoiaram e que torcem pelo meu sucesso.

As nuvens mudam sempre de posição, mas são sempre nuvens no céu. Assim devemos ser todo dia, mutantes, porém, leais com o que pensamos e sonhamos: lembre-se, tudo se desmancha no ar, menos os pensamentos.

Paulo Baleki

RESUMO

O presente estudo analisa as funções da boa-fé objetiva nos contratos de seguro, como princípio fundamental para atingir a harmonia e equilíbrio entre as partes, com base no valor maior da dignidade da pessoa humana, a partir da eticização trazida pelo Estado Democrático de Direito. Objetiva-se analisar a cláusula geral da boa-fé objetiva e o procedimento dos eu conteúdo pelo julgador diante do caso concreto. Para realização da pesquisa, utilizam-se os métodos hermenêutico e documental, no intuito de compreender o instituto da boa-fé objetiva e suas funções, hermenêutica-interpretativa, limitativa de direitos subjetivos e criadoras de deveres anexos, averiguando a sua essência frente ao contrato de seguro. O cerne da problemática, se debate sobre as consequências oriundas da quebra da confiança no contrato de seguro. Nessa linha, constata-se a importância e a presença necessária da boa-fé na pré-formulação do contrato, durante e após com a liquidação, para que as partes se portem com lealdade e honestidade, buscando a manutenção do equilíbrio contratual. Assim, ambas as partes, tanto o segurado quanto o segurador, se não observarem a boa-fé dão ensejo a resolução do contrato, implica na penalização da parte, já que a boa-fé é elemento essencial do seguro. Essa perspectiva permite compreender que a boa-fé objetiva faz parte do próprio conceito de seguro, como meio de proteger a confiança depositada para que as partes alcancem suas legítimas expectativas.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Confiança. Contratos. Seguros.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E OS CONTRATOS	9
1.1 Constitucionalização e repersonalização do direito civil	9
1.2 Os contratos e sua realidade de existência no direito brasileiro	14
1.3 Princípios contratuais	18
1.3.1 Princípio da autonomia da vontade	19
1.3.2 Princípio da supremacia da ordem pública.....	21
1.3.3 Princípio da obrigatoriedade	22
1.3.4 Função social do contrato	24
1.3.5 Princípio da boa-fé objetiva.....	26
2 A BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL	27
2.1 A cláusula da boa-fé e sua distinção com os princípios jurídicos	28
2.2 Distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva.....	32
2.3 As funções do princípio da boa-fé objetiva na relação contratual.....	36
3 RELAÇÃO CONTRATUAL DE SEGURO E A BOA-FÉ OBJETIVA	49
3.1 Contrato de seguro: considerações gerais.....	49
3.2 As espécies de seguro no direito brasileiro e suas consequências.....	57
3.3 A boa-fé objetiva no contrato de seguro.....	64
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

Pelo presente trabalho, busca verificar a importância da boa-fé objetiva na relação contratual de seguro, analisada à luz do fenômeno da repersonalização do direito civil, que prima pelo respeito à pessoa dos contratantes, tanto no início, como no decurso, conclusão e execução do contrato.

Optou-se por esse tema em face da relevância e atualidade, bem como da grande quantidade de pessoas que efetivam contratos de seguro, de várias espécies, diariamente, em todo o país. Ademais, diante de tais situações, sempre há o envolvimento do conceito da boa-fé nas declarações efetuadas tanto por parte do segurado, como por parte da seguradora, havendo essencial importância na formação e execução dos contratos de seguro.

Objetiva-se, portanto, estudar a boa-fé objetiva na relação contratual, em especial nos contratos de seguro, a partir da repersonalização do direito civil, expondo as funções e peculiaridades da boa-fé neste tipo contratual. Além disso, discorrer a respeito das espécies de contratos de seguro, demonstrando suas características e consequências que podem gerar caso o princípio da boa-fé não for observado.

Sob esse parâmetro, a boa-fé objetiva revela-se como indispensável em qualquer relação contratual, cabendo indagar: frente às funções da boa-fé objetiva, quais são as consequências da quebra da confiança no contrato de seguro?

No caminho seguido para resolução do problema, utiliza-se como método de procedimento o documental por meio do estudo de doutrina e jurisprudência. Por outro lado, o método de abordagem revela-se hermenêutico, visto que se trata de um meio utilizado para descobrir o conhecimento, buscando essencialmente interpretar os textos, e a comunicação destes, bem como interpretar os sentidos revelados e ocultos dos textos e das leis, em especial, envolvendo a boa-fé nos seguros.

Destarte, o presente trabalho divide-se em três momentos: o primeiro versa sobre a repersonalização do direito civil, sustentando os ideais democráticos e a defesa da pessoa humana. Do mesmo modo, mostra-se a interferência do Estado nas relações contratuais, mostram-se uma série de alterações contratuais voltadas para a realidade social dos envolvidos na relação contratual. Ainda estudam-se os princípios atinentes à relação contratual sob uma interpretação do direito civil, à luz dos valores constitucionais.

Num segundo momento, analisa-se o princípio da boa-fé que se projeta nas relações de natureza obrigacionais, verificando sua origem, bem como seu conteúdo atual. Também, distinguem-se as figuras da boa-fé objetiva e subjetiva. Após, busca-se identificar as funções da boa-fé objetiva, quais sejam a hermenêutica, a limitadora de direitos subjetivos e da criação de deveres anexos, à luz da doutrina e da jurisprudência.

Por último, a terceira parte observa a boa-fé objetiva na relação contratual de seguro. Analisa-se a figura do seguro no direito brasileiro, seu conceito, partes, elementos e espécies. Após, estuda-se a visão doutrinária e jurisprudencial da aplicação da boa-fé objetiva em casos concretos envolvendo a inobservância de uma ou de ambas as partes na formação e liquidação do contrato de seguro, em suas variadas espécies.

Finalmente, não se pretende o esgotamento do tema, mas sim traçar as linhas das funções do princípio da boa-fé objetiva no contrato de seguro, instigando a complementação da pesquisa, por outros estudos, com o ímpeto de buscar cada vez mais o conhecimento.

1 REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E OS CONTRATOS

A repersonalização do direito privado revela uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico, momento que a pessoa humana é colocada como valor maior do sistema. Verifica-se que o patrimônio é retirado da posição central para dar lugar à pessoa. Tal noção tem cunho constitucional e modifica as diretrizes do direito privado, em especial, o contratual.

1.1 Constitucionalização e repersonalização do direito civil

A Constituição deve estar em devida consonância com a realidade que pretende regular, deve interagir na dinâmica existencial e adequar-se, constantemente, aos acontecimentos e as transformações sociais, sob pena de perder sua eficácia. No Estado Democrático de Direito, ela representa o fundamento jurídico, a Lei Maior, que sustenta os ideais democráticos e a defesa da pessoa.

O constitucionalismo¹ é a base para garantir uma organização político-social em uma comunidade, sendo indispensável para o governo a limitação do poder. Para isso, foi necessário enraizar as ideias básicas de ordenar, fundar e limitar o poder político e o reconhecimento das garantias do direito e a liberdade do indivíduo. Assim, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades foram os temas centrais para o desenvolvimento desta ideia constitucional. (CANOTILHO, 2003, p.51-55).

A constitucionalidade vincula-se ao Estado Democrático de Direito² e a Constituição revela-se como instrumento básico de garantia jurídica. Tal realidade ocorreu com o surgimento do Estado de Direito³, inicialmente com um conteúdo próprio do liberalismo,

¹ O “constitucionalismo implica o enfrentamento de um paradoxo, representado pelo modo como esse fenômeno é engendrado na história moderna. Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, estabelece-se também como mecanismo de contenção do poder das maiorias. Talvez nesse aspecto – a existência de uma regra contra majoritária – é que resida o grande dilema da democracia naquilo que ela deita raízes históricas no direito (constitucional) e com ele tem um profundo débito.” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 98).

² Habermas define o Estado Democrático de Direito “como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito” (HABERMAS, 1997, p. 181).

limitando a ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. A normatividade era efetivada diante de uma sanção, quando houvesse uma desconformidade do ato praticado com a norma jurídica. Assim, o Estado Moderno, no modelo liberal, “significou a limitação do poder e o estabelecimento de garantias próprias aos indivíduos, ao lado de uma mecânica econômica assentada na liberdade contratual e no livre desenvolvimento do mercado.” (STRECK, MORAIS, 2008, p. 102).

Nesta linha, o liberalismo e a democracia⁴ se comunicam, pondo a Constituição como lei maior, como poder legítimo, ou seja,

é com a noção de Estado de Direito, contudo, que liberalismo e democracia se interpenetram, permitindo a aparente redução das antíteses econômicas e sociais à unidade de formal do sistema legal, principalmente através de uma Constituição que é colocada no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, enquanto tal, é aceita como poder legítimo. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 100).

Desse modo, o Estado de Direito se expressa numa tripartição, ou seja, o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito⁵, também chamado de estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito. Este, último possuindo uma atuação efetiva na questão da igualdade, buscando garantir através do asseguração jurídico, condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Destaca-se dos demais modelos, em razão das possibilidades de transformação da realidade⁶. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 103-104).

Logo, a lei passou a ser o instrumento de ação concreta do Estado com feição democrática, que tem a igualdade como objetivo. Agora, a lei corresponde a um instrumento de transformação do *status quo*, ou seja, da reestruturação das relações sociais, e não mais a

³ O pensamento do “Estado de Direito exige uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente estatuído. Assim o Estado de Direito deve ser entendido, como um conceito normativo, decorrente de democracia pensada a partir de uma racionalidade discursiva.” (DUTRA, 2008, p. 97-98).

⁴ Pela democracia tem-se que os “direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.” (HABERMAS, 1997, p. 159).

⁵ “O direito social revela que o direito materializado no Estado Social é ambivalente, propiciando e, ao mesmo tempo, retirando a liberdade, o que se explica através da dialética entre liberdade de direito e de fato, a qual resulta da estrutura do processo de juridificação.” (HABERMAS, 1997, p. 156).

⁶ “Assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil. Há desse modo, uma identificação entre o constitucionalismo do segundo pós-guerra e o paradigma do Estado Democrático de Direito. Veja-se, para tanto a Constituição do Brasil que determina, no artigo 3º, a construção do Estado Social, cujo papel, cunhado pela tradição do constitucionalismo contemporâneo, é o de promover a integração da sociedade nacional”. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 104).

um instrumento atrelado a uma sanção ou promoção. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 100). Paralelamente, ao surgimento da Constituição coincide a origem da Codificação, pelas estratégias burguesas da legalidade que revelaram que o Estado Liberal tinha a necessidade de uma estruturação jurídica dos conflitos sociais no âmbito do território nacional. Assim,

as estratégias de legalidade conduzem, por exemplo, as noções de interesse geral, de interesse do comércio, de liberdade contratual que outra coisa não representa senão a recomposição objetiva da ordem econômica e social – é a chamada revolução jus-liberal dentro das estruturas territoriais nacionais. Note-se, porém que a partir de meados do século a função dos códigos civis passou a ser outra: deixaram de ser a refração no plano civil das ideias individualísticas da constituição para passarem a dimensão central do direito positivo do Estado. Erguidos a núcleo central de um direito certo e estável, aplicável de modo seguro pelos juizes e garantidores de posições jurídico-subjetivas formadas na lei, os códigos civis convertem-se na principal fonte de direito. (CANOTILHO, 2003, p.121).

A partir do evento da codificação⁷ no Estado Liberal, houve uma nítida divisão entre o direito público e direito privado⁸. A pretensão do legislador foi justamente de prever na lei, todas as situações sociais que viessem a interessar ao direito. Assim, criou-se uma mentalidade jurídica de que para cada situação subjetiva, existia uma definição exata dos poderes do titular, como se as relações sociais fossem estáticas. (TONIAL, 2009, p.29).

Nas relações civis, destacava-se o cunho patrimonial, em que a pessoa humana a figurava no pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real, enquanto havia a prevalência do patrimônio, como um valor individual a ser tutelado nos códigos. “A restauração da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito a realidade e aos fundamentos constitucionais”. Observa-se que

⁷ “O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação). Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.” (LÓBO, 2009. p.25-26).

⁸ “O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e natos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos”. (BODIN DE MORAES, 1991, p.60).

a patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário. (LÔBO, 1999, p.64).

O direito civil foi identificado como “*locus* normativo privilegiado do indivíduo”, dito como o ramo mais distante do direito constitucional⁹, que com o passar dos anos os princípios e regras não seriam afetados, nem mesmo importando que tipo de Constituição fosse adotada. Nesse contexto, o Código Civil representava o centro do ordenamento no direito privado, não sofrendo qualquer influência da esfera constitucional. Porém, esta visão estática foi alterada com o surgimento do Estado Democrático de Direito, passando a existir uma interlocução entre o direito privado e o direito público, assim uma inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva. (LÔBO, 2009, p.23).

Logo é imprescindível para a compreensão do moderno¹⁰ direito civil, submetê-lo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Esse fenômeno denomina-se de constitucionalização do direito civil¹¹, ou seja, “o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”. (LÔBO, 2009, p. 24). Nesse processo, destaca-se a importância da positivação dos direitos fundamentais, que incorporados à ordem jurídica positiva, são considerados “naturais” do indivíduo. Com a Constituição, os direitos são protegidos sob a forma de norma constitucional, e destes derivaram outros direitos sociais¹², bem como a dignidade da pessoa humana e a liberdade. Desse modo, “os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na

⁹ “Nesse sentido, tanto a Constituição como o Código Civil foram concebidos como conquistas da modernidade, representando projetos que adotaram caminhos separados e paralelos, idealizados para incidir sobre relações jurídicas distintas. O primeiro deveria regulamentar as relações públicas, bem como defender o indivíduo do poder do Estado, ao passo que ao segundo coube disciplinar as relações privadas, ou seja, aquelas referentes aos indivíduos particulares entre si. Tal situação demonstra uma nítida divisão entre o Estado e a sociedade, havendo clarividente partição entre o direito público e o privado.” (TONIAL, 2009, p. 30).

¹⁰ “Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com frequência”. (LÔBO, 2009, p. 24).

¹¹ “É Direito Civil Constitucional, toda disposição de conteúdo historicamente civilístico contemplado pelo Texto Maior”. [...] “E não apenas aquele que recebe expressão indumentária constitucional, desde que se imprima às disposições de natureza civil uma ótica de análise através da qual se pressupõe a incidência direta, e imediata, das normas constitucionais sobre todas as relações interprivadas”. (BODIN DE MORAES, 1999, p. 83).

¹² “O Estado social, no plano do direito é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil”. (LÔBO, 2009, p. 27).

medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”. (CANOTILHO, 2003, p. 377). Desta maneira,

essa preocupação do Estado em proteger a pessoa humana irradiou-se a todos os ramos do direito, provocando sua constitucionalização, isto é, “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”. Desse modo, a constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas* jurídicas vinculativas e não trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”. (CANOTILHO, 2003, p. 378).

Para a compreensão do sistema adotado pelo Código Civil, observa-se que ele “não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista”. Atualmente, sua interpretação deve ser feita à luz dos valores constitucionais, bem como sua inspiração técnica legislativa composta por “modelos jurídicos abertos” encontra respaldo na Lei Maior. Revela-se como uma codificação que possui “janelas abertas para a modalidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos - mesmo os extrajurídicos - e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 285).

Destaca-se a importância dos princípios constitucionais¹³, como conexões axiológicas e teleológicas, entre a Constituição e a legislação infraconstitucional, é através deles que se procede a uma reconstrução constitucional do direito civil, eis que “a função dos princípios, enquanto tais, é precisamente a de integrar e conformar a legislação ordinária a Lei Fundamental”. (NEGREIROS, 1998, p.138).

Portanto, constata-se que o Direito Civil atual é indubitavelmente, diferente daquele que vigorou no Estado Liberal, momento que houve um processo de transformações, no Estado Democrático de Direito. E essa mudança de paradigma, tem por fundamento a Constituição Federal, pois é nela que se deve buscar a renovação do direito privado, que deve ser lido e interpretado à luz dos valores constitucionais, em especial do respeito e da proteção

¹³ “Essa força normativa dos princípios e consequente abertura do sistema jurídico aconteceu em três etapas, ou seja, jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo”. (NEGREIROS, 1998, p.138).

da pessoa humana. Assim, constitucionaliza-se o direito trazendo por consequência sua repersonalização, em especial do direito contratual.

1.2 Os contratos e sua realidade de existência no direito brasileiro

Com o intervencionismo estatal consagrado pela Constituição de 1988, institucionalizou-se a interferência do Estado nas relações contratuais. O contrato, típico instituto do Direito Privado, atualmente sofreu uma série de alterações conceituais voltadas para a realidade social dos envolvidos na relação contratual. Todavia, em sua origem o contexto foi diferente.

No desenvolvimento histórico, verifica-se que desde a antiguidade, com o surgimento da civilização humana, sem levar em conta a posição social dos sujeitos, nem se pertenciam à mesma classe, surgiu o contrato guiado por um sistema de trocas de produtos. Assim, relacionavam-se as pessoas com o intuito de promover troca de mercadorias, sem distinguir o objeto do contrato, guiados por parâmetros de permutas, alcançando a necessidade de concordância nas relações de convívio. (GOMES, 2002, p. 6).

Após, no direito romano, existiram as figuras do *pactum* e do *contractum*, em que a primeira produzia obrigações não contratuais e a segunda dava origem às obrigações civis. Entendia-se que o consensualismo não era relevante, mas sim a forma dos contratos, havendo a realização de atos solenes, sendo indispensáveis às formalidades para a validade do ato. (TONIAL, 2009, p. 144).

Nesse contexto, a teoria da autonomia da vontade teve origem no direito canônico, em que filósofos e juristas defendiam a obrigatoriedade das convenções entre as partes, equiparando estas à lei, nascendo então o princípio *pacta sunt servanda*. (WALD, 2006, p. 186).

Contudo, sob a influência da Revolução Francesa¹⁴ que se inaugurou e desenvolveu na época moderna o individualismo, a partir do Código Napoleônico¹⁵. A apologia feita ao

¹⁴ “A Revolução, abolindo o antigo regime, a tradutora das concepções forjadas nos séculos precedentes, tornando-as possíveis e efetivas”. Assim, a Revolução teve, na história do sistema fechado, um papel decisivo, pois acelerou uma evolução que se estagnava, formulando com mais força as concepções, os princípios e a ideologia deduzidos pelos séculos

individualismo ganhou autoridade quando adotada pela Escola Jusnaturalista, sendo assim “a escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influenciou na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes.” (GOMES, 1998, p.5).

O contrato como uma das bases do direito civil, trazida pelo Estado Liberal¹⁶, tinha função de proteger o patrimônio do sujeito de direito, pois os bens patrimoniais e a circulação de riqueza eram o objeto principal das relações privadas, portanto, um pilar da codificação. Dessa maneira, revelava-se num “conceito jurídico”, que submetia às relações econômicas dentro das normas jurídicas, formalizando operações cotidianas na figura contratual. As partes contratantes subordinavam a autonomia da vontade à norma jurídica, obrigando-se a realização de uma prestação. (TONIAL, 2009, p. 142-143).

O contrato era uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes. Dessa maneira, os contratantes devem conduzir de determinado modo o contrato, uma em face do outro, combinando seus interesses e vínculos jurídicos de caráter patrimonial. O contrato representava “o acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”. (DINIZ, 2003, p.8-9).

Entretanto, ao longo dos séculos XIX e XX, o acelerado desenvolvimento do capitalismo e o advento de uma sociedade de massa deram origem a abusos praticados por agentes econômicos, em face de contratantes mais vulneráveis, sobretudo em países como o Brasil, pois para muitos o acesso ao Poder Judiciário e a outros meios de coibição destes abusos, é ainda hoje tortuoso. Diante disso, houve a necessidade de proteger o contratante

XVI e XVII, e também um papel específico, eis que ultrapassou o nível de elaboração teórica para a realização de um novo sistema jurídico. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 175).

¹⁵ “Nasce, na França, por determinação da primeira Constituição revolucionária, de 1791, a qual ordenou a feitura de “um código de leis civis comuns a todo Reino”. Contudo, entre a determinação revolucionária e o ano de 1804 não só o tempo transcorreu. Os antigos revolucionários, encharcados de filosofia jusracionalista, já não eram os detentores do poder político. Esse código – o código concretamente realizado – foi o Código de Napoleão, e a sua autoproclamada “maior glória”, como se lê nos Invalides, no frontispício da tumba do Imperador”. (MARTINS-COSTA, 2000, 187).

¹⁶ “Constitui assim o contrato o instrumento eficaz da economia capitalista na sua primeira fase, permitindo, em seguida, a estrutura das sociedades anônimas as grades concentrações de capitais necessárias para o desenvolvimento da nossa economia em virtude do progresso técnico, que exige a criação de grandes unidades financeiras, indústrias e comerciais. (WALD, 2006, p. 187).

hipossuficiente, criando inúmeras medidas, entre elas o microsistema do Código de Defesa do Consumidor. (TEPEDINO, 2009, p. 234).

A promulgação da Constituição Federal de 1988, no Brasil, foi de grande importância para a nova conceituação do contrato, pois “institui um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.” (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p.206).

Logo após a Constituição de 1988, houve a ampliação da interferência do Estado na esfera dos sujeitos particulares, surgindo uma limitação no sistema econômico marcado por desigualdades de renda e de conhecimento. Diante disso, a solidariedade, a dignidade humana e a liberdade passaram a ser fundamentais no sistema brasileiro, servindo como base do instituto jurídico, denominado negócio jurídico. (HEINENANN FILHO, 2009, p. 10).

Trata-se de uma nova concepção de contrato, ou seja, uma concepção social, para o qual não importa somente a manifestação de vontade, mas, principalmente, os efeitos do contrato na sociedade que serão levados em conta, momento que a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha importância. Dessa forma, “nesse novo desenho, deixa de ser a vontade das partes, como dito, a fonte única da relação contratual, a fim de que a seu lado concorram valores e princípios que, mesmo não dispostos pelos contratantes, são impostos pelo ordenamento, antes de tudo pela própria Constituição do país”. (GODOY, 2004, p. 07).

Nessa senda, o pós-modernismo tem sido marcado pela de falta de confiança com respeito às tentativas de se implantar uma teoria jurídica total e completa do fenômeno jurídico. O contrato se encontra hoje¹⁷, na fase dita pós-moderna, como “resultado da globalização, com ela, da exigência de competitividade e flexibilidade dos mercados, procurando-se identificar um movimento de desregulamentação estatal das relações contratuais”. (GODOY, 2004, p.09).

Portanto, o direito privado abandonou uma visão estritamente individualista, passando atualmente por uma mudança de paradigmas, ajustando os princípios da autonomia da

¹⁷ Ainda, refere-se que para viver em sociedade, as pessoas se relacionam, entram em contato, sendo que para possibilitar estes contatos sociais, é preciso parametrizar e discernir estas nuances que não apresentam uma uniformidade. (MARTINS-COSTA, 2000, p.402). Desta forma, o contrato revela-se como “forma voluntária de associação entre sujeitos – nada mais do que uma espécie de contato social, qualificada pela vontade. Esta, contudo, não tem o condão de transformar a natureza dos deveres que decorrem do contato social, transformado-os num gênero que possa ser completamente apartado dos demais deveres que, no contato social juridicamente valorizado, nascem de atos não-negociais, como os atos-fatos, os atos jurídicos em sentido estrito e os atos ilícitos”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 403).

vontade, que permite a todos a celebração dos contratos, conforme julguem conveniente, e da obrigatoriedade dos contratos, sendo que este, uma vez celebrado, precisa ser cumprido. Assim, sob uma nova percepção¹⁸ admitem-se princípios sociais, como a boa-fé objetiva, a função social¹⁹ dos contratos e a necessidade de equilíbrio contratual. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 206).

Na atualidade, uma das características do contrato que se intensifica é o princípio da equivalência material das prestações, isto é, perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis. Assim, preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, ou seja, “não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagens excessiva para outra”. Desse modo, o contrato condiz com acordos firmados estabelecendo regras de convivência comunitária, desfrutando de uma legitimidade que desafia a da ordem estatal. (LÔBO, 1999, p.73).

Observa-se, hoje, que a inserção dos contratos²⁰ relacionais está alcançando grande espaço, pois a sociedade vive uma relação de consumo de massa, cada vez mais voltada para o provisionamento de serviços e para a ampliação da natureza dos contratos, em que os vínculos pessoais de confiança, boa-fé e cooperação são determinantes nas relações, servindo de base para o direito privado.

Com isso, o direito contratual, passou por mudanças abandonando a ótica individualista, fundada no liberalismo, para uma visão social, em que predominam os princípios da dignidade humana e da solidariedade social, protegendo camadas da população, que mercê de uma igualdade aparente, ficam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem. Assim, o contrato é o modo de circulação de riquezas do mundo moderno, que se perfaz pelo acordo de vontades, mas que deve submeter-se aos ditames de eticidade, da equidade e da socialidade.

¹⁸ Essa nova percepção revela-se pela socialidade (função social), eticidade (boa-fé) e equidade (equilíbrio contratual).

¹⁹ “Tem-se a função social do contrato em primeiro lugar, parte da própria relação envolvendo os contratantes, de resto como, igualmente, se dá com a função social da propriedade que, por exemplo, sendo rural, se atende quando seu exercício preserva o bem-estar também do proprietário.” (GODOY, 2004, p. 131).

²⁰ “O conceito de contrato, bem como dos demais institutos jurídicos, varia conforme a realidade social, econômica e política de uma sociedade, demonstrando que tais fenômenos constituem fontes materiais do direito, sendo, portanto, responsáveis pela criação e conteúdo das normas jurídicas num determinado período histórico.” (TONIAL, 2009, p. 143).

1.3 Princípios contratuais

Ao proceder à articulação entre a ideia de princípios e de sistema jurídico, através de uma perspectiva fundamentada na constitucionalização do direito civil, verificam-se as transformações que o direito contratual passou. Nesse contexto, os princípios assumem um papel fundamental para o sistema que se estrutura e se unifica, propiciando uma releitura do direito civil, à luz dos valores constitucionais, ou seja, de um direito civil Constitucional.

Os princípios representam “as verdades primeiras”, por isso são princípios, verdades objetivas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. Assim, determinado direito positivo, tem os princípios de um lado “servindo de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo” e de outro lado, normas obtidas “mediante um processo de generalização e decantação dessas leis”. Ressalta-se que os princípios “gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios” e que servem de base para formação das disposições singulares de direito. (BONAVIDES, 2009, p. 256).

Nesta esteira, “são normas fundamentais ou normas de base do sistema ou *traves mestras* [...] que sem eles o sistema não poderia subsistir como ordenamento efetivo das relações de vida de uma determinada sociedade”. (BONAVIDES, 2009, p. 264).

Os princípios contratuais são fundamentais para se estabelecer um equilíbrio sólido e justo na elaboração dos contratos. Numa sociedade em que existem proprietários e não-proprietários, em que há liberdade contratual, mostra-se necessária uma limitação da autonomia dos indivíduos, a fim de que os fortes não explorem os fracos. Assim, dá-se especial ênfase aos princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade, supremacia da ordem pública que são tidos como cláusulas, e da função social e boa-fé objetiva, incorporados ao Código Civil como resultados da repersonalização do direito civil, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana.

1.3.1 Princípio da autonomia da vontade

A autonomia da vontade representa a liberdade das partes de estipular, conforme sua vontade, o conteúdo contratual, criando para si direitos e obrigações segundo seu consenso e interesse, sendo seus efeitos tutelados pelo ordenamento jurídico. Essa faculdade conferida à parte é ampla, relacionada à liberdade de contratar ou não, de querer fazer parte do negócio jurídico.

Portanto, na elaboração de um contrato, as cláusulas fixam seu conteúdo, estipulando direitos atribuídos a uma obrigação. O contrato é concluído quando existe o encontro de vontades, bastando o consenso para que o contrato tenha existência. Consequentemente, se as partes são livres para contrair obrigações, ficam vinculadas na manifestação.

A concepção clássica²¹ de contrato, formada pela autonomia da vontade, teve surgimento no início do século XIX, à luz do liberalismo econômico e do voluntarismo jurídico. Como um ato decorrente de um ajuste de vontades entre indivíduos, o contrato foi positivado pelo Código de Napoleão. O contrato era um negócio jurídico vivenciado entre indivíduos, de diferentes classes sociais, que se encontravam num plano de igualdade para contratar, eis que eram livres para dispor na relação contratual. (TONIAL, 2009, p. 154-155). O contrato estruturou-se sobre um vínculo subjetivo, ou seja, pela vontade dos contratantes. Desse modo,

pele princípio da autonomia da vontade, os sujeitos de direitos tinham, embora com limites, a faculdade para resolver conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim a vida em sociedade. Para realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade. (TONIAL, 2009, p. 156-157).

O cidadão tendo a administração e a disponibilidade de todos os seus bens possui a faculdade de contratar com todas as pessoas de acordo com o que lhes convier. A autonomia

²¹ “Existem duas concepções a respeito do direito dos contratos, uma clássica e a outra social. A clássica ou tradicional, é aquela que se herdou do século XIX, onde ocorreram às grandes codificações e construções doutrinárias que foram fundamentais para a ciência jurídica hoje. Nos embasamentos teóricos da maioria dos juristas a concepção tradicional dos contratos é fonte de inspiração e indispensável. A liberdade contratual ou a liberdade de contratar sofre restrições na liberdade de negociar o conteúdo contratual. Desta forma, são corolários do princípio da autonomia da vontade como adiante será objeto de estudo, segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, haja, assumido, e em virtude disso a obrigação em cumprir o estipulado”. (NORONHA, 1994, p. 42-43).

da vontade distingue-se em duas formas distintas, são elas: a liberdade de contratar²², ou seja, realização ou não de um contrato jurídico e a liberdade contratual²³, que permite a criação de contratos atípicos²⁴, ou seja, as partes dão um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento elaborado. Porém, esta última forma sofre restrições, pois muitos contratos hoje, como o de adesão²⁵, depende da aprovação governamental, em virtude de representar um interesse social nas relações interindividuais. (WALD, 2006, p.188).

O princípio da autonomia da vontade é disciplinado pela liberdade de criação do contrato, podendo decidir segundo os interesses da pessoa o conteúdo da relação jurídica contratual. Porém, comporta exceções, ou seja, submete-se às normas de ordem pública e os bons costumes. Como exemplo dessa restrição tem-se os seguros obrigatórios, quando o sujeito tem a obrigação de contratar imposta pela lei. Além deste, quando a pessoa do outro contratante se torna insuscetível de opção, como exemplo as empresas de serviço público sob prestação do regime de monopólio. (DINIZ, 2003, p.70-71).

Ainda, as partes têm autonomia para contratar²⁶ de acordo com sua vontade, esta liberdade permite aos contratantes a opção em escolher, entre contratos típicos que constam no ordenamento jurídico, e atípicos, que por sua vez, são criados de acordo com as necessidades de cada um. Entretanto, a vontade contratual sofre limitações mediante a ordem pública, porque há normas cogentes que não poderão ser tocadas pela pretensão das partes. (VENOSA, 2005, p. 405).

Portanto, a finalidade do princípio da autonomia é a liberdade que os indivíduos possuem para contratar o que quiserem, com quem quiserem, da forma que entenderem mais adequada, todavia nos limites da lei e das diretrizes da socialidade, equidade e eticidade. Assim, relaciona-se ao agir livre do sujeito, ligando-se a vontade interna, momento que a pessoa capaz²⁷ tem a liberdade de praticar negócios jurídicos lícitos e de definir seu conteúdo.

²² “Faculdade de realizar ou não determinado contrato”. (NORONHA, 1994, p. 42).

²³ “Possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato”. (NORONHA, 1994, p. 42).

²⁴ Artigo. 425 do Código Civil: “É lícito as partes estipularem contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

²⁵ Art. 424 do Código Civil: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

²⁶ “Do consensualismo, segundo o qual o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, pois, como apontamos alhures, não se exige, em regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual. No artigo 107 do Código Civil brasileiro, os contratos não precisam seguir uma forma especial haja vista que caso o contrato fosse preso a certa forma para a sua Constituição, o consenso entre as partes poderia não ocorrer, ficando delimitada a liberdade das partes. Entretanto, existem exceções no que se refere a sua consolidação, que só ocorre quando da entrega da coisa ou objeto, logo após o acordo de vontades. Nestes casos, o acordo por si só, embora necessário, não é suficiente. Como exemplo o contrato de depósito em que só se conclui com a entrega da coisa ao depositário”. (DINIZ, 2003, p. 74).

²⁷ Artigo 1º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

1.3.2 Princípio da supremacia da ordem pública

A liberdade contratual limita-se pela supremacia da ordem pública, eis que o interesse da sociedade deve prevalecer sobre o interesse particular. Desta forma, o Estado edita as leis para regulamentar alguns tipos de contratos, obrigando as partes contratantes a respeitá-las, seguindo as regras fixadas, sob pena de não terem validade. Com isso, a vontade das partes ao contratar se limita à ordem pública e aos bons costumes.

O contrato se origina da declaração de vontade, que tem força obrigatória, devendo atender a sua função social e o princípio da boa-fé, formando-se pelo consentimento das partes, o chamado princípio da autonomia da vontade, que concede a liberdade de contratar. Porém, essa convenção não é absoluta, em virtude das restrições trazidas da ordem pública, que é a intervenção do Estado no contrato. Nesse contexto, o direito positivo prescreve algumas normas que integram a disciplina dos contratos e limitam a ação livre de cada um, em que a lei ordena ou proíbe certos comportamentos sem deixar a livre escolha dos particulares, que não podem fugir da observância daquelas normas, sob pena de sofrer as penalidades impostas. (PEREIRA, 2008, p. 22-24).

O objetivo que conduziu o legislador a intervir no contrato, é de remediar os efeitos das desigualdades existentes, visto que o uso desse mecanismo limita a autonomia da vontade às normas de ordem pública, as quais esbarram na liberdade de estipular. Para restabelecer a igualdade no contrato, o legislador criou normas limitadoras da liberdade das partes, inderrogáveis por serem de ordem pública²⁸. Procurou atenuar as desigualdades no contrato, evitando vantagens indevidas para uma das partes. (RODRIGUES, 2005, p. 19).

Ainda, “a ideia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe a sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre particulares”. (RODRIGUES, 2005, p. 16). Através do artigo 2.035²⁹ do Código Civil brasileiro, observa-se que a noção de

²⁸ Exemplo dessa limitação é a Lei das Luvas em que “entendeu o legislador que ao ensejo da renovação das locações para fins comerciais e industriais, o inquilino era a parte mais fraca, ficando a mercê do senhorio, que lhe podia impor cláusulas excessivamente onerosas. De fato, o locatário tinha de submeter-se a quaisquer exigências do locador, sob pena de ser obrigado a mudar-se, sofrendo, destarte, a perda do ponto comercial e de todo o valor incorpóreo representado pelo fundo de comércio”. (RODRIGUES, 2005, p.19).

²⁹ Artigo 2035 do Código civil: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

ordem pública e o respeito aos bons costumes, constituem meios para limitar a liberdade contratual. (GONÇALVES, 2008, p. 24).

A definição de normas de ordem pública³⁰ e o que são bons costumes³¹ ocupam uma delimitação fluante, cabendo aos tribunais verificar, em cada caso, o seu conteúdo. Assim, o contrato reflete de um lado a autonomia da vontade e por outro, a ordem pública, devendo haver equilíbrio dessas duas forças, reduzindo o campo da liberdade de contratar na medida em que o legislador entenda conveniente expandir as normas públicas e vice-versa. (PEREIRA, 2008, p. 26).

O princípio da autonomia da vontade não é absoluto, sendo limitado pela supremacia da ordem pública. Com isso, entende-se que o interesse da sociedade deve sempre prevalecer quando colidir com um interesse individual, visto que a vontade das partes contratantes se limita à ordem pública e aos bons costumes.

1.3.3 Princípio da obrigatoriedade

Este princípio representa a força obrigatória do contrato, ou seja, uma vez celebrado, faz lei entre as partes e deve ser cumprido, quando presentes os requisitos da validade³². Pelo princípio da *pacta sunt servanda*, o contrato obriga às partes nos limites da lei, é uma norma que versa sobre a vinculação das partes ao contrato, ou seja, “os pactos devem ser cumpridos”.

Em decorrência do princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar, assim cada um tem a liberdade de definir os termos e o objeto do contrato. Porém, contratando deve cumprir o pacto. Assim, “o princípio da força obrigatória contém ínsita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação tão forte e tão profunda,

³⁰ “Normas que instituem na organização da família, (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam na organização política e administrativa do Estado, bem como bases mínimas da organização econômica; os preceitos fundamentais do direito do trabalho, enfim, as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação”. (PEREIRA, 2006, p. 25-26).

³¹ Os bons costumes “compreendem as concepções ético-jurídico dominantes na sociedade; o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam. Haverá abuso neste ponto quando o agir do titular do direito contrariar a ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio.” (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 178).

³² Artigo 104 do Código Civil: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

que não comporta retratação...”. Com isso, a liberdade individual que se obriga pelo contrato, gera obrigações. (PEREIRA, 2006, p. 15).

O que foi pactuado entre as partes torna-se obrigatório e, deste compromisso, elas não podem mais se desligar senão por outra avença, desde que obedecidos os requisitos legais. Forma uma espécie de lei privada que se mune de sanção, representada pela possibilidade de execução no patrimônio do devedor. (GOMES, 2002, p. 35).

No momento de sua elaboração, o conteúdo estipulado no contrato deverá ser fielmente cumprido entre as partes, caso isso não ocorra, poderá haver execução patrimonial da pessoa inadimplente. O contrato quando concretizado surge para o mundo jurídico e dele retira sua proteção, podendo, em caso de inadimplemento, ter início sua execução judicial nos moldes do ordenamento vigente. Assim, o contrato, depois de constituído, torna-se uma norma de direito, existindo inclusive a intervenção do Estado para assegurar a essência contratual. Por outro lado, não é absoluto, permitindo revisão contratual³³ devido a fatos imprevisíveis nas relações contratuais. (DINIZ, 2003, p.74).

Em conformidade Wald, explica

a obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projeção no tempo da liberdade contratual. As partes são obrigadas a realizar as prestações decorrentes do contrato. O direito contemporâneo limitou, todavia, também tal obrigatoriedade, interpretando-a *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto as situações das partes não sofrerem modificações substanciais e permitindo, no caso de haver tais transformações, uma revisão ou um reajustamento dos termos do contrato. (2006, p. 189).

Tem-se ao aludido princípio a necessidade de segurança nos negócios e a imutabilidade dos contratos, sem a qual não se poderia exigir o seu cumprimento, pois o contrato nasce para um dia se extinguir. Mas, não se deve entender a sua imutabilidade de forma absoluta, mas sim de maneira relativa à vontade de ambas as partes, no intuito de desfazer³⁴ o negócio por caso fortuito ou força maior, consignado no artigo 393³⁵ do Código

³³ Artigo 478 do Código Civil: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. Artigo 479 do Código Civil: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

³⁴ A resolução é a “consequência de ter o devedor faltado ao cumprimento da sua obrigação”. (PEREIRA, 2006, p. 154).

³⁵ Artigo 393 do Código Civil: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Civil, ou de fatos inesperados ao longo do cumprimento da obrigação. (GONÇALVES, 2008, p. 28).

Diante disso, o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, ou seja, constitui uma espécie de lei privada entre as partes. Os fundamentos são a segurança nos negócios e a imutabilidade do que foi convencionado, porém não é absoluto, em face de que podem ser modificados por meio de revisão judicial ou desfeitos pela resolução.

1.3.4 Função social do contrato

A superveniência do Código Civil, pautado em princípios de equidade e socialidade, inspirado na ideia de funcionalização dos direitos, tornou-se instrumento eficaz no atendimento aos valores dispostos na Constituição Federal. Assim, o artigo 1º, incisos III e IV³⁶; artigo 3º³⁷, inciso I, e artigo 170 da Constituição Federal, e no artigo 421³⁸ do Código Civil, positivaram a função social do contrato.

De início, verifica-se a dificuldade em conceituar a palavra função, mas na atuação do intelecto humano, a expressão é identificada em sua acepção sociojurídica, envolvendo um “conjunto de atividades e papéis exercidos por indivíduos ou grupos sociais, no sentido de atender necessidades específicas”. Desta maneira, acrescido do adjetivo social, significa dizer que o objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito, assim passa a ter um poder-dever, para revelar-se como um interesse coletivo. (GODOY, 2004, p. 110-111).

A função social do contrato constitui um princípio moderno³⁹ a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos, servindo, precipuamente, como limitador da vontade,

³⁶ Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento”; III – “A dignidade da pessoa humana”; IV – “Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

³⁷ Artigo 3º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”; I – “Construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

³⁸ Artigo 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

³⁹ “Em rigor, com uma inexistência de dificuldades em celebração de contratos, eis que havia uma estrondosa formalidade em Roma, aquela sociedade possuía um alto gabarito de civilização jurídica, o contrato já fazia parte naquele período, antes mesmo do período clássico, vencera-se a concepção da apropriação violenta de utilidades. Tanto é que constitui uma pureza na estrutura de numerosos contratos e hoje a complexidade da vida econômica se observa poucas alterações. Com o tempo, a função social do contrato ampliou-se, generalizando-se a qualquer indivíduo, sem distinção de classe ou padrão econômico. “O mundo moderno é o mundo do contrato”, é ele que proporciona a subsistência de todos, e sem ele haveria uma limitação na atividade do homem e regressar-se-ia aos momentos primários.” (PEREIRA, 2006, p. 10-11).

tendo em vista que o interesse social sempre deve prevalecer, mesmo quando possa atingir a própria liberdade de não contratar. Como restrição à concepção clássica, de que o contratante pode fazer tudo no exercício de sua vontade, a função social possibilita que terceiros que não façam parte, propriamente dito do contrato, possam nele influenciar ou ser por ele atingido. (GONÇALVES, 2008, p. 05).

Em verdade, a socialização revela a função social das relações contratuais, dá ideia de contrato, a partir de uma determinada finalidade social, atendendo aos anseios da sociedade atual. Assim, “socializando-se a noção de propriedade, o contrato, naturalmente, experimentaria o mesmo fenômeno”. (PAMPLONA FILHO, 2008, p. 45-46).

Com a socialização, repercute aos contratantes um trato ético e leal que deve ser respeitado à cláusula geral da boa-fé objetiva. A relação contratual deverá compreender os deveres jurídicos gerais, aqueles de têm cunho patrimonial e os deveres anexos, que derivam da socialização. Destarte, o princípio maior da proteção da dignidade da pessoa humana, ganha destaque, pois o contrato não deve ser compreendido como uma mera relação individual, eis que atenta aos efeitos sociais, econômicos, ambientais, mas devem os contratantes atentar às exigências do bem comum, para o bem geral. (PAMPLONA FILHO, 2008, p. 47).

Aliás, a função social atinge a autonomia da vontade, conforme dispositivo legal artigo 421⁴⁰ do Código Civil, em que o legislador restringiu a liberdade contratual, em função do interesse social. Ainda, o contrato retrata a constituição econômica da sociedade, “instrumento imprescindível e o elemento indispensável à circulação de bens”. Assim, o contrato é um reflexo da instituição jurídica da propriedade, ou seja, do direito privado, consistindo em um vínculo de circulação de riquezas, e não apenas apropriação de riquezas por algumas pessoas. (RODRIGUES, 2005, p. 10-11).

Vê-se que a função do contrato na integralização de seu conteúdo, revela a garantia de que o ato de vontade receba tutela jurídica, desde que haja uma socialização, servindo como promoção de valores fundamentais, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

⁴⁰ Artigo 421 do Código Civil: “Como mencionado no artigo 421, a função social serve como condicionante a liberdade contratual, ou seja, “a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa a regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo artigo 51 daquela lei especial”. Porém, não representa apenas uma restrição a liberdade contratual, mas aduz um valor operativo, quer deve ser avaliado na interpretação dos contratos. Ainda, afirma: “É possível afirmar que o atendimento “a função social pode ser focado sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social”. (GONÇALVES, 2008, p.06).

Portanto, representa uma limitação à autonomia privada, servindo como um instrumento de garantia e prestígio, idealizando uma sociedade com menos desigualdade e mais justa.

1.3.5 Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva decorre do valor maior da dignidade da pessoa humana, considerada como algo que deve estar presente em todas as relações jurídicas e sociais existentes, abordada por diferentes aspectos da vida social. Dessa forma, o indivíduo age numa relação contratual devendo estar de acordo com as normas de boa conduta, ou ainda, do ponto de vista ético, boa-fé significa lealdade, franqueza e honestidade.

O significado de boa-fé objetiva originou-se da interpretação do § 242⁴¹ do Código Civil Alemão, traduzindo modelo de conduta social, no qual cada pessoa deve ajustar a própria ação por meio de parâmetros como a honestidade, lealdade e probidade. A boa-fé consiste num comportamento leal, não se apresentando como “princípio geral” e sim um modelo jurídico, revestido de várias formas e concreções, formulando uma diversidade de elementos interligados numa única norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, senão em decorrência de cada caso particular⁴², revelando-se como solução jurídica, na resolução de fatos concretos, que convivem necessariamente num sistema aberto. (MARTINS-COSTA, 2000, p.411-412).

Denota-se que a expressão boa-fé objetiva constitui uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé em suas relações recíprocas. Desta maneira, incluída no direito positivo, classifica-se como uma regra de conduta, deixando de ser princípio de direito e transforma-se em cláusula geral de boa-fé objetiva, portanto fonte de direito e de obrigações. (GONÇALVES, 2008, p. 35).

Uma das mais importantes alterações no Código Civil de 2002 foi a introdução da cláusula geral de boa-fé, aludida no artigo 422 de seu texto. Assim, segundo o diploma legal,

⁴¹ § 242 do Código Alemão: “O devedor deve [está adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico”.

⁴² “Com a finalidade de tutelar a confiança, a identificação da boa-fé objetiva tem como embasamento normativo o princípio de proibição do comportamento do contraditório, ou seja, não admite que alguém possa negar seus próprios atos. Desse modo, nos negócios jurídicos, com a interpretação da autonomia da vontade, e da conduta dos contratantes, o princípio serve para direcionar o legislador na solução de dúvidas arguidas por qualquer das partes”. (JÚNIOR; FARIA, 2008, p. 44-45).

as partes devem tanto durante a execução, quanto na conclusão do contrato agir de boa-fé, considerando a ética e a boa conduta dos contratantes para o cumprimento da obrigação. Em virtude disso, a cláusula geral fornece a base para se alcançar resultados justos e adequados, garantindo uma relação entre o direito e a realidade social, facilitando a abertura para novas adaptações das normas em decorrência de seus valores com o tempo, assegurando a flexibilidade ao ordenamento jurídico. (WALD, 2006, p. 190).

Em consonância, “o conteúdo da boa-fé objetiva é fixado com base no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da liberdade, justiça e solidariedade, valores maiores trazidos pela Constituição Federal e que se irradiam sobre o direito contratual provocando sua repersonalização.” Assim, o princípio decorre do valor maior da dignidade da pessoa humana e representa uma das mais fortes manifestações da repersonalização do direito contratual, retratando a diretriz da eticidade. (TONIAL, 2009, p.188).

Logo, a boa-fé objetiva mostra-se necessária para as situações que surgem na sociedade moderna⁴³, que exige relações harmônicas e leis. É composta por regras gerais de conduta impostas pela sociedade como um todo, trazendo transparência às relações, e caracterizando-se como um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. Não se faz necessário para a obrigatoriedade de um negócio jurídico a mera inexistência de vícios do consentimento, mas também que esteja de acordo com o princípio da boa-fé objetiva. Desse modo, a noção da boa-fé objetiva passou a integrar o conceito de contrato, sendo indispensável analisar seu conteúdo e funções.

2 A BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

Do ponto de vista constitucional, o princípio da boa-fé projeta-se nas relações de natureza obrigacionais, servindo de instrumento para limitar a vontade do particular, revelando-se como noção essencial aos negócios jurídicos. Com isso, a boa-fé no ordenamento jurídico, representa posto uma conduta de boa-fé como uma conduta mínima

⁴³ “Na execução de uma prestação, a boa-fé é conduzida a uma série de eficácias que antecedem a constituição do vínculo, compreendida como fundamento material, tem-se então a ideia de confiança. Assim, a confiança pode ser compreendida no sentido de diminuir a complexidade social, reduzindo a insegurança quanto ao futuro de que aquilo contratado e estipulado virá acontecer.” (FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 49).

conforme o direito e a justiça, que tutela a confiança existente entre as pessoas. No direito brasileiro, a boa-fé objetiva pode assumir função de princípio, de cláusula geral ou de conceito jurídico indeterminado, dependendo do caso em que for chamada a atuar.

2.1 A cláusula da boa-fé e sua distinção com os princípios jurídicos

A boa-fé é norma de conduta, que não pode ser afastada pela vontade das partes (artigo 2.035, parágrafo único, CC/2002). A cláusula geral⁴⁴ da boa-fé objetiva foi positivada no Brasil, através do Código de Defesa do Consumidor⁴⁵ e após pelo Código Civil⁴⁶, revelando a preocupação do legislador com a eticidade na relação contratual.

Num primeiro momento, faz-se necessária uma distinção⁴⁷ entre regras e princípios ressaltando que tanto regras quanto princípios são elementos essenciais na proteção, organização e no procedimento dos direitos fundamentais. Com isso, o ponto de partida refere-se que as regras e os princípios são normas, porque ambos dizem o que fazer, porém os princípios são de uma generalidade de alto nível⁴⁸, enquanto que as regras são de uma generalidade baixa⁴⁹. (ALEXY, 2002, p. 82-83).

Essa distinção não é nova, sendo que tanto as regras, quanto os princípios são considerados normas e podem ser diferenciados. Nesse sentido, explica Alexy que:

⁴⁴ “Legislar por cláusulas gerais significa deixar o juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”. (PERLINGIERI, 1997, p.27).

⁴⁵ Artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais, relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: Inciso IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

⁴⁶ Artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁴⁷ “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem”. (DWORKIN, 2002, p. 39).

⁴⁸ “Exemplo de uma norma com um nível relativamente alto de generalidade é a norma que diz que cada um goza de liberdade religiosa”, expressam normas universais, normas que se referem a todos os indivíduos de uma classe aberta (pessoas, presidiários). (ALEXY, 2002, p. 83).

⁴⁹ Exemplifica Alexy que: “todo presidiário tem o direito de converter sua própria religião a outros presidiários” expressam normas individuais. (ALEXY, 2002. p. 83).

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas ou no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones em el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o um principio. (2002, p.31-32).⁵⁰

Desse modo, as regras são aplicadas no “tudo-ou-nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. (DWORKIN, 2002, p. 39). Todavia, os princípios são aqueles considerados mandamentos de otimização e, podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades fácticas e jurídicas existentes. Nesse diapasão, assegura-se que as regras não são analisadas na dimensão valorativa, enquanto os princípios são analisados na dimensão de peso, assim admitem conformações. Ao se fala que a regra pode ser válida ou não, essa avaliação é feita com base na Constituição Federal que traz os direitos fundamentais⁵¹. Assim, a análise da validade somente vai determinar qual a regra que será aplicada ao caso concreto e essa aplicação será na base do *tudo ou nada*. (ALEXY, 2002, p. 86-87).

Inspirado na Constituição, o Código Civil adotou modelos jurídicos abertos⁵², representando um código não-totalitário, com abertura para a mobilidade da vida, e que pode ser ligado a outros elementos normativos. Assim, as modificações na linguagem técnica⁵³ e

⁵⁰ Tradução livre da autora: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *principios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são mandamentos de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida debida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Em câmbio, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Para tanto, as regras contêm determinações no âmbito do fáctica e jurídicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é bem uma regra ou um princípio”. (ALEXY, 2002, p.31-32).

⁵¹ “Os direitos fundamentais propriamente ditos referem-se aos atributos naturais da pessoa humana, invariáveis no espaço e no tempo, segundo a ordem natural estabelecida pelo criador do mundo e partindo-se do princípio de que todos os homens nascem livres e iguais em direitos. Estendem-se, portanto, a todos os homens, sem distinção de nacionalidade, raça, sexo, ideologia, crença, condições econômicas ou quaisquer outras discriminações. São os direitos concernentes a vida, à liberdade, à segurança individual, à propriedade etc. O primeiro dentre estes é o direito à vida, de evidencia axiomática porque pressupõe todos os demais direitos humanos”. (MALUF, 2003, p.215).

⁵² Os modelos jurídicos abertos constituem “a boa-fé objetiva numa norma proteiformica, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 413).

⁵³ “Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela

legislativa levaram a formulação de certos tipos de normas que fogem do padrão tradicional, são eles, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Os primeiros "buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos", que são preenchidos no caso em concreto, mediante a utilização das regras de experiência⁵⁴. Enquanto as cláusulas gerais são normas que o enunciado, também não descreve "punctualmente a hipótese e as conseqüências" de modo intencional. São concebidas "como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus Codificado". (MARTINS-COSTA, 2000, p. 285-286).

As cláusulas gerais não se confundem com os conceitos jurídicos indeterminados pelo conteúdo a ser preenchido na vagueza típica. Também, se distinguem dos princípios, pois são expressões abstratas que possuem a função de efetivar os princípios jurídicos em determinado caso concreto. Assim, "o intérprete, ao aplicar a norma que consigna um princípio, deve ter em conta o seu peso, podendo um mesmo princípio ser ou não 'aplicado' num determinado caso concreto, sem perder, contudo, a sua validade no sistema". (MARTINS-COSTA, 2000, p. 319). Portanto, "as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação". (MARTINS-COSTA, 2000, p. 316).

As cláusulas gerais se relacionam diretamente aos princípios jurídicos. Em verdade, constituem o instrumento legislativo que permite a entrada, no ordenamento, de princípios valorativos expressos ou implícitos, em especial, os constitucionais. As cláusulas gerais permitem que princípios e valores sejam alocados aos códigos e efetivados. Portanto,

as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 274).

ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, a vista dos casos concretos, crie elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão... (MARTINS-COSTA, 2000, p. 303).

⁵⁴ Artigo 335 do Código de Processo Civil: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial".

Desta forma, constata-se que a boa-fé objetiva é reconhecida como um princípio jurídico. Logo, o sistema jurídico de direito privado impõe às partes que resguardem, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé. E tal norma prevê como cláusula geral, a boa-fé objetiva, cabendo ao intérprete, por sua vez, a explicação se o negócio jurídico está em consonância com a principiologia do sistema. (NERY JUNIOR, 2007, p. 479).

Com isso, existe no ordenamento jurídico tanto o princípio da boa-fé⁵⁵, que exprime o valor da tutela da confiança, quanto à cláusula geral da boa-fé, que possibilita a efetivação do princípio em determinadas hipóteses concretas. Assim, a “boa-fé objetiva é um modelo de conduta social, é considerado o dever ético dos contratantes de agir com honestidade, retidão, lealdade. É o dever que cada um dos contratantes tem de se preocupar com a outra parte, cuidando para que sua conduta não o prejudique”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 214).

As origens deste instituto remontam ao Código Alemão, que fazia referência à cláusula da boa-fé, com um caráter elástico. O § 242⁵⁶ deste diploma concede uma extraordinária capacidade criadora e inovadora aos juízes. Esta norma é trazida por toda a doutrina como a "cláusula geral por excelência". Iniciava-se o direito vivente, com formulações genéricas. A lei passava a ser vista não como um limite, mas sim como ponto de partida para a criação do direito. (MARTINS-COSTA, 2000, p.286-287).

Configurado como princípio de observância obrigatória a boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos e também como elemento de limitação e ruptura de direitos⁵⁷. Com sua positivação, certamente, contribuiu muito para o desenvolvimento na doutrina e jurisprudência da noção da probidade e da correção. Com base nela, o juiz não pode deixar de analisar o tipo contratual, sem observar os costumes, os usos e práticas que normalmente os contratantes seguem, em torno do qual surge o litígio. (PEREIRA, 2006, p. 21).

A doutrina e a jurisprudência passaram a utilizar a boa-fé como elemento mitigador e impositor de deveres de conduta. “[...] A jurisprudência passou, topicamente, a cobrar dos

⁵⁵ “À boa-fé então conduzida e reconduzida uma série de eficácias à Constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, que, na idéia de confiança, encontraram um de seus mais importantes fundamentos materiais. Foi entendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que, antes do nascimento do vínculo (com as expressas declarações de vontade), rompem injustificadamente as negociações tão fortemente entabuladas com a outra parte ao ponto de gerar nesta, fundada expectativa na conclusão das negociações.” (SILVA, 2002, p. 48).

⁵⁶ §242 do Código Civil Alemão: “O devedor deve estar [está adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração do tráfico jurídico”.

⁵⁷ “Proibição do *venire contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com conduta anterior, do *inciviliter agere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado”. (PEREIRA, 2006, p. 21).

envolvidos em relações negociais a conduta conforme a boa-fé e, com isso, a declarar a existência de uma série de deveres a serem seguidos [...]”. (SILVA, 2002, p.47-48).

Com isso, as cláusulas gerais promovem a efetivação dos princípios, e em grande maioria das hipóteses, devem conter em seu enunciado um princípio ou mesmo permitir a sua formulação, reenviando ao valor que este exprime. Os princípios constituem normas diretas da ordem jurídica, representam valores sociais, não vinculados a uma situação específica, mas que, ao mesmo tempo, carecem de interposições concretizadoras. Enquanto, as cláusulas gerais, por conseguinte, caracterizam-se como normas, que funcionam com as mediações concretas, possibilitando a aplicação do princípio. Quanto à boa-fé objetiva, revela-se como fundamento essencial, trazida como requisito de validade a todo e qualquer contrato.

2.2 Distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva

A boa-fé subjetiva está presente por questão de ordem pessoal de quem contrata, revela a intenção da parte, ou seja, um elemento psicológico. Por outro lado, a boa-fé objetiva é uma regra de conduta que deve ser observada pelas duas partes no contrato. Nessa linha, está associada ao modo de proceder com a outra parte, importando a lisura de uma para com a outra, a honestidade e lealdade das declarações e condições contratadas.

A noção de boa-fé primeiramente surgiu no Direito Romano, embora sua conotação tenha sido dada pelos juristas alemães, que recepcionaram a cultura romanista. Partindo de uma acentuada amplitude, em Roma, a fé tinha um conceito mais ético do que propriamente jurídico. “Sua juridicização só iria ocorrer com o incremento do comércio e o desenvolvimento do *jus gentium*, complexo jurídico aplicável a romanos e estrangeiros”. Em contrapartida, no direito Alemão, traduziu-se na fórmula do *Treu und Glaube*⁵⁸, isto é, na lealdade e confiança. (PAMPLONA FILHO, 2008, p. 63).

No direito canônico, a boa-fé assemelhou-se aos termos do direito alemão, embora a *bona fides*, teve forte projeção no direito medieval. “A primeira vista, pode parecer idêntica a

⁵⁸“A fórmula *Treu und Glaube* demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que a marcam no direito romano: invés de denotar a ideia de fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da *fides* romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as ideias de lealdade (*Treu ou Treue*) e crença (*Glaube ou Glaube*), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 124).

conotação advinda do direito romano, a boa-fé como denotativa da ignorância acerca da litigiosidade”. Todavia, pelo direito canônico a boa-fé passou ser “vista como ‘ausência de pecado’ vale dizer, como estado contraposto a má-fé”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 128).

A boa-fé objetiva, de origem germânica, assumiu diferentes funções impondo às partes o dever mútuo de colaborar para o fim pretendido na celebração do contrato. Como exemplo disso, o Código do Consumidor incorporou em seu texto legal, a noção de boa-fé objetiva, em seu artigo 51, Inciso IV⁵⁹, buscando garantir a lealdade e a colaboração para fins contratuais. “[...] A boa-fé objetiva ganhou na jurisprudência brasileira um papel, por assim dizer, reequilibrador de relações não-paritárias”. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2009, p.235-236).

Dessa forma, necessária uma diferenciação no aspecto objetivo e subjetivo da boa-fé. Esse último consiste em uma situação psicológica do sujeito que realiza determinado ato, sem ter ciência do vício que existe derivado do reconhecimento da ignorância do agente em relação à determinada circunstância. Além disso, está ligada ao “voluntarismo e ao individualismo”, numa análise de uma possível má-fé subjetiva no agir. Enquanto que a boa-fé objetiva, deriva do princípio jurídico e consiste na regra de comportamento, de fundo ético, ligada a eticidade que se espera na ordem social. (PAMPLONA FILHO, 2008, p. 65-66).

Pela boa-fé objetiva, na relação jurídica, espera-se que as partes guardem entre si a lealdade e o respeito que se espera do homem comum. Na estrutura obrigacional, o contrato não se esgota apenas na obrigação de dar, fazer ou não fazer, ou seja, a boa-fé objetiva impõe também a observância de deveres jurídicos anexos,⁶⁰ de proteção, lealdade, confiança, confidencialidade, assistência e informação. Esses deveres são impostos aos sujeitos, tanto ativo quanto passivo na relação obrigacional, para “exata satisfação dos interesses envolvidos na obrigação assumida, por força da boa-fé contratual”. (PAMPLONA FILHO, 2008, p. 67).

Preceitua a jurisprudência:

⁵⁹ Artigo 51 Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade”.

⁶⁰ “REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS: MANUTENÇÃO DO REGISTRO DO NOME DA PARTE AUTORA NOS ORGÃOS DE MAUS PAGADORES, MESMO DEPOIS DA RENEGOCIAÇÃO DA DÍVIDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Com o parcelamento da dívida, em 20 prestações e o adimplemento regular das parcelas iniciais, natural que fosse gerada na devedora a expectativa de que o cadastro seria cancelado, até mesmo porque, caso sobreviesse novo inadimplemento, a requerida poderia tornar a inscrever o nome da cliente nos cadastros de maus pagadores. Em tal contexto, a atitude esperada era do cancelamento do cadastro. Trata-se de um agir exigível diante da aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, na sua função de criação de deveres laterais ou anexos. Necessidade, porém, de reduzir o montante indenizatório, tendo em vista a contumácia da autora no inadimplemento de suas obrigações.” (Recurso Cível n 71002847580, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recusais, Relator: Eugênio Facchini Neto, julgado em 31/03/2011).

REPARAÇÃO DE DANOS. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO NO INTERIOR DE SUPERMERCADO. APLICAÇÃO AS SÚMULA N. 130 DO STJ. OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO PELOS DANOS MATERIAIS. ARBITRAMENTO DO VALOR EM JUÍZO DE EQUIDADE. DEVER ANEXO DE PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO OUTRO CONTRATANTE, DERIVADO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DA RÉ A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (Recurso Cível N 71002837227. Terceira turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 31/03/2011).

Consagrado como norma infraconstitucional, o princípio da boa-fé objetiva incide sobre todas as relações jurídicas, mas como cláusula geral, que possui uma vagueza legal, carece da concretude das peculiaridades do caso. O “seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes”. Além disso, ela não cria deveres negativos⁶¹, mas sim deveres positivos, exigindo que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto, surgindo o dever de cooperação. (PEREIRA, 2006, p.20-21).

Assim, numa concepção do dever de lealdade entre as partes, relaciona-se não somente à interpretação do contrato, mas sim ao interesse social de segurança das relações jurídicas. É imposto, para que as partes tenham comportamento leal, nas obrigações assumidas, não podendo ser abusivo, nem lesivo o cumprimento destas. E, além disso, “para reconhecimento de efeitos jurídicos a situações aparentes é de aplicar-se o princípio geral que protege a boa-fé nos contratos e a lealdade nas relações sociais”. (DINIZ, 2003, p.76).

Nessa nova perspectiva de valorização da pessoa humana, independentemente da vontade das partes o princípio constitui uma fonte autônoma de deveres. Portanto, “a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se ‘construir’ objetivamente o regramento do negócio jurídico”. Com isso, observa-se que;

⁶¹ “Deveres negativos são aqueles resultantes da boa-fé subjetiva que advém do estado mental do sujeito, qualificado por um estado de consciência de não estar se comportando de acordo com o Direito.” (PEREIRA, 2000, p. 20).

o princípio da boa-fé objetiva, como regra de conduta, rege as relações contratuais com a finalidade de proteger a confiança. Cabe ao interprete analisar a conduta das partes para verificar se dentro do contexto do contrato ela se coaduna com a realização das legítimas expectativas. (TONIAL, 2009, p.189).

Logo, a boa-fé subjetiva trata de danos internos, diretamente ligados ao sujeito, diz respeito a elementos internos, formas de conduta e de como agir. (NORONHA, 1994, p. 131-132). Enquanto, que a boa-fé objetiva “é um modelo de conduta social, é o dever ético dos contratantes de agir com honestidade, retidão, lealdade. É o dever que cada um dos contratantes tem de se preocupar com a outra parte, cuidado para que sua conduta não a prejudique”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p.214).

O estudo da boa-fé subjetiva⁶² revela o estado psicológico do indivíduo, observando-se a pessoa age conforme o pensamento de que não está prejudicando o outro, porém de fato está, ou seja, “é a situação psicológica de ignorância em prejudicar o direito de outrem”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 213-214). Relaciona-se com o estado de consciência, pois o interprete leva em consideração a intenção do sujeito para formular sua convicção, relacionando-se, também, com a má-fé⁶³, a intenção de lesar a outrem. Com isso, “a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que, normalmente, se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado.” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 411-412).

Nesse sentido, a pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, isto é, existe, mas só na aparência, criando no sujeito uma confiança subjetiva, que permite com que a pessoa alimente esta expectativa como se fosse legítima. A discussão mostra-se no sentido que basta apenas a ignorância do interessado sobre a real situação diante de si (psicológica), ou exigível que o estado de ignorância seja desculpável, no entendimento ético da boa-fé. (NORONHA, 1994, p. 132-133).

No artigo 1.201 do Código Civil⁶⁴, está explícito o estado de conhecimento do sujeito de agir ou não em determinada situação. Para tal, levam-se em conta os deveres de diligência

⁶² “No âmbito desta concepção psicológica, boa-fé contrapõe-se a má-fé: ou a pessoa ignora os fatos reais, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa-fé, ou não ignora, e está de má-fé. Mesmo quando ela ignore com culpa, continuará de boa-fé, a menos que se trate de ignorância grosseira, caracterizando culpa grave...” (NORONHA, 1994, p. 133).

⁶³ Contrária à boa-fé subjetiva está a má-fé, que é a intenção deliberada de lesar o direito de outrem. Portanto, “à má-fé subjetiva se dá um sentido inverso ao anterior, mas dentro da mesma ordem de idéias (estado psíquico, ignorância, erro etc.); consiste em uma intenção de obrar de modo diferente ao ordenamento jurídico, quer dizer, desobedecer”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 214).

⁶⁴ Artigo 1.201 do Código Civil: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”.

que se espera do homem mediano. Assim, o princípio da boa-fé subjetiva “[...] representa algo psicológico que presume a ignorância da real situação jurídica [...]”. (WALD, 2006, p. 190).

É de grande importância também relatar, que a boa-fé objetiva possui uma ligação com a justiça das prestações e contraprestações para existir um equilíbrio contratual. Ela é entendida como um critério de valoração de determinadas condutas, como a lealdade e correção da pessoa e, principalmente, as regras objetivas de honra no comércio e no tráfico jurídico. Assim a noção de boa-fé objetiva⁶⁵ constitui-se como num princípio norteador de ambas as partes nos contratos atuais. (MARTINS, 2002, p. 76-77).

Portanto, a boa-fé subjetiva, trata-se de um estado de espírito da consciência do sujeito, com o conhecimento ou desconhecimento de uma situação, fundamentalmente psicológica. Enquanto, que a boa-fé objetiva é uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências. Sua noção não tem definição rígida, pois a proibição resulta da conduta dos contratantes com um padrão de pessoa leal e honesta, que terá que ser analisada em face das circunstâncias de cada caso, no contexto efetivo do contrato.

2.3 As funções do princípio da boa-fé objetiva na relação contratual

A positivação do princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro ocorreu pelo Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 51, inciso IV⁶⁶ como parâmetro hábil para proporcionar a harmonia das relações de consumo, permitindo a invalidação de cláusulas que estabelecessem obrigações incompatíveis com a correção e lealdade. Com isso, a boa-fé trouxe a obrigação de cada contratante respeitar os interesses, vontades e objetivos do outro, evitando, desta forma, dano e vantagem excessiva.

Assim, a maior crítica ao Código de 1916 refere-se a não consagração expressa da boa-fé como cláusula geral, falha imperdoável visto que presente nos códigos civis, alemão e

⁶⁵ “[...] Se trata, portanto, de um módulo que ‘necessita de concreção’, que unicamente nos indica a direção em que temos que buscar a resposta à questão de qual seja a conduta exigível em determinadas circunstâncias. Não nos dá uma regra apta para ser simplesmente ‘aplicada’ a cada caso particular e para ler nela a solução do caso quando concorram determinados pressupostos. Senão que em cada hipótese se exige um juízo valorativo do qual deriva o que o momento e o lugar exigiam.” (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p.215).

⁶⁶ Artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

francês. Entretanto, o Código Civil de 2002, preencheu esta lacuna no artigo 422⁶⁷, determinado que os contratantes são obrigados a respeitar na execução e conclusão do contrato, os princípios da boa-fé e probidade. Porém, esqueceu o legislador de incluir expressamente as fases pré⁶⁸ e pós-contratuais, visto que são de grande importância para a criação de deveres jurídicos para ambas as partes. Essa omissão, todavia, não implica na sua inaplicação, pois pela interpretação extensiva da norma, abrange também os casos não previstos expressamente, mas contidos na nova noção de proteção da confiança. (PEREIRA, 2006, p. 20).

Na relação contratual, a boa-fé objetiva é uma norma que determina que cada parte deve-se ajustar sua conduta a um modelo social, agindo com lealdade, correção, honestidade, e considerando “as expectativas legitimamente geradas, [...] nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 411-412). Com isso, tutela a confiança depositada na relação contratual, importando-se com os interesses dos demais, encontrando fundamento na proteção da dignidade da pessoa, oportunidade em que se revelam suas três funções, quais sejam, hermenêutico-integrativa do contrato, a de limitação de direitos subjetivos e a de criação de deveres jurídicos. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 428).

Na concreção das relações e na interpretação dos contratos é observada a função interpretadora, pois a única forma cabível de análise de qualquer relação negocial segue a ótica da boa-fé objetiva, possibilitando observar o todo, ou seja, o negócio jurídico, da forma como foi acertado pelas partes envolvidas. No diploma brasileiro, vem expresso em seu artigo 113⁶⁹, que na interpretação, o juiz deve verificar a intenção das partes, fazendo referência a cláusula geral de boa-fé, para a manutenção do equilíbrio contratual, isto é, a boa-fé é dirigida às partes como norma de conduta e ao juiz como norma interpretativa. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 220). Nessa ótica, ressalta Martins-Costa

⁶⁷ Artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁶⁸ Nessa senda, a atual jurisprudência está buscando soluções inovadoras que substancializam o direito justo em matéria contratual. Nesse sentido dispõe: “Após, tracejado este panorama, pelo qual busquei demonstrar a multiplicidade de atuações da boa-fé objetiva, cabe examinar, de forma particularizada, outra hipótese na qual vem a boa-fé revolucionando o direito obrigacional. Esta é posta em casos nos quais a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplicou de forma corajosa e inovadora, o princípio, entendendo-o incidente também na chamada fase pré-contratual. [...] A escolha do instituto da responsabilidade pré-negocial se deve ao fato de que neste terreno, talvez mais do que nas hipóteses anteriormente referidas, resta evidenciado que a ligação entre a boa-fé e a compreensão da relação obrigacional como um processo dinâmico possibilita a reconstrução dogmática de institutos jurídicos, por forma de adequá-los às necessidades sociais”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 471-472).

⁶⁹ Artigo 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

a boa-fé objetiva é mais do que o apelo à ética, é noção técnico-operativa, que se especifica no campo de função ora examinado, como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para a qual foi criado. (2000, p. 437).

Esta função é individualizadora, o juiz vai analisar o caso concreto com base no princípio da boa-fé, e a cláusula geral que o integra “ tem essa função, que é a de ser apenas uma moldura, que será preenchida diferentemente pelo magistrado de acordo com a natureza do caso em litígio”. Dessa forma, cabe a jurisprudência a responsabilidade para a aplicação com intuito de solucionar diversos casos concretos, ressaltando que o magistrado está limitado pelas próprias bases legais, em conformidade com o bom senso, a prudência e o que seja socialmente aceito, devendo ter a Constituição como referência para amparar sua aplicação. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 221-222).

A boa-fé é aludida como critério hermenêutico, eis que para a interpretação das cláusulas, privilegia-se entre as partes a lealdade e a honestidade. “Proíbe-se, assim, a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra.” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2009, p. 238-239).

A boa-fé objetiva é entendida como um domínio do direito jurisprudencial, o seu conteúdo advém na aplicação do juiz e não da lei. “O estudo do litígio concreto, a comparação de casos similares, a sua dogmatização e a sistematização subsequente forma a base essencial duma investigação sobre a boa-fé”. Nessa perspectiva,

a boa-fé objetiva não comporta uma interpretação-aplicação clássica. Desde cedo, tem sido traçado o seu paralelo com as lacunas. A disposição que remeta para a boa fé não tem, ela própria, um critério de decisão: a interpretação tradicional de tal preceito não conduz a nada. Na sua aplicação, o processo subjuntivo torna-se impossível. (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 42-43).

Para tanto, como regra de conduta, a boa-fé deve ser analisada pelo intérprete à luz da Constituição e juntamente com os demais princípios norteadores do direito contratual,

objetivando a justiça⁷⁰ no pacto e impedindo qualquer comportamento das partes de forma abusiva. “Com isso, a boa-fé objetiva tutelar a confiança depositada na relação contratual e impõe o dever da parte de agir com retidão, lealdade e honestidade, importando-se com os interesses dos demais.” (TONIAL, 2009, p. 190-191). A função hermenêutica da boa-fé representa

[...] um cânone que serve para interpretar as disposições contratuais e para preencher as lacunas que o contrato possa ter; está ligado à autonomia da vontade e atua como um mandado de otimização de conduta pelo qual o contrato tem de ter um sentido. É a regra dirigida ao juiz para que ele não permita que o contrato atinja finalidades opostas para as quais foi criado. (TONIAL, 2009, p. 191).

A boa-fé objetiva em sua função interpretativo-integradora mostra-se como um padrão que serve para interpretar as cláusulas contratuais e para preencher lacunas que contrato possa ter, uma vez que a relação contratual gera situações que nem sempre previsíveis pelos contratantes. Dessa forma, apresenta-se como elemento capaz de promover a interpretação integradora no negócio jurídico, atuando “como uma via para uma adequada realização, pelo juiz, do plano de valoração do legislador”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 428-429). Assim, verifica-se que a função hermenêutico-interpretativa decorrente da boa-fé objetiva, conduz ao juiz um dever de recíproca confiança entre as partes, para que o contrato atinja sua finalidade. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 437).

Como fruto da função hermenêutica, destaca-se a importância⁷¹ e aplicação da teoria da aparência⁷², momento em que a boa-fé objetiva valoriza o comportamento da parte, que, agindo ou se omitindo, provoca uma aparência errônea ao outro contratante. Portanto, seu

⁷⁰ “O valor da justiça social, expresso no texto fundamental, no sentido e nos limites antes traçados, há de incidir no direito civil contribuindo, em sede interpretativa, para individualizar o conteúdo específico que, concretamente, devem assumir as cláusulas gerais das quais é cravejada a legislação: equidade à lealdade, do estado de necessidade a lesão e a causa não imputável, da diligência a boa-fé”. (PERLINGIERI, 1997, p. 49).

⁷¹ Observa-se que “em tema de interpretação e integração dos contratos, a boa-fé objetiva também desempenha exponencial papel nos casos de aplicação da teoria da aparência. É importante sublinhar que, neste campo, atuam, conjuntamente, a boa-fé subjetiva e a objetiva: a primeira concerne à valoração da conduta do lesado, porque agiu na crença (condição psicológica, interna, subjetivamente avaliável), a segunda a valoração do comportamento da parte que permitiu, por ação ou omissão, que a aparência errônea fosse criada. Mais do que a doutrina, apelo à jurisprudência para evidenciar esta afirmação”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 435).

⁷² “Apelação Civil. Negócios jurídicos bancários. Aplicação da Teoria da Aparência. Manutenção do reconhecimento da responsabilidade solidária entre o banco BMG e a Credisul, uma vez que esta, além de funcionar no mesmo endereço daquele, ainda tinha anúncios vinculados com o símbolo do BMG, inspirando a confiança nos consumidores de que ambos eram responsáveis pela contratação. Aplicação da teoria da aparência. Proteção da confiança decorrente da cláusula geral de boa-fé objetiva”. (Apelação Civil n. 70036715431, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, julgado em 14/10/2010).

comportamento, observado de modo objetivo, é o responsável pela criação de uma aparência equivocada. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 435).

No que tange a segunda função do princípio da boa-fé objetiva, a limitadora de direitos subjetivos, vê-se que é aplicada de forma que as partes não possam obter vantagens exageradas sobre a outra, e nem causar qualquer tipo de prejuízo a outra parte contratante. Com isso, a boa-fé limita a vontade dos contratantes, objetivando a celebração do contrato de forma que contemple a função social, a utilidade de circulação de riquezas. Em virtude desta função, surgiram teorias como a teoria do abuso de direito⁷³, as teorias que proíbem o comportamento contraditório⁷⁴, a teoria do adimplemento substancial⁷⁵, a teoria da imprevisão⁷⁶ e a teoria da quebra da base⁷⁷ objetiva do negócio. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 224-225).

A função limitativa de direitos subjetivos da boa-fé “visa à manutenção do equilíbrio contratual e a efetivação de sua função social, impedindo a aplicação cega da lei e privilegiando uma interpretação condizente com a justiça contratual”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 260). Em conformidade com o artigo 187 do Código Civil⁷⁸ a função limitadora serve “[...] de limite para o exercício de direitos no âmbito de uma relação contratual. Afigura-se assim como critério para diferenciação entre o exercício regular e o

⁷³ “O abuso ocorre sempre que, aparentemente usando de um direito regular, haja uma distorção do mesmo, por um “desvio regular, de modo a prejudicar a outra parte interessada ou a terceiros”. (FERREIRA DA SILVA, 1999, p. 49). Artigo 187 do Código Civil: “Também comete ao ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁷⁴ APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO OBRIGACIONAL PELO COMPORTAMENTO CONTINUADO NO TEMPO. CRIAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO QUE CONTRARIA FRONTALMENTE A REGRA DA BOA-FÉ OBJETIVA. SUPRESSIO. EXTINÇÃO MATERIAL DO VÍNCULO DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. Os atos e negócios jurídicos devem ser efetivados e interpretados conforme a boa-fé objetiva, e também encontram limitação nela, se a contrariarem. Inteligência dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil. **Em atenção à boa-fé objetiva o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 20 anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa - no devedor e na efetividade social - de que não haveria mais pagamento e cobrança.** A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a consequente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva leva ao desaparecimento do direito, com base no instituto da *supressio*. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. No caso, a exequente/embargada - por longos 24 anos - não recebeu alimentos do seu falecido pai e sequer buscou cobrar o débito. Caso em que deve ser mantida a sentença que extinguiu a execução, em razão da perda da eficácia do título de alimentos executado. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70033073628, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 03/12/2009). Grifou-se.

⁷⁵ O adimplemento substancial “nega a possibilidade de resolução do contrato quando, tendo o devedor cumprido quase a totalidade da prestação a que estava obrigado, deixou apenas de cumprir uma pequena parte dela.” (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p.226).

⁷⁶ “Ocorrendo durante a execução do contrato, fatos imprevisíveis, que tornem a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, o contrato poderá ser revisto ou resolvido”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 231).

⁷⁷ “Acontecimento superveniente tornará a aplicação impraticável, haverá quebra da base”. (FERREIRA DA SILVA, 1999, p. 138).

⁷⁸ Artigo 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

exercício irregular ou abusivo⁷⁹ – e, portanto, vedado – de direitos frente à outra parte na redação contratual [...]” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2009, p. 239).

A teoria do abuso do direito, em que uma das partes obtém vantagem sobre a outra, comete um ato ilícito, pois excede os limites impostos pela boa-fé e pela função social. Para a ocorrência de abuso do direito, necessária a conduta humana, a existência de um direito subjetivo, o exercício desse direito de forma culposa, causando dano à outra parte, ofendendo assim a boa-fé e os bons costumes. “Portanto, viola a boa-fé objetiva a conduta daquele que faz uso de um direito subjetivo com o fim de causar dano a outrem ou, ainda que não tenha o fim de causar o dano, deixando de cuidar para que ele não ocorra. Sendo ato ilícito, o abuso de direito obriga o transgressor a indenizar aquele a quem ele causar dano”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 225-226). O abuso ocorre, quando há um desvio de finalidade. Assim,

as cláusulas abusivas seriam, portanto, uma especialização do fenômeno do abuso. Segundo alguns autores, no mínimo haveria uma inspiração próxima naquela figura. Talvez a fundamentação remota de ambos os institutos resida em ponto comum pois, em medidas variadas, tutelam a boa-fé e nela encontram seu nascedouro. Porém, o fato de promanarem ou de encontrarem-se em algum ponto não estabelece entre eles uma relação de fundamentador e fundamentado. (FERREIRA DA SILVA, 1999, p. 49).

Também a função limita o exercício dos direitos subjetivos, quando não existe o total cumprimento da obrigação pactuada, apenas o adimplemento substancial. “Assim, esse

⁷⁹ Preceitua-se a jurisprudência: “CONTRATO DE SEGURO FACULTATIVO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CLÁUSULA DE PERFIL PREVENDO O PERNOITE DO AUTOMÓVEL SEGURADO EM GARAGEM, CONDOMÍNIO FECHADO OU ESTACIONAMENTO PROTEGIDO. VEÍCULO FURTADO EM FRENTE À CASA DA NAMORADA DO SEGURADO. INEXISTÊNCIA DE INEXATIDÃO OU MÁ-FÉ NA DECLARAÇÃO FEITA PELO SEGURADO. 1. Ainda que o seguro seja feito, estipulando-se o valor do prêmio com base nas características particulares do proponente, o fato de informar o segurado que dispõe de garagem ou estacionamento protegido para guardar seu veículo em situações normais, não exclui a possibilidade de poder deixá-lo eventualmente pernoitando na rua, como aconteceu na hipótese dos autos, pois tal importaria em restrição ao uso natural do bem, além do que desvirtuaria a finalidade econômica do contrato que é garantir interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados. 2. Não se pode entender como agravamento de risco ou como violador da declaração de que o automóvel segurado normalmente pernoitava em garagem o fato de ter o segurado deixado seu veículo estacionado em frente à casa de sua namorada, pretendendo que o mesmo fosse levado por parente seu para revisão, o que acabou não ocorrendo, enquanto viajava por uma semana de férias. Tendo o veículo sido furtado e posteriormente danificado em acidente de trânsito provocado por terceiro, a reparação de tais danos está coberta pelo contrato de seguro. 3. **Na teoria contratual, a boa-fé objetiva desempenha, fundamentalmente, três funções, a saber: a primeira, a função interpretativa de que as cláusulas contratuais sejam cumpridas levando em conta a legítima expectativa dos contratantes; a segunda, a função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais e a terceira, a criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal. Assim, não há como admitir, a partir da segunda função do princípio da boa-fé que veda ou limita o abuso de posição jurídica, condutas como a da ré de procurar abusivamente o exercício abusivo de direito, pois violador da finalidade precípua do contrato.** Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido”. (Recurso Cível Nº 71002990745, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 30/06/2011).Grifou-se.

adimplemento⁸⁰ muito próximo ao final, fundado na boa-fé objetiva, exclui o direito resolutório da outra parte, só permanecendo perdas e danos.” (TONIAL, 2009, p. 195).

A teoria do adimplemento substancial foi criada doutrinária e jurisprudencial, e consagra os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual, eis que o direito privado é visto sob uma ótica social e ética não admitindo a aplicação alheia a verdadeira função e a realização da justiça. Desta forma, exemplificando, não se admite a resolução do contrato de seguro quando o segurado deixou de pagar apenas a última parcela do prêmio anterior ao sinistro. Existem problemas de ordem pessoal, que impedem a manutenção do cumprimento de obrigações contraídas, como perda de emprego, doenças, divórcio, etc.. Por esses motivos não se admite que o contrato substancialmente cumprido possa ser resolvido, prejudicando o devedor que quase integralmente cumpriu. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 227).

A doutrina registra também como manifestações da boa-fé objetiva limitando direitos subjetivos as teorias que vedam o comportamento contraditório conhecido como a teoria⁸¹ do *venire contra factum proprium*, ou seja, “aquele que age de uma maneira não pode repentinamente, querer mudar a forma de se conduzir, frustrando a expectativa que gerou na contraparte”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 228).

A proibição do *venire contra factum proprium*, representa um meio de exprimir a reprovação por exercícios inadmissíveis de direitos e posições jurídicas. Assim, perante comportamentos contraditórios, a ordem jurídica não visa à manutenção do *status* gerado pela atuação, mas sim a proteção da pessoa que teve por boa, com justificação a atuação em causa. O *factum proprium* exprime, na sua continuidade, um fator protegido pela concretização da boa-fé, sendo que as grandes linhas de proibição correspondem a propósito da aplicação da doutrina da confiança. “Exceptua-se um grupo marginal de situações, em que aflora o princípio da materialidade das regulações jurídicas, conectado, também, com a boa-fé e patente no *tu quoque*”⁸² que por sua vez, é um instituto que impõe o dever de manter

⁸⁰ “Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução. Ação de rescisão julgada improcedente e procedente a consignatória.” (MARTINS-COSTA, 2000, p.459).

⁸¹ A presente teoria noticia a existência de teoria semelhante no direito anglo-saxão: “Assim ocorre no direito *commum law*, no qual a mesma tutela é assegurada pelo instituto *stoppel*, cujo campo de aplicação primordial é o processo e cuja função é flexibilizar o formalismo processual vedando a parte, que, por suas declarações, atitudes, atos, enfim, conduziu a outra parte a modificar a sua posição em seu próprio detrimento, respondendo a ideia da inadmissibilidade, de, no processo, alegar e provar fatos contraditórios com a aparência que a mesma parte produz tais alegações e provas havia criado”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 462-463).

⁸² ⁸²APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. CONTRATO DE TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA TRANSPORTADORA. DANO MATERIAL APURADO. LUCROS CESSANTES NÃO PROVADOS. 1 - Agravo retido. Preliminar de cerceamento de defesa: à luz de

comportamento do não-contraditório, isto é, uma pessoa que viole uma norma não pode exigir de outrem o seu acatamento. (MENEZES CORDEIRO, 1997, p.769-770).

A relação obrigacional deve ser tida como um processo, pois compreende a fase pré-contratual, a fase de adimplemento das obrigações e a fase pós-contratual. Nos contratos de longa duração, a ocorrência de fatos não previstos no momento da celebração desequilibra a relação contratual, tornando a prestação de uma das partes excessivamente gravosa. “A teoria da imprevisão é fundamentada não princípio da boa-fé objetiva, pois o dever de lealdade, que deve orientar a conduta dos contratantes impõe a necessidade de rever o contrato, para refazer o equilíbrio contratual”. A teoria adotada pelo Código Civil permite tanto a revisão, artigo 317⁸³, quanto à resolução do contrato, artigo 478⁸⁴. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 231-232). Verifica-se que

entendimento pretoriano uníssono a respeito do artigo 223 do CPC, a citação de pessoa jurídica, recebida por empregado desta, devidamente identificado, é válida. Aplicação da teoria da aparência. 2 - **Vedação ao *tu quoque*: competência à ré acautelar-se quanto aos procedimentos internos de recebimento de citação nas suas dependências, a fim de minimizar a superveniência de quaisquer máculas na defesa de seus interesses, sob pena de, ventilada a informação, após a citação regular nos autos, configurar-se a vedação ao "*tu quoque*", limitação do exercício de direito subjetivo ou formativo, decantada da boa-fé objetiva.** 3 - Decadência: as provas careadas aos autos demonstram que a autora efetivamente tomou as cautelas devidas para conferir a regularidade do equipamento adquirido, em lapso temporal razoável, e mitigar o próprio prejuízo no desenlace contratual, motivo pelo qual não há falar em decadência do direito da autora. 4 - Contrato de transporte. Dever de indenizar. Responsabilidade objetiva do transportador: o cenário fático-jurídico do dever de indenizar reclama, a par da existência de conduta, nexos de causalidade e dano, que o agir perpetrado ultrapasse os lindes jurídicos, para reverberar seus efeitos no terreno da antijuridicidade. Com efeito, a documentação acostada aos autos comprova o revés material experimentado pela autora, porquanto esta enfrentou situação constrangedora e embaraçosa tudo em conta da imprevidência e falta de zelo da transportadora ao desempenhar função que lhe fora confiada por conta da relação negocial entabulada. Some-se a isso o fato de que a responsabilidade do transportador é objetiva, à luz do art. 750 do Código Civil, a ele competindo o transporte incólume da mercadoria até o local de destino. 5 - Lucros cessantes: com esteio no art. 333 do CPC, incumbia à parte autora o ônus de demonstrar o revés experimentado - valor nominal ou provas que pudessem auxiliar na apuração do "*loss of profits*" no que não logrou êxito. Não se podem presumir os danos hipotéticos sugeridos pela autora. Preliminares rejeitadas. Agravo retido, apelo e recurso adesivo desprovidos. (Apelação Cível Nº 70028070431, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 19/03/2009). Grifou-se.

⁸² Artigo 317 do Código Civil: “Quando por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifestamente entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure quanto possível, o valor real da prestação”.

⁸³ Artigo 478 do Código Civil: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão a data da citação”.

⁸⁴ Artigo 317 do Código Civil: “Quando por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifestamente entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure quanto possível, o valor real da prestação”.

⁸⁵ Artigo 478 do Código Civil: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão a data da citação”.

todo contrato é previsão, e em todo contrato há margem de oscilação do ganho e da parte, em termos que permitem o lucro ou prejuízo. Ao direito não podem afetar estas vicissitudes, desde que constringidas nas margens do lícito. Mas, quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da concorrência livre tolera, e é atingido o plano de equilíbrio, não pode omitir-se o homem do direito, e deixar que em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato um dos contratantes leve o outro a ruína completa, e extraia para si o máximo benefício. Sentindo que este desequilíbrio na economia do contrato afeta o próprio conteúdo de juridicidade, entendeu que não deveria permitir a execução rija do ajuste, quando a força das circunstâncias ambientes viesse criar um estado contrário ao princípio da justiça no contrato. (PEREIRA, 2006, p. 162).

Não haverá lugar para a aplicação desta teoria nos casos em que a onerosidade excessiva provém da álea normal e não do acontecimento imprevisto. Com isso, o que envolve, é que na “teoria da imprevisão a boa-fé objetiva atua com função limitativa de direitos subjetivos, restabelecendo o equilíbrio contratual quebrado por fato superveniente que não se podia prever no momento da contratação”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 234).

A quebra da base no negócio jurídico, diz respeito à impraticabilidade do pactuado, isto é, “ao desequilíbrio que economicamente se trará para uma das partes que ainda pode cumprir, mas para tanto, demandará um esforço que poderá acarretar sérios danos ao patrimônio, tornando impossível, de boa-fé, exigir-se o cumprimento”. (FERREIRA DA SILVA, 1999, p. 139). Exemplo disso ocorre quando, o artista contratado, deixa de se apresentar em uma festa, por motivo de doença, neste caso há a quebra da base objetiva do negócio, pois a normalidade da vida, pressuposto na celebração do contrato, há quebra por um fato excepcional, justificando o inadimplemento. Além do princípio da boa-fé objetiva, a moral e os bons costumes impedem o cumprimento da prestação, havendo a resolução. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 236).

Por último, apresenta-se a função criadora de deveres acessórios que devem ser respeitados pelos contratantes, sendo que esses deveres podem ser de informação, lealdade e proteção, entre outros. Vê-se que devem ser cumpridos paralelamente à obrigação principal, com o fim de otimização da relação obrigacional, em que ambos os contratantes observem os deveres acessórios, visando garantir que a outra parte possa desfrutar a prestação a que tem direito sem surpresas ou prejuízos. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 260).

Na relação obrigacional, existem deveres principais⁸⁵ e secundários. Ao lado dos deveres principais existem os deveres acessórios⁸⁶, decorrentes da boa-fé objetiva, que devem ser cumpridos paralelamente com a obrigação principal, objetivando o cumprimento adequado e justo da prestação.

Os deveres acessórios de proteção impõem às partes, enquanto durar a relação contratual, a obrigação de evitar danos mútuos nas suas pessoas ou em seu patrimônio. O dever acessório de proteção importa no dever do contratante de se preocupar com a integridade física e patrimonial da outra parte, para evitar danos. Este dever embora decorra da relação contratual, está em posição de independência face às prestações principais, ou seja,

os deveres acessórios de proteção nada têm a ver com a regulação contratual e com a sua execução fiel pelas partes. Visam, na verdade, obstar a que, na ocasião do efetivar das prestações e dadas às possibilidades reais de agressão e ingerência provocadas por essa conjuntura, às partes se venham a infringir danos mútuos. A relação com o contrato, caso exista e seja ela qual for, não explica nem orienta esses deveres: eles radicam em níveis diversos da ordem jurídica, profundos sem dúvida, mas alheios a autonomia privada”. (MENEZES CORDEIRO, 1997, p.615).

Os deveres de esclarecimento obrigam as partes, a informarem todos os aspectos atinentes ao vínculo, ocorrências que tenham certa relação e os efeitos da execução que possam advir. Referente ao dever de lealdade:

⁸⁵ “Os principais, que são os deveres obrigacionais das partes na celebração do contrato, a alma da relação negocial que define o tipo do contrato, para obtenção do desejado fim. Paralelamente, correspondem os deveres principais decorrentes da boa-fé objetiva, o dever de cumprir a obrigação pactuada de forma justa”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p.238-239).

⁸⁶ “Os deveres acessórios, põem em relevo a concepção da relação obrigacional como totalidade e como processo, na medida em que se concretizam durante o desenvolvimento da obrigação, durante a vida do contrato”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 443).

Obrigam as partes na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignadas. Com esse mesmo sentido, podem ainda surgir deveres de atuação positiva. A casuística permite apontar, como concretização desta regra, a existência, enquanto um contrato se encontra em vigor, de deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigílo face a elementos obtidos por via da pendência contratual, cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e de atuação com vista a preservar o objetivo e a economia contratuais. Esses deveres não-de imputar-se a boa-fé e não ao próprio contrato em si, quando não resultem apenas da mera interpretação contratual, mas antes das exigências do sistema, face ao contrato considerado. (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 604-607).

Desse modo, a boa-fé impõe às partes outros deveres⁸⁷ que não estão previstos nos contratos, como o dever de lealdade, de proteção e de esclarecimentos, exercendo assim o princípio o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Esta função está transcrita no artigo 422 do Código Civil⁸⁸. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2009, p. 239).

Esses deveres anexos não possuem rol taxativo, pois decorrem da boa-fé objetiva⁸⁹ e nascem conforme o caso concreto. Entre os citados pela doutrina destacam-se os de proteção, de informação⁹⁰, de lealdade e de cooperação⁹¹.

⁸⁷ “Os deveres jurídicos decorrentes da boa-fé costumam ser referidos sob a rubrica generativa de deveres secundários, laterais, anexos, acessórios ou instrumentais, como tais qualificados os deveres, imputados tanto ao devedor como ao credor, cuja fonte não é a manifestação volitiva. Tais deveres pressupõem uma nova compreensão da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo complexo, que tem em vista a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes, credor e devedor, que subsiste até mesmo depois de adimplida a prestação principal”. (NEGREIROS, 1998, p. 236).

⁸⁸ Artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁸⁹ De toda sorte, verifica-se que a boa-fé objetiva expandiu-se como uma exigência de eticização das relações jurídicas, a ponto, inclusive, de aumentar seu campo de abrangência a outras áreas do direito, que não só a do contrato, como o direito público. Assim, a boa-fé objetiva faz do ajuste de vontades, muito mais que uma relação de cooperação e consideração um com o outro, garantindo a promoção do solidarismo que é um valor constitucional, relacionando-se com a função social do contrato. (GODOY, 2004, p. 75).

⁹⁰ CONSUMIDOR. SEGURO DE VIDA. AUSENTE COMPLEXIDADE. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **DIREITO À INFORMAÇÃO**. ABUSIVIDADE DO REAJUSTE DO PRÊMIO EM RAZÃO DA IDADE. I. A perícia atuarial mostra-se prescindível ao exame da matéria, vez que a resolução do mérito não esta a recomendar a produção de prova técnica. Causa cível, pois, de menor complexidade. II. **O contrato de seguro é modalidade de pacto no qual o seu instrumento essencial é a respectiva apólice, que deve estipular os riscos assumidos, o prêmio e a indenização, primando sempre pela boa-fé**. III. A requerida em momento algum demonstra o efetivo conhecimento do autor com relação ao considerável aumento do prêmio por motivo de mudança de faixa etária, embora expressamente disponha em sentido contrário o inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. IV. Em se tratando de contrato de trato sucessivo e cativo, a cláusula de reajuste das mensalidades em razão da idade é abusiva, seja pela desproporção no crescimento do valor do prêmio, seja pela ausência de informação clara ao consumidor a tal respeito. V. O recorrido faz jus à repetição do indébito de forma simples vez que a cobrança estava embasada previsão contratual, não se podendo esperar conduta diversa da contratada. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71002952414, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 14/07/2011). Grifou-se.

⁹¹ Assim, em cumprimento ao dever de cooperação, tens o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem decidido neste sentido: DANOS MATERIAIS E MORAIS. FURTO DE CARTÕES BANCÁRIOS. COMUNICAÇÃO TEMPESTIVAMENTE PROCEDIDA. EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO POR TERCEIRO NA CONTA EM QUE DEPOSITADA A PENSÃO. RESPONSABILIDADE DO BANCO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESCUMPRIMENTO AO DEVER DE COOPERAÇÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. DESCONSTITUIÇÃO DO DÉBITO. OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO PROPORCIONALMENTE A CULPA CONCORRENTE DA VITIMA QUE MANTINHA A

Seu conteúdo é desdobrado em diversos tipos,

exemplificativamente: *a) os deveres de cuidado, providências e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; *b) os deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; *c) os deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; *d) o dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; *e) os deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; *f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, *v.g.*, o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou se um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; *g) os deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento por parte do devedor etc. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 240).

Os princípios da solidariedade⁹² e da cooperação são as matrizes dos deveres acessórios, eis que o direito privado deixou para trás a ótica individualista e liberal, inserindo princípios sociais na relação contratual. Nessa nova ótica civil-constitucional, “a tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais, pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento”. (PERLIGIERI, 1997, p. 244).

SENHA JUNTO COM O CARTÃO MAGNÉTICO. 1. Tendo o correntista, viúva e pensionista, que se vê desapossada de seus cartões bancários em razão de furto, comunicado o fato via telefone ao banco logo após sua ocorrência, bem como comparecendo a agência do réu no dia seguinte e solicitado o cancelamento do cartão, por certo que a demora na efetivação do bloqueio constitui-se falha na prestação dos serviços. O dever de cooperação, ínsito ao princípio da boa-fé objetiva dos contratos, impõe ao preposto diligenciar no sentido de impedir o resultado danoso a consumidora, o que não fez. 2. O defeito na prestação dos serviços impõe a condenação do réu a restituição do débito referente ao empréstimo supostamente contraído. 3. A privação dos recursos necessários a subsistência da vítima leva também a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Contudo, sopesando-se a participação da vítima no evento danoso, pois mantinha a senha junto com o cartão, de se fixar o valor da indenização extrapatrimonial em R\$ 1.000,00. Recurso parcialmente provido. (Recurso Cível N 71001922624, Primeira Turma Recursal Cível, turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, julgado em 30/04/2009). Grifou-se.

⁹²“A noção de solidariedade decorre da Constituição, que prevê no preâmbulo a instituição de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e na dignidade da pessoa humana, objetivando uma sociedade livre e solidária. Também está atrelada a boa-fé objetiva, na intenção ética que conduz ao caminho da lealdade e correção. O princípio da cooperação, por sua vez, instrumentaliza a solidariedade, impondo aos contratantes que cooperem entre si, tornando igualmente proveitosa entre ambas”. (REZENDE DOS SANTOS, 2009, p. 244-245).

Por fim, conclui-se que pela função hermenêutico-interpretativa, a boa-fé é dirigida as partes como uma norma de conduta e ao juiz como norma interpretativa. Em seguida, que a função limitativa de direitos subjetivos da boa-fé visa à manutenção do equilíbrio contratual e a efetivação de sua função social. E por último, a função criadora de deveres acessórios que devem ser respeitados pelos contratantes, revela a proteção da confiança, garantindo que a parte possa desfrutar a prestação a que tem direito sem sobressaltos ou prejuízos.

Entretanto, todas as funções da boa-fé objetiva trazem à tona a eticidade que deve nortear o contrato, como forma de respeito à pessoa e a sua dignidade. Em especial, ressalta-se a aplicação desse princípio no contrato de seguro.

3 RELAÇÃO CONTRATUAL DE SEGURO E A BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé nos contratos de seguro tem exigência expressa nas disposições legais que regulamentam este tipo de contrato. Assim, além da cláusula geral da boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil, o legislador também trouxe a tutela da confiança de modo específico, por meio do artigo 765 do mesmo diploma legal.

3.1 Contrato de seguro: considerações gerais

O contrato de seguro possui características e elementos próprios que substancializam seu objeto, objetivando segurança ao contratante. Hoje, em virtude da criminalidade, violência no trânsito e outros fatores da sociedade, o ser humano busca precaver-se de prejuízos que possam eventualmente ocorrer com seu patrimônio ou até mesmo com sua integridade física. Desta forma, esse tipo contratual cresce diariamente e assegura ao contratante um ressarcimento de um eventual dano que possa sofrer.

A necessidade de proteger o patrimônio e de dar segurança a vida sempre foi assunto de grande relevância no contexto da humanidade, desde os tempos mais remotos até hoje, proporcionando o desenvolvimento do seguro e a busca cada vez mais crescente por este tipo contratual. No século XVI, inicialmente, surgiram os primeiros documentos tratando de contratos de seguro, os quais se confundiam com os contratos de compra e venda, em virtude de possuir as mesmas cláusulas. “Verificou-se uma concentração de negócios sobre o seguro na cidade de Pisa, que ficou conhecida por ter a primeira apólice de seguro em 11/07/1385, além de Florença e Gênova na Itália, irradiando-se para outros países como a Inglaterra, Portugal e Espanha”. (ALVIM, 2006, p. 353-354).

Assim, os seguros eram feitos para os riscos marítimos⁹³, depois se expandiram para o percurso terrestre da mercadoria até a sua entrega, originado o seguro de transporte. Mais

⁹³ O contrato de seguro “teve como ponto de partida o seguro marítimo, ainda no período medieval, quando se limitava a cobrir navios e carga. Penetrou, paulatinamente, nas práticas civis, vencendo pouco a pouco as resistências.” No fim do século XVIII, foi também admitido o seguro de vida, todavia foi no século XX que foi incluído no ordenamento, sendo citado no Código Civil de 1916. (PEREIRA, 2006, p. 451).

tarde foi admitido também o seguro marítimo para os escravos que possuíam valor de mercado, assim surgindo também, o seguro de resgate de pessoas livres que eram aprisionadas por inimigos durante viagens, e posteriormente com o efetivo seguro eram postas em liberdade. Com isso, observa-se a expansão do seguro e sua eficácia. (ALVIM, 2006, p. 354).

A história do seguro no Brasil não é tão antiga, eis que quando a Família Real chegou ao país em 1808, na Europa esse contrato de seguro já havia alcançado a fase de amadurecimento, com os princípios técnicos e jurídicos bem definidos, além da atividade operacional no ramo marítimo e também nos riscos terrestres. Até 1822, ano da Independência só se desenvolveu o seguro marítimo, após em 1850 foi promulgado o Código Brasileiro do Comércio, momento que foram fundadas as primeiras seguradoras no país, baseadas nas leis portuguesas e nos subsídios da cultura jurídica da Europa. (ALVIM, 1999, p. 48).

O desenvolvimento do seguro foi “[...] paralelo ao da técnica e da industrialização, garantindo o domínio do homem sobre substâncias e fontes de energia perigosas e transformando os meios de produção e as condições de trabalho em virtude de eliminação do risco, transferido para o segurador [...]”. Coloca-se hoje, num campo intermediário entre o direito privado e o direito público, expandindo-se cada vez mais, apresentando-se como uma premissa no ramo da indústria e do transporte. (WALD, 2006, p. 605).

O seguro é uma transferência de riscos de uma pessoa a outra; tecnicamente, é a divisão do dano, que seria suportado por uma só pessoa, entre várias outras. (GUERREIRO, 2004, p. 6). Destarte, “é a transferência do risco do segurado para o segurador, ou seja, o contrato feito entre as partes em sua multiplicação garante um fundo econômico, constituindo uma base técnica”. Com as contribuições dos segurados forma um fundo comum de onde serão retirados os recursos para o pagamento dos sinistros, ou seja, ocorre um mutualismo no contrato. Desta forma,

o mutualismo constitui, portanto, a base do seguro. Sem a cooperação de uma coletividade seria impossível, ou melhor, não se distinguiria do jogo. Não alcançaria, também, seu objetivo social, pois, ao invés do patrimônio do segurado seria sacrificado o patrimônio do segurador. A insegurança permaneceria para um e para outro. Importa socialmente evitar o sacrifício de alguém pelo risco e eliminar a insegurança que a ameaça a todos. (ALVIM, 1999, p.59-60).

O contrato de seguro é trazido, indiscutivelmente, como uma garantia futura contra riscos previstos, ou seja, mediante o pagamento de um prêmio à seguradora, evidenciando que caso ocorra um sinistro, isto é, na eventualidade de verificar-se a situação prevista, ao segurado são reembolsadas às perdas e danos decorrentes do fato que ocasionou. Dessa maneira, a pessoa procura precaver-se, porém a caso ocorra tal evento inesperado, está garantida a reparação do dano sofrido. (RIZZARDO, 2004, p. 841).

O Código Civil de 2002 definiu o contrato de seguro em seu artigo 757⁹⁴, trazendo como partes contratantes, o segurado e o segurador. O objeto do negócio jurídico é o risco, assim, o segurado paga o prêmio, contrata os valores estipulados para as coberturas, garantindo que acaso ocorra um sinistro, estará tranquilo quanto ao reembolso, visto que transfere ao segurador os riscos, não sofrendo prejuízos. (RODRIGUES, 2004, p. 331-332).

Com a intervenção estatal, as características do contrato de seguro integram-se no direito privado, mas pertencem ao direito social, deslocando-se para o poder estatal em face de sua importância socioeconômica de proteção contra o risco. “O contrato de seguro com os contornos atuais foi surgindo paulatinamente, em decorrência das necessidades sociais”. Em defesa do patrimônio, saúde e da vida, o ser humano busca a defesa contra o risco de perda desses bens, através de seguros terrestres de coisas e de pessoas que o Código Civil disciplinou em consonância com os princípios contratuais e legislação complementar. (VENOSA, 2006, p.353).

O seguro é bilateral, oneroso, aleatório, consensual, de adesão, e de execução continuada. A bilateralidade decorre da reciprocidade das obrigações, “o segurador assume o risco que lhe transfere o segurado porque deseja o prêmio. O segurado paga o prêmio, porque visa livrar-se do risco que se preocupa.”. Também é oneroso “visto que o intuito especulativo se encontra no espírito de ambos os contratantes, já que nenhum deles é movido pelo propósito de fazer liberalidade”. (RODRIGUES, 2004, p. 336).

Além disso, é tipicamente aleatório⁹⁵, pois sua origem gira em torno do risco, em virtude da prestação de pagar, chamada indenização⁹⁶, sendo subordinada a evento futuro e incerto. (VENOSA, 2006, p. 357).

⁹⁴ Artigo 757 do Código Civil: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada”.

⁹⁵ Dessa maneira “aleatórios são os contratos em que o montante da prestação de uma ou de ambas as partes não pode ser desde logo previsto, por depender de um risco futuro, capaz de provocar sua variação. Com efeito, o contrato aleatório é aquele em que as prestações oferecem uma possibilidade de ganho ou de perda para qualquer das partes, por dependerem

Outra característica do contrato de seguro é de ser consensual, aperfeiçoando-se pelo acordo de vontade entre as partes. Ainda, o seguro considera-se formal porque só gera obrigações após documentado por meio da apólice ou do bilhete. A Lei de Seguros Privados – Decreto-Lei n. 73, em seu artigo 9º⁹⁷, estabelece que os seguros devam ser contratados mediante proposta assinada pelo segurado, por um representante legal ou por corretor de seguro habilitado, o estatuto disciplina a atividade das seguradoras, que são fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Existem doutrinadores que defendem a consensualidade⁹⁸. A forma escrita seria suprida na prova por outros meios como a perícia nos livros contábeis. (RIZZARDO, 2004, p. 843).

O seguro configura-se como um contrato de adesão, previsto no artigo 54 caput⁹⁹ do Código de Defesa do Consumidor, que por sua vez, “é a pré-formulação das cláusulas contratuais que irão disciplinar a relação jurídica a se estabelecer entre os contratantes”. Desta forma, destina-se normalmente a situações negociais numerosas, exigindo cláusulas contratuais uniformes, por isso a proposta apresentada cria a possibilidade de ser aceita ou rejeitada, manifestando a autonomia da vontade. (ALVES, 2011, p. 276).

Do mesmo modo o seguro pode ser considerado um contrato de execução continuada, pois,

destinado a subsistir durante um período determinado de tempo, por menor que seja. Leciona, a respeito, Serpa Lopes: “O risco, por sua própria conceituação, depende desse fator tempo. O contrato está subordinado às eventualidades que possam surgir entre o seu início e a sua expiração. Como todo contrato de execução continuada em que as diversas prestações são autônomas, o contrato de seguro, se vier a ser rescindido por falta de cumprimento de suas prestações, as consequências delas resultantes só atingem as relações futuras ou posteriores a inadimplência e não as já acontecidas e consumadas”. (RIZZARDO, 2004, p. 843-844).

de um evento futuro e incerto que pode alterar o seu montante. O objeto do negócio está ligado à idéia de risco”. (RODRIGUES, 2004, p. 124).

⁹⁶ Define-se indenização como “o pagamento feito pela seguradora quando da ocorrência do evento coberto”. (CHUBB, 2011, p. 08).

⁹⁷ Artigo 9º do Decreto- Lei n. 73: “Os seguros serão contratados mediante propostas assinadas pelo segurado, seu representante legal ou por corretor habilitado, com emissão das respectivas apólices, ressalvado o disposto no artigo seguinte”.

⁹⁸ “Consensual, porque a forma escrita não é mais exigida para a substância do contrato pelo novo Código Civil, que seguiu a tendência de considerá-lo um contrato consensual (Orlando Gomes), com a sustentação de que o instrumento escrito é elemento de prova, suscetível de suprimimento por outros meios. O elemento comprobatório da celebração do contrato, quando não há a emissão de apólice ou bilhete de seguro, previsto no art. 758 do Código, é o pagamento do prêmio”. (PEREIRA, 2006, p. 453-454).

⁹⁹ Artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor: “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

No ramo de seguros impera a confiança, sendo a boa-fé um princípio basilar, positivada nos artigos 765¹⁰⁰ e 766¹⁰¹ do Código Civil. Assim, a boa-fé na contratação do seguro, tendo em vista a asseguuração do risco, obriga o segurado a fazer declarações verdadeiras e completas, sob pena de perder o seu direito ao seguro. Deste modo, caberá ao julgador no caso concreto averiguar as circunstâncias, examinando a boa ou má-fé. (VENOSA, 2006, p. 358-359).

Aparecem no contrato de seguro as partes contratantes, segurado e segurador, sendo que o último recebe um prêmio do primeiro em troca do risco de indenizar o segurado dos prejuízos que poderão sobrevir em caso de sinistro¹⁰². Além disso, permite-se no seguro a reversão em benefício de um terceiro, como exemplo o seguro de vida, na qual o beneficiário será contemplado após a morte do contratante. (RIZZARDO, 2004, p.842-843). A partir disso, o segurado pode ser tanto pessoa física quanto jurídica, que, possuindo objeto segurável, contrata seguro, para seu benefício ou de terceiro. (GUERREIRO, 2004, p. 44).

Necessário frisar que o contrato de seguro não pode ser compreendido como simples transferência dos riscos, sem qualquer interesse social. Jamais ele se apresenta como um contrato isolado em face do segurador, existindo dois elementos que demonstram este interesse social, o primeiro é a mutualidade dos segurados, através das sociedades de seguros mútuos, ou seja, “os associados dividem entre si os prejuízos que a qualquer deles advenham dos riscos por todos enfrentados”. Como segundo elemento, o cálculo de probabilidades que o segurador fixa para prever o prêmio que será pago pelo segurado, baseado em estatísticas. Esta taxa do seguro deverá ser “suficiente não só para pagar todas as indenizações, como também para proporcionar um lucro razoável aquele”. (RODRIGUES, 2004, p. 333-334).

A proposta de seguro é o elemento de ligação que a seguradora utiliza para o estudo e a definição das condições contratuais. O segurador avalia o risco por meio da proposta e a emissão da apólice se dá pela aceitação dos elementos essenciais do interesse e do risco. Sendo uma exteriorização da vontade do proponente e da informação ao segurador. Assim, define-se proposta como a “fórmula impressa, contendo um questionário detalhado que deve ser preenchido pelo segurado, ou seu representante de direito, ao candidatar-se a cobertura de

¹⁰⁰ Artigo 765 do Código Civil: “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”.

¹⁰¹ Artigo 766 do Código Civil: “Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito a garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”.

¹⁰² O sinistro é a “ocorrência de acontecimento involuntário e casual previsto no contrato de seguro e para a qual foi contratada a garantia, e que, legalmente, obriga a seguradora a indenizar”. (BRADESCO AUTO/RE, 2011, p. 10).

seguro. A proposta é à base do contrato de seguro, geralmente dele fazendo parte. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2011, p. 01).

Analisando os elementos do contrato de seguro, discriminados no artigo 760¹⁰³ do Código Civil, tem-se o segurado, o segurador, o risco, o prêmio e a apólice. Com a emissão da apólice¹⁰⁴, reputa-se formado o contrato, sendo que o instrumento do negócio deverá conter os riscos assumidos pelo segurador, os dados e as obrigações entre ambas as partes, devendo ser precedida pela proposta escrita, enviada para o segurador que fará análise do segurado. (RIZZARDO, 2004, p. 843).

O segurado é a pessoa física ou jurídica que tendo interesse segurável, contrata seguro, ou seja, qualquer pessoa ou companhia mencionada na apólice; diretores, sócios, acionistas, enquanto agindo em suas respectivas funções e competências em prol do segurado; empregados do segurado, porém, estes devem agir dentro do escopo de suas obrigações; qualquer pessoa ou organização designadas na apólice como vendedor, mas somente em relação a distribuição ou venda dos produtos do segurado; e quaisquer membros, participantes da equipe do segurado. (ALLIANZ, 2011, p. 01).

O segurador é a empresa autorizada pela SUSEP a funcionar no Brasil como tal e que, recebendo o prêmio, assume o risco e garante a indenização em caso de ocorrência de sinistro amparado pelo contrato de seguro. (BRADESCO AUTO/RE, 2011, p. 10).

A partir disso, que o segurador é pessoa jurídica, que recebe o prêmio, assume o risco e obriga-se a efetivar a contraprestação, se ocorrer o sinistro. O Decreto-Lei n. 73/66 instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, que orienta também o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP; a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP; e o instituto resseguradores, e das sociedades autorizadas a operar em seguros privados; e dos corretores habilitados elencado no artigo 122¹⁰⁵ do referido decreto. Somente podem atuar no ramo de seguros as sociedades anônimas, autorizadas pelo Ministério da Fazenda, sujeitas permanentemente à fiscalização. (VENOSA, 2006, p. 374-375).

¹⁰³ Artigo 760 do Código Civil: “A apólice ou bilhete de seguro serão nominativos à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua vida validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário”.

¹⁰⁴ Apólice constitui “o contrato de seguro, que estabelece os direitos e obrigações da empresa seguradora e do segurado”. (ALLIANZ, 2011, p. 01).

¹⁰⁵ Artigo 122 do Decreto-Lei n. 73: “Corretor de seguros, pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as sociedades seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”.

O risco é o elemento central do contrato de seguro, pois constitui seu próprio objeto. Por isso, o risco é o elemento futuro e incerto, suscetível de causar dano e quando isso ocorrer, a técnica securitária denomina como sinistro. Os riscos devem ser expressamente mencionados na apólice, assim como e o período de vigência. (VENOSA, 2006, p. 362). Assim,

o risco, no seguro de coisas, é representado pela circunstância de estar a pessoa exposta a eventualidade de um dano, ou de ter de reparar um dano causado a outrem. No seguro de vida o risco consiste no fato de a pessoa vir a morrer mais cedo ou mais tarde. No caso de seguro de acidente, o risco se encontra na possibilidade de o segurado vir a sofrê-lo. (RODRIGUES, 2004, p. 338).

O prêmio “é a importância paga pelo segurado à seguradora, em troca da transferência do risco a que ele está exposto”, ou seja, a soma em dinheiro, para que esta assuma a responsabilidade por um determinado risco. (CHUBB, 2011, p. 08).

Através do prêmio pago pelos segurados, forma-se o fundo de valores que possibilita sua atuação no mercado securitário. O cálculo¹⁰⁶ do prêmio é feito em função do risco, podendo ser menor ou maior conforme a gravidade, a probabilidade e a avaliação técnica de cada caso. Além dos cálculos gerais, a taxa do prêmio ainda pode ser alterada conforme a particularidade de cada segurado, exemplo disso, ocorre no seguro de incêndio de imóveis, em que são levados em conta a existência de hidrantes, o corpo de bombeiros no local, a construção, dentre outros. (VENOSA, 2006, p. 370).

A apólice de seguros define-se como o contrato que estabelece os direitos e obrigações de ambas as partes, o segurado e o segurador. (ALLIANZ, 2011, p.01). Dessa maneira, na apólice fixa-se o objeto do seguro, as coberturas, estipulam-se as condições gerais, admitindo a substituição do objeto por outro. Além disso, contempla-se a apólice ao portador, que pode ser transferida mediante endosso¹⁰⁷, isto é, mudando a titularidade dos bens segurados,

¹⁰⁶ “Através de estatísticas é possível saber, com grande aproximação, o número de ocorrências de determinados eventos em uma certa comunidade durante determinado espaço de tempo, de forma a permitir ao segurador calcular, mediante tabelas de previsões, o volume provável de sinistros que irão ocorrer e o montante das indenizações que terão que ser pagas num determinado período futuro. Com base nesses cálculos de probabilidade ou atuariais, avalia-se o total dos prêmios a serem rateados pelos segurados”. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 448).

¹⁰⁷ O endosso define-se como “o documento expedido pela seguradora, durante a vigência da apólice, pelo qual a seguradora e o segurado acordam quanto à alteração de dados, modificam condições ou objeto da apólice ou a transferem a outrem”. (CHUBB, 2011, p. 07).

cabendo ao segurado a comunicação de tal mudança ao segurador. A concordância do segurado é manifestada pelo endosso que é anexado à apólice, por exemplo, quando o segurado faz a troca de veículo, substituindo-o por outro. (VENOSA, 2006, p.383).

A franquia é “o valor ou percentual definido na apólice pelo qual o segurado fica responsável em caso de sinistro de perda parcial”. Isto é, o valor previsto na apólice que o segurado participará em caso de utilização do seguro. (BRADESCO/RE, 2011, p.08).

Chamam-se salvados, todo o material que restar, após o acontecimento de sinistro, em perfeito estado ou danificado, que possua ainda algum valor econômico. São eles todos “os objetos que se consegue resgatar de um sinistro e que ainda possuem valor econômico. Assim, são considerados tanto os bens que tenham ficado em perfeito estado como os parcialmente danificados pelos efeitos do sinistro”. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2011, p. 01).

Não serão indenizados os prejuízos para os quais o segurado tenha contribuído direta ou indiretamente, atos de hostilidade ou de guerra, revolução ou tumultos. Além disso, não serão indenizáveis os riscos decorrentes de acidentes ocasionados pelo segurado ou condutor pela inobservância de disposição legal, bem como de danos ocorridos quando o veículo for conduzido por pessoa embriagada ou drogada, desde que comprovado pela seguradora. (BRADESCO/RE, 2011, p. 24-25).

Dimensionado no artigo 769¹⁰⁸ do Código Civil Brasileiro, o segurado deve avisar de imediato a ocorrência de sinistro ao segurador, dando início ao processo de sinistro. Após, far-se-á a apuração dos danos que influenciam no valor da indenização, conforme as condições estabelecidas pela apólice, por meio de vistorias e registros policiais. A liquidação do sinistro é a última parte do processo, em que se efetua ou se nega o ressarcimento securitário, ou seja, “é o processo para pagamento de indenizações ao segurado, com base no relatório de regulação de sinistros”. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2011, p. 01).

Portanto, o seguro representa um componente essencial à vida em sociedade, visto que o alto risco que as pessoas e seus bens estão submetidos. Sua contratação se dá por adesão, ficando a cargo do segurador a redação das cláusulas que particularizam os riscos assumidos, sendo regulamentado por órgãos vinculados ao Poder Público, o que no Brasil, é desenvolvido pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

¹⁰⁸Artigo 769 do Código Civil Brasileiro: “O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé”.

3.2 As espécies de seguro no direito brasileiro e suas consequências

A complexidade da vida moderna propicia o surgimento de várias espécies e modalidades de seguro, não se podendo afirmar nos dias atuais, se todos os riscos são suscetíveis de serem assegurados. Contudo, o atual Código menciona o “seguro de pessoa”, garantindo danos ocorriáveis com a pessoa e o “seguro de dano”, referente aos danos às coisas, classificados conforme a sua natureza material.

De início, diferenciam-se os seguros sociais dos seguros privados, estes visam ao interesse do indivíduo e em regra são facultativos, enquanto os sociais¹⁰⁹ são obrigatórios e visam à tutela de determinadas categorias de pessoas contra a velhice, a invalidez, desemprego. (RODRIGUES, 2004, p. 335).

Considerando o direito privado, os seguros podem ser divididos em seguro de coisas e seguro de pessoas, sendo este último classificado em seguros individuais ou em grupo¹¹⁰. Os seguros de coisas subdividem-se em seguro de coisas e de responsabilidade civil nos seguros de pessoas, desdobram-se em seguro de vida e de acidentes pessoais. (GONÇALVES, 2008, p. 782-483).

O seguro de responsabilidade civil¹¹¹ no artigo 787¹¹² do Código Civil tem por objeto transferir para o segurador as consequências dos danos causados a terceiros¹¹³ e por terceiros, voluntários ou não. Procura-se cobrir os riscos decorrentes de atos ilícitos¹¹⁴. (VENOSA, 2006, p. 368). Nesta linha, o beneficiário é o próprio segurado, “porquanto o que ele objetiva é não ter que desembolsar a indenização eventualmente devida a terceiro”. A responsabilidade que assegura é o ato culposo e não doloso da pessoa segurada, conforme artigo 762¹¹⁵ do Código Civil. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 446).

¹⁰⁹ Lei n. 8212 de 24 de dezembro de 1991: Dispõe sobre a organização da seguridade social, institui plano de custeio, e dá outras providências’.

¹¹⁰ O seguro em grupo “frequente no seguro de vida, há um conjunto de indivíduos segurados, nominados, como por exemplo, os empregados de uma fábrica ou associados de entidade”. (VENOSA, 2006, p. 364).

¹¹¹ “É a obrigação imposta por lei, a cada um, de responder pelo dano que causar a terceiros”. (CHUBB, 2011, p. 11).

¹¹² Artigo 787 do Código Civil: “no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”.

¹¹³ Confira-se o terceiro “a pessoa culpada ou prejudicada no acidente, exceto o próprio segurado ou seus ascendentes, descendentes, cônjuge e irmãos, bem como quaisquer pessoas que com ele residam ou que dele dependam economicamente”. (BRADESCO, AUTO/RE, 2011, p. 11).

¹¹⁴ Sobre o seguro de responsabilidade civil tem por objeto a transferência de danos causados a terceiro e por terceiros ao segurador. “Nessa mesma rubrica inscrever-se-á a cobertura de risco a que se exponha de sofrer prejuízos pelo ato ilícito de quem não tem resistência econômica para suportar as consequências”. (PEREIRA, 2006, p.470).

¹¹⁵ Artigo 762 do Código Civil: “Nulo será o contrato para garantia do risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”.

A instituição do seguro tradicionalmente existiu para cobrir danos¹¹⁶, ou a perda de uma coisa. No entanto, há outros bens que são protegíveis, como o ser humano em si, a vida, a idade que compensará certos eventos em bens físicos com o pagamento de valores em virtude da ocorrência de fatos naturais, como a morte ou incapacidade. O seguro de dano destina-se ao ressarcimento, a reparação ou restauração de um bem protegido, sendo “instituído para fazer frente aos prejuízos causados pelo risco eleito”. Assim,

o seguro de danos visa à cobertura de prejuízos ou de desfalques nos bens e inclusive nas pessoas. Não se pode restringir esta espécie de seguro aos danos nas coisas. Com o surgimento de eventos especificamente previstos, como a doença, a incapacidade, o acidente, procura-se dar cobertura aos desfalques que causam, e possibilitar o restabelecimento da integridade do ser humano. (RIZZARDO, 2004, p. 860-861).

O seguro de danos tem por finalidade a cobertura de riscos de um bem que integra o patrimônio do segurado, por exemplo, um automóvel ou a sua casa. Ocorrendo um sinistro, o segurado receberá uma indenização de forma que poderá permitir a recomposição do seu patrimônio. Sendo assim, o segurado não poderá lucrar com o sinistro, isto é, a indenização deve ser necessária para repor o dano sofrido. Então, se, por ventura, ocorrer o sinistro e o valor do bem for inferior àquele segurado, a indenização terá por limite o valor de mercado¹¹⁷. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 439-440).

No que concerne o artigo 778¹¹⁸ do Código Civil, relativo aos limites do contrato, constitui-se princípio básico prever a garantia no valor do interesse protegido. Exemplificando, não se pode segurar um veículo por um montante superior ao que vale o mesmo. Além disso, o artigo traz o limite da indenização, ou seja, não pode ultrapassar o valor do interesse segurado, se este for inferior ao valor da coisa, a obrigação do segurador se dá na proporção contratada. (RIZZARDO, 2004. p. 861). Da norma extraem-se os princípios sobre o limite do seguro, bem como da boa-fé nas declarações,

¹¹⁶ O seguro de danos encontra-se disciplinado nos artigos 778 a 788 do Código Civil.

¹¹⁷ Ressalta-se que o valor de mercado como sendo “uma quantia variável, garantida ao segurado, no caso de indenização integral, fixada em moeda corrente nacional, determinada de acordo com a tabela de referência de cotação para o veículo segurado, previamente indicada na proposta e apólice de seguro, conjugada com fator de ajuste, em percentual também fixado na proposta e apólice, a ser aplicado sobre a tabela estabelecida, para cálculo do valor da indenização, na data da liquidação do sinistro”.

¹¹⁸ Artigo 778 Do Código Civil: “Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber”.

presume-se que não é permitida a cumulação de seguros cobrindo danos de uma mesma coisa pelos mesmos riscos, a menos que o primeiro seguro não abranja o valor integral do interesse ou da coisa segurada. Se aceita a duplicidade de apólices se o primeiro seguro for insuficiente para cobrir integralmente o valor do interesse. Na eventualidade de se pretender fazer um segundo seguro há necessidade de haver uma comunicação ao segurador. Ainda, em deve se dar sempre primazia ao princípio da veracidade das informações prestadas pelas partes, sem burlar a boa-fé inerente ao contrato. As omissões propositadas ou informações de má-fé acarretam a perda do direito, obrigando ao pagamento ajustado do prêmio. Ocorrendo a inexactidão ou omissão das declarações de má-fé do segurado, poderá o segurador resolver o contrato tenha ou não acontecido o sinistro ou a cobrança da diferença do prêmio. No entanto, não cabe a simples negativa de cobertura, se não ingressada a ação de resolução, consequência permitida se configurada a má-fé. (RIZZARDO, 2004, p. 846).

No artigo 786 do diploma civil pátrio encontra-se o embasamento legal que garante o direito à seguradora de sub-rogar-se nos direitos do segurado em caso de dano provocado por terceiro. “Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”. Entretanto, no seguro de vida, o segurador não poderá sub-rogar-se nos direitos do segurado ou do beneficiário contra o causador do dano.

Pertinente ao seguro de pessoas,¹¹⁹ tem em vista a garantia de interesses que envolvam o dano pessoal ou a morte do segurado. O dano pessoal corresponde à integridade física, estética, psíquica e moral, abrangendo os danos corporais e os danos morais, sendo disciplinado pelo Código Civil, observados os limites contratados na apólice. (RIZZARDO, 2006, p. 866-867). Ao contrário do seguro de danos, não possui caráter indenizatório, ou seja, o valor não está sujeito a qualquer limitação, podendo realizar diversos seguros, segundo o artigo 789 do Código Civil, dependendo apenas das condições financeiras de cada interessado. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 441).

Uma modalidade de seguro de pessoa é o seguro de acidentes pessoais que visa a cobrir riscos de morte ou lesão, decorrente de um acidente a que o segurado se exponha. A partir disso compreende-se o pagamento de uma quantia contratada ao acidentado ou ao beneficiário em caso de morte do seguro. (PEREIRA, 2006, p.468).

Com isso, o seguro de acidentes pessoais destina-se garantir o segurado, quando este, for vítima de um acidente. Assim, abrange a “indenização em dinheiro por invalidez

¹¹⁹ O seguro de pessoas encontra-se previsto nos artigos 789 a 802 do Código Civil.

permanente¹²⁰, total ou parcial, diárias de incapacidade temporária, prestação de assistência médica ou reembolso das despesas com essa assistência, bem como indenização pecuniária aos beneficiários do segurado no caso de sua morte”. (GONÇALVES, 2008, p. 493).

Quanto ao seguro de vida¹²¹, uma das espécies de seguro de pessoa, o artigo 796¹²² do Código Civil prevê em caso de morte, porém não proíbe expressamente a possibilidade de ser pago na sobrevivência do segurado além de certo tempo. (PEREIRA, 2008, p.464). Este seguro é o mais importante, eis que sua constituição se dá com a duração da vida humana, pois o pagamento do benefício é pela morte do segurado ou para hipótese de sobreviver por um prazo determinado. Sobre os diferentes seguro de vida, percebe-se que

o seguro de vida tem por objeto garantir, mediante prêmio que se ajustar, o pagamento de certa soma a determinada ou determinadas pessoas, por morte do segurado, sendo considerado, neste caso, seguro de vida propriamente dito. Pode estipular-se, igualmente, o pagamento dessa soma ao próprio segurado, ou terceiro, se aquele sobreviver ao prazo do seu contrato. É o denominado seguro de sobrevivência ou dotal, que também se configura quando o segurado só tiver direito a ele se chegar a certa idade, ou for vivo certo tempo. Pode-se dizer que o seguro é dotal quando os contratantes ajustam o pagamento do capital ao próprio segurado, após determinado estipulado no contrato; e é ordinário de vida ou seguro de vida propriamente dito quando convencionado que o pagamento será feito aos herdeiros ou a pessoa designada, por morte do segurado. (GONÇALVES, 2008, p. 493).

O seguro de vida em grupo é celebrado entre o segurador e uma empresa em favor dos seus funcionários ligados a um interesse comum, e dispensa o prévio exame médico, indispensável no seguro de vida individual, ou seja, abrange dezenas de segurados, baseando-se em uma declaração¹²³ de saúde do segurado, considerada de enorme importância em face do princípio da boa-fé objetiva. Deste modo,

¹²⁰ “É a perda, redução ou impotência funcional definitiva, total ou parcial, de membro ou órgão”. (CHUBB, 2011, p. 12).

¹²¹ O seguro de vida destaca-se como “o ramo mais importante, dado seu profundo alcance social e cunho alimentar. Tanto assim é que o Código de 2002, no artigo 795, declara como nula qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado”. (VENOSA, 2006, p. 365).

¹²² Artigo 796 do Código Civil: “O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado”. Parágrafo único: “em qualquer hipótese de seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago”.

¹²³ Exemplo de declaração do segurado: “Declaro para os devidos fins e efeitos, que as informações prestadas são verdadeiras e completas, ciente estou de que, de acordo com o art. 766 do Código Civil, se tiver omitido circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta de adesão ou na taxa de prêmio, perderei o direito a indenização, além de estar obrigado ao pagamento do prêmio vencido”. (CONFIANÇA, 2011, p. 01).

o seguro de vida em grupo é o negócio que se estabelece entre um estipulante e a seguradora através do qual aquele se obriga ao pagamento de um prêmio global e aquela se obriga a indenizar pessoas pertencentes a um grupo determinado, denominado grupo segurável, pessoas essas ligadas por um interesse comum e cuja relação, variável de momento a momento, é confiada à seguradora. (RODRIGUES, 2004, p. 348).

Postas as espécies de seguro, percebe-se o segurado ao celebrar o contrato não se destina à obtenção de lucros e sim de garantia de eventuais prejuízos. Ao segurador cabe o ônus de provar, que não tem a obrigação de pagar em dinheiro o valor segurado em conformidade com a apólice. (PERREIRA, 2006, p. 459-460). Na prática, a situação comporta certa dificuldade para sua verificação, isto é, não pode haver má-fé para diminuição do cálculo do prêmio. Em suma, os tribunais¹²⁴ têm decidido pelo pagamento da indenização nas situações em que a pessoa se encontrar com uma doença preexistente, e assinar a proposta sem ter a consciência de que deveria ter informado, ou então no caso de segurar um bem destinado a uma atividade perigosa sem ter a noção do alcance desse estado. Verifica-se nesses casos que não houve a má-fé.

Portanto, o fundamento do contrato de seguro é a boa-fé das partes, tanto na sua formação, quanto na sua execução e conclusão. Por esse motivo, a inobservância ao princípio, a omissão de informações que possam influir na aceitação da proposta ou na formulação do preço, acarreta a perda da garantia do objeto, permanecendo o pagamento do prêmio vencido. (WALD, 2006, p. 610).

¹²⁴ Seguro de automóvel. Cláusula de perfil. Suposta omissão do segurado. Estado civil na contratação original de casado. Condição de separado no momento do sinistro. Abatimento do valor da indenização. Ausência de má-fé do segurado. Abusividade da cláusula perfil. Integralidade da indenização. I. No caso, o segurado, que era casado ao tempo do preenchimento do perfil, se separou nove meses antes do sinistro. Pela omissão da comunicação do seu estado civil, a seguradora abateu determinado percentual do valor da indenização. II. Se a seguradora, nas renovações do contrato, não estuda a permanência do perfil do seguro, dispensando o preenchimento de formulário/questionário, e nunca fez valer a sua prerrogativa contratual de poder verificar a qualquer momento a veracidade das informações prestadas pelo segurado, não pode exigir do consumidor o dever de comunicar que se separou. Também, a seguradora não demonstrou má-fé na conduta do segurado de, após a renovação do contrato, ter-se separado e não ter comunicado tal circunstância, sobretudo porque a seguradora, ao longo da contratualidade, sequer se importou em confirmar se as informações anteriormente prestadas pelo segurado para traçar o seu perfil continuavam corretas. Também, a cláusula perfil de exigir a comunicação do segurado sobre mudança no seu estado civil é nula, por ser manifestamente abusiva, tendo como único intuito a dificultação máxima do pagamento da indenização. No mais, a exigência da comunicação ao seguro da alteração do estado civil do contratante ofende à boa fé objetiva que deve pautar as relações contratuais. Por fim, a separação do segurado, considerando que a seguradora nunca se importou em verificar a veracidade das informações prestadas pelo segurado, não aumenta minimamente o risco da ocorrência do sinistro. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. (Recurso Cível nº. 71001543354, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Maria José Schmitt Sant Anna, Julgado em 16/07/2008).

A obrigação de veracidade se impõe ao segurado com mais intensidade, a boa-fé, está expressamente prevista no artigo 765 no Código Civil.¹²⁵ “Como o seguro é um ajuste em que o segurador assume os riscos do negócio, em troca de um prêmio que arbitra, mister se faz que ele conte com todos os dados necessários para avaliar tais riscos.” Cita-se como exemplo, o seguro de um motorista imprudente, de um automóvel em péssimo estado de tráfego, em que o segurado afirma que jamais envolveu-se em abalroamento e que seu veículo está em boas condições. Com isso, é evidente que o negócio realizado possui um vício, não devendo prevalecer. (RODRIGUES, 2004, p. 341-342)

Em relação à obrigação do segurador é primordial a indenização do prejuízo resultante do risco assumido, que poderá ser reparando o bem, consertando o veículo, reconstrução de prédio ou o pagamento em dinheiro. Nos seguros pessoais, o valor pago será o constante na apólice e nos bens materiais será feita a apuração do valor do bem, eis que o seguro não tem finalidade lucrativa. A seguradora poderá ser exonerada, caso o segurado agir com dolo, não houver contratado a cobertura ou a vigência da apólice caducar, ainda se descumprir com suas obrigações. Observados tanto ao segurador, quanto ao segurado a respeito à boa-fé e veracidade nas declarações. (GONÇALVES, 2008, p. 507-508).

A responsabilidade do segurador tem o risco como elemento essencial do contrato, isto é, os riscos assumidos no contrato. Por essa razão, as cláusulas do contrato, desde que válidas e não abusivas devem ser respeitadas por ambas as partes, pois disso, depende o equilíbrio econômico, que, por sua vez, é baseada nos cálculos estatísticos, que refletem nos limites da indenização. Além disso, o segurador não é obrigado a cobrir riscos excluídos ou não incluídos no contrato, ou seja, não pode ter responsabilidade sem que tenha violado qualquer dever jurídico. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 452).

O questionário de avaliação de risco nos seguros de danos, ou seja, o perfil do segurado é utilizado pelas empresas seguradoras, embora no Código Civil, não seja previsto de forma específica. Essa cláusula visa estabelecer um contorno do segurado, informando para a seguradora dados pessoais e de utilização do veículo, pois o prêmio do seguro é baseado nessas informações prestadas no momento da contratação do seguro. Entretanto, o Tribunal de Justiça gaúcho já vem decidindo no sentido de que esta cláusula tem como escopo a limitação do pagamento indenizatório e não a sua negação. Nesse sentido, observa-se que

¹²⁵Artigo 765 do Código Civil: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto o respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

o demandante, ao firmar um contrato de seguro, baseado no perfil do condutor, deixando de informar que o bem segurado seria utilizado por seu filho, não operou em atenção ao princípio da boa-fé contratual. Entretanto, a cláusula que estabelece a isenção de qualquer obrigação, na hipótese de omissão do condutor mais frequente, cria uma vantagem desproporcional, em favor da seguradora, motivo pelo qual sua nulidade deve ser declarada, nos termos do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. A inobservância, pelo autor, ao princípio da boa-fé, não afasta o dever indenizatório da seguradora, gerando a esta, tão-somente, o direito à complementação do valor do prêmio. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70025300955, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 26/08/2009).

Ainda, com o fim de evitar o lucro, respeita-se a limitação imposta por lei, face à multiplicidade de seguros ou co-seguros. A partir disso, o resseguro tem a mesma finalidade do co-seguro¹²⁶, ou seja, distribuir a responsabilidade pela contraprestação entre mais de um segurador. Porém, o resseguro transfere parte ou toda a responsabilidade do segurador para o ressegurador. Assim, o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) criado pelo Decreto-Lei n. 1.186/39, integra o Sistema Nacional de Seguros Privados juntamente com o Conselho Nacional de Seguros privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), determina que “as seguradoras são obrigadas a ressegurar no IRB a responsabilidade¹²⁷ excedente de seu limite técnico, em cada ramo de operações”.

A partir disso, vê-se que há uma diferenciação entre seguro de dano e o seguro de pessoa, observando que no primeiro, apenas poderá haver um seguro sobre o mesmo objeto, sendo que o capital estipulado vincula-se ao valor do bem e há sub-rogação dos direitos do segurado ao segurador, após o pagamento da indenização. Enquanto que no segundo, o capital é livremente estipulado, podendo haver mais de uma apólice, não incidindo o instituto da sub-rogação. Entretanto, em ambos os casos há a necessidade das partes se portarem com lealdade e correção.

¹²⁶ Dá-se o co-seguro quando “dois ou mais seguradores assumem a responsabilidade sobre um mesmo seguro direto, com a emissão de uma única apólice, onde se fixam obrigações para todos os co-seguradores.” (RIZZARDO, 2004, p. 850).

¹²⁷ “O Supremo Tribunal Federal entendeu razoável a interpretação de que, nos termos do citado art. 68, se o IRB não tiver responsabilidade no pedido, não será litisconsorte passivo necessário. Por sua vez, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que declarando a seguradora ré, na contestação, que houver resseguro, sendo responsável o IRB por parte da indenização, deverá ele ser citado. Não se exige traga-se, desde logo, prova inexistência do resseguro, o que se fará caso litisconsorte negue a qualidade que lhe é atribuída”. (GONÇALVES, 2008, p. 508).

3.3 A boa-fé objetiva no contrato de seguro

A boa-fé é obrigatória nos contratos, tanto objetiva como subjetiva, de acordo com a codificação civil. A ausência desta conduta norteadora do contrato de seguro enseja a quebra dos deveres contratuais. Dessa forma, ressalta-se a importância da presença da boa-fé na pré-formulação do contrato, durante e após com a liquidação, para que as partes se portem com lealdade e honestidade, buscando a manutenção do equilíbrio contratual.

Sobre o princípio da boa-fé nos contratos de seguro, vê-se que é requisito essencial “nas declarações das partes, embora seja princípio que deva encontrar-se presente em todos os contratos. A razão está em que o seguro se funda precipuamente nas mútuas afirmações que fazem os estipulantes, o que importa sejam as declarações firmadas dentro da veracidade e autenticidade”. Sobre o assunto, consigna o artigo 765¹²⁸ do Código Civil, que a exigência é imposta na conclusão e durante a execução, o que importa no dever de veracidade, não omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta na fase das tratativas. (RIZZARDO, 2005, p. 598).

A consequência prevista no supracitado artigo aplica-se, por exemplo, aos casos de doença preexistente, no seguro de vida e perfil no seguro de dano. A boa-fé para os contratos de seguro é o elemento principal a ser observado, sendo considerada a base legal expressa e essencial ao seu perfazimento, ressaltando-se que a omissão intencional atenta ao princípio fundamental do contrato de seguro. (FILHO, 2004, p. 428-436).

O contrato de seguro tem fundamento na boa-fé das partes tanto na sua formação, quanto na sua execução. Por esse motivo, qualquer informação inverídica, ou omissão de informação que possa interferir na aceitação ou na formulação do preço a ser pago, acarreta a perda da garantia do objeto do contrato, permanecendo, todavia, a obrigação ao pagamento do prêmio vencido. (WALD, 2006, p. 10).

Para fins de verificação dos casos em que a indenização é devida, cita-se o exemplo da doença preexistente, que não se refere à sua existência, mas sim ao conhecimento de sua existência pelo segurado e à omissão deste quando do preenchimento da proposta de seguro.

¹²⁸ Artigo 765 do Código civil: “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”.

A má-fé do segurado no momento do preenchimento da proposta de seguro autoriza ao segurador à negativa de pagamento da indenização. Assim,

a afirmação falsa ou a omissão intencional são inadmissíveis no contrato de seguro porque afastam o próprio risco, a *álea*, que é elemento essencial desse contrato. Sim, porque, na medida em que o proponente busca cobertura para uma enfermidade conhecida, está, na realidade, buscando cobertura para um certo, conhecido, e não incerto, o que elimina a álea e desnatura, descaracteriza, o próprio contrato. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 332-333).

Em relação ao contrato de seguro de vida, a correção das informações fornecidas pelo contratante no preenchimento da proposta assumem importância singular, tendo em vista que elas serão a base para a aceitação ou não da proposta pelo segurador e, futuramente, em caso de requerimento de pagamento de indenização, serão, também, o fundamento para a aferição da boa-fé do contratante no momento da contratação do seguro. Neste sentido, a doença preexistente à data do preenchimento da proposta de seguro constitui um dos principais fundamentos para a negativa de pagamento de indenização pela seguradora. (RODRIGUES, 2004, p.345-346).

Logo, a boa-fé caracterizada pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pela parte é a base para o cumprimento das obrigações avençadas. Contudo, desonera-se a seguradora de satisfazer a obrigação assumida nas hipóteses de ser comprovado o dolo ou má-fé do segurado para a implementação do risco e obtenção da referida indenização. Ainda, se a seguradora não exigiu exames para respaldar a declaração de saúde nos contratos de seguro, não se mostra razoável tentar se eximir da responsabilidade decorrente de contrato do qual percebeu o prêmio, fazendo objeção às declarações apresentadas. Em verdade,

o contrato de seguro tem o objetivo de garantir o pagamento de indenização para a hipótese de ocorrer à condição suspensiva, consubstanciada no evento danoso previsto contratualmente, cuja obrigação do segurado é o pagamento do prêmio devido e de prestar as informações necessárias para a avaliação do risco. Em contrapartida a seguradora deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida no lapso de tempo estipulado. Inteligência do art. 757 do Código Civil. 4. Assim, caso seja agravado intencionalmente o risco estipulado, ocorrerá o desequilíbrio da relação contratual, onde a seguradora receberá um prêmio inferior à condição de perigo de dano garantida, em desconformidade com o avençado e o disposto no art. 768 da lei civil, não bastando para tanto a mera negligência ou imprudência do segurado. 5. Configurada, no caso dos autos, a denominada venda casada, razão pela qual o segurado fora obrigado a contratar os seguros de vida como condição para a aquisição de crédito rural. 6. A seguradora não logrou êxito em demonstrar má-fé do segurado na contratação do pacto securitário, ônus que lhe impunha e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, inciso II, do CPC. 7. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70041729237, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 31/08/2011).

A boa-fé é o elemento essencial nesse tipo de pacto, representa o núcleo do negócio, “o seu verdadeiro sopro de vida”, sendo uma operação fundada no estrito equilíbrio da mutualidade. Para atingir sua finalidade social, o desdobramento dos processos burocráticos devem ser ágeis e eficientes por parte da seguradora, para tal, também, deve prevalecer a estrita boa-fé entre as partes. Dessa forma, a veracidade e boa-fé são imprescindíveis para a liquidação do negócio realizado. (FILHO, 2006, p. 450). Preceitua a jurisprudência, nessa linha:

SEGURO DE AUTOMÓVEL. FRAUDE. INSTRUMENTO DE COMPRA E VENDA FIRMADO E REGISTRADO NO PARAGUAI QUATRO DIAS ANTES DO FURTO DO VEÍCULO. AUSÊNCIA DE TRADUÇÃO E DE REGISTRO NO BRASIL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO MEIO DE PROVA. I - Reconhecimento, pelo Tribunal de origem, da prática do chamado "golpe do seguro", em que o segurado comunica a seguradora o furto de seu veículo, quando, na realidade, este já fora negociado com terceiros, que o transportam normalmente para outro país. II - Utilização, para este reconhecimento, de instrumento contratual, redigido em espanhol, de compra e venda do veículo segurado, firmado e registrado por terceiros, no Paraguai, quatro dias antes do furto noticiado. III - Rejeição das alegações relativas aos arts. 215 do CC/02, 757 do CC/02, 389 do CPC e 364 do CPC. (Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL 2007/0027230-0. Julgado 19/05/2011).

Na realização do contrato, a boa-fé “corresponde a um estado de espírito em harmonia com a manifestação de vontade que vinculou as partes contratantes; se é intenção pura, isenta de dolo ou malícia, manifestada com lealdade e sinceridade, de modo a não induzir a outra parte ao engano ou erro”, visto que as decisões do segurador se dão em face das informações prestadas pelo segurado. Assim, a proposta, as condições, as finalidades e os valores, enfim todas as circunstâncias que possam influir na recusa ou aceitação do contrato são oferecidas com base nas declarações do segurado. (ALVIM, 2000, p.130).

O princípio da boa-fé deve ser respeitado em todos os contratos, embora no seguro, mostra-se essencial a sua exigência. “A razão está em que o seguro se funda principalmente nas afirmações que fazem os estipulantes, o que importa sejam as declarações firmadas dentro da veracidade e autenticidade”. Assim, ao comentar o artigo 765 do Código Civil, Rizzardo refere que:

percebe-se da redação que a exigência é imposta na conclusão e durante a execução, o que importa no dever de veracidade, não omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta na fase das tratativas, mantendo-se essa conduta no *inter contractus*, de modo a manter uma conduta apropriada e apta pra não incidir nos eventos que podem levar ao sinistro. Não são toleradas informações falsas ou insuficientes acerca do objeto do contrato, ou a ostentação de vantagens que não se verificam na prática. Muito menos comporta a redação dúbia e controvertida, de sorte a ensejar várias interpretações. (2004, p. 851).

Portanto o contrato avençado entre as partes tem como objetivo, garantir o ressarcimento para a hipótese de ocorrer a condição suspensiva consubstanciada no evento danoso previsto contratualmente, cuja obrigação do segurado é o pagamento do prêmio devido e de prestar as informações necessárias para a avaliação do risco. Em contrapartida, a seguradora deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida, no lapso de tempo estipulado nas condições gerais, tudo conforme no artigo 757 e seguintes do Código Civil, tendo como principio maior a boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil.

Desse modo, a jurisprudência tem considerado a boa-fé objetiva como fundamento do seguro. No julgado abaixo, percebe-se a função de limitar direitos subjetivos da seguradora, no sentido de não deixar de realizar o serviço médico, que aconteceria fora da área de

cobertura. A seguradora gerou expectativa e atendeu por algum tempo, logo não poderia suprimir o serviço, sob pena de atentar contra a boa-fé objetiva.

APELAÇÕES CÍVEIS. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. HEMODIÁLISE. CLÁUSULA QUE DETERMINA A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM DETERMINADO HOSPITAL. ATENDIMENTO REALIZADO FORA DA ÁREA DE COBERTURA, DURANTE LARGO LAPSO TEMPORAL. BOA-FÉ. REDUÇÃO DO CONTEÚDO OBRIGACIONAL EM FUNÇÃO DA NÃO UTILIZAÇÃO DE DETERMINADA FACULDADE POR EXTENSO PERÍODO - SUPRESSIO. JUSTA EXPECTATIVA QUANTO AO CUMPRIMENTO DO CONTRATO DA FORMA USUALMENTE IMPLEMENTADA. CONDUTA REITERADA QUE CRIA DIREITO SUBJETIVO. 1.O contrato de seguro ou plano de saúde tem por objeto a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte da seguradora. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes. 2. Há perfeita incidência normativa do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes aos planos ou seguros de saúde, como aquele avençado entre as partes, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura do seguro médico ofertada pela demandada, consubstanciada no pagamento dos procedimentos clínicos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço. Inteligência do art. 35 da Lei 9.656/98. Aliás, sobre o tema em lume o STJ editou a súmula n. 469, dispondo esta que: *aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.* (Apelação Cível Nº 70043104165, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 31/08/2011). Grifou-se.

Outra função essencial da boa-fé é o dever anexo de informação, pois o contrato de seguro tem como objetivo garantir o pagamento de indenização para a hipótese de ocorrer à condição suspensiva, consubstanciada no evento danoso previsto contratualmente, cuja obrigação do segurado é o pagamento do prêmio devido e de prestar as informações necessárias para a avaliação do risco.

Assim, o dever de informar à seguradora todos os dados necessários é fundamental e decorre do princípio da boa-fé. Em contrapartida, a seguradora deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida no lapso de tempo estipulado, condições gerais estas previstas no art. 757¹²⁹ e seguintes do Código Civil. No caso abaixo, a seguradora negou o pagamento virtude de o segurado deixar de prestar as informações, gerando assim um desequilíbrio contratual. Porém, o Tribunal decidiu em favor do segurado, não sendo comprovada a má-fé do mesmo.

¹²⁹ Artigo 757 do Código Civil: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. COBERTURA DO RISCO DE INVALIDEZ PERMANENTE. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O SERVIÇO DO EXÉRCITO. NEGATIVA POR PARTE DA SEGURADORA. INDENIZAÇÃO DEVIDA DE ACORDO COM O PACTUADO. 1 Em contrapartida a seguradora deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida no lapso de tempo estipulado. Inteligência do art. 757 do Código Civil. 2. **Igualmente, é elemento essencial deste tipo de pacto a boa-fé, caracterizado pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelas partes e cumprimento das obrigações avençadas, nos termos do art. 422 da atual legislação civil.** 3. Contudo, desonera-se a seguradora de satisfazer a obrigação assumida apenas na hipótese de comprovado o dolo ou má-fé do segurado para a implementação do risco e obtenção da referida indenização. 4. Assim, caso seja agravado intencionalmente o risco estipulado, ocorrerá o desequilíbrio da relação contratual, onde a seguradora receberá um prêmio inferior à condição de perigo de dano garantida, em desconformidade com o avençado e o disposto no art. 768 da lei civil, não bastando para tanto a mera negligência ou imprudência do segurado. 5. No caso em concreto, embora a perícia tenha definido que a invalidez seria parcial, também concluiu pela existência de prejuízo das funções habituais da postulante, que restou impossibilitado de exercer as atividades militares. Ademais, cabe tão-somente ao juiz, analisando o conjunto probatório colacionado nos autos, valorar os elementos de convicção trazidos pelas partes. 6. Assim, como o presente contrato foi firmado para garantir aos militares em atividade indenização para eventual dano futuro e incerto capaz de gerar a incapacitação profissional daqueles, implementando-se o risco pactuado com a reforma do segurado, o pagamento integral do capital segurado é à medida que se impõe. 7. O valor da indenização securitária deve corresponder àquele pactuado, descontado o montante recebido antecipadamente, com o acréscimo da atualização monetária a contar da data da publicação da conclusão da junta médica militar sobre a invalidez do segurado, acrescido de juros moratórios desde a citação. 8. Ônus da sucumbência invertido. Dado parcial provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº. 70041354911 Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 27/04/2011). Grifou-se.

Com isso, ressalta-se que os pressupostos do contrato de seguro são a cobertura de evento futuro e incerto capaz de gerar dano ao segurado, cuja mutualidade está consubstanciada na reparação imediata do prejuízo sofrido, ante a transferência do encargo de suportar este risco para a seguradora. Permeadas estas condições pelo elemento essencial deste tipo de pacto, qual seja a boa-fé, caracterizado pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelas partes e cumprimento das obrigações avençadas.

Logo, presentes as condições pactuadas, deve ser feito o pagamento da obrigação assumida pela seguradora nos limites contratados, desonerando-se aquela de satisfazer a obrigação assumida apenas na hipótese de comprovado o dolo ou má-fé do segurado para a implementação do risco e obtenção da referida indenização ou ressarcimento das despesas.

Nesta linha, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, manteve a decisão da Justiça gaúcha que obrigou a seguradora à indenização prevista em apólice de seguro, visto que a mesma negou o seguro em virtude do descumprimento contratual, alegando que o

questionário de risco teria sido preenchido incorretamente. No caso, a segurada era pessoa idosa que sem possuir carteira de habilitação não poderia ser apontada como principal condutora, vez que seu neto listado como condutor eventual, era na verdade o condutor principal. O Tribunal gaúcho condenou à companhia Marítima Seguros que inconformada recorreu ao Superior Tribunal de Justiça alegando que foi condenada à indenização por risco não assumido no contrato, pois no momento do roubo, o perfil do segurado diferia do real.

Para o Relator, ministro Luís Felipe Salomão para que ocorra a perda do direito à indenização, é necessário que haja má-fé do segurado, com o agravamento do risco por conta das falsas declarações. O veículo foi roubado, não existindo conexão entre o sinistro e o fato do motorista não ser aquele listado no perfil, nem que a segurada não tenha carteira de habilitação, pois isso não aumenta o risco de roubo. Além disso, o preenchimento incorreto do questionário de risco decorreu da ambiguidade da cláusula limitativa, aplicando a regra da interpretação mais favorável ao consumidor no caso de cláusula contraditória.

CONTRATO DE SEGURO. QUESTIONÁRIO DE RISCO. DECLARAÇÕES INEXATAS OU OMISSAS FEITAS PELO SEGURADO. NEGATIVA DE COBERTURA SECURITÁRIA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE AGRAVAMENTO DO RISCO E DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA LIMITATIVA COM DUPLO SENTIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA. 1. Vigora, no direito processual pátrio, o sistema de persuasão racional, adotado pelo Código de Processo Civil nos artigos 130 e 131, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das provas em comunhão estiver convencido da verdade dos fatos. 2. **As declarações inexatas ou omissões no questionário de risco em contrato de seguro de veículo automotor não autorizam, automaticamente, a perda da indenização securitária. É preciso que tais inexatidões ou omissões tenham acarretado concretamente o agravamento do risco contratado e decorram de ato intencional do segurado.** Interpretação sistemática dos artigos 766, 768 e 769 do CC/02. 3. "No contrato de seguro, o juiz deve proceder com equilíbrio, atentando às circunstâncias reais, e não a probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos". (Recurso Especial nº. 1.210.205 - RS (2010/0166457-2), Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Julgado em 01/09/2011). (Grifou-se).

Finalizando, a partir da boa-fé, ambas as partes, segurado e segurador, devem agir de modo leal e correto, não apenas no momento da contratação do negócio, mas durante toda a sua vigência. A não observância desta regra implica na penalização da parte que deixar de respeitá-la, já que a boa fé é elemento implícito do contrato de seguro. O segurador não pode agir de má fé para se furtar de obrigações previstas no contrato, nem se valer de exigência

descabida para furtar-se do pagamento da indenização, assim como o segurado que não pode deixar de cumprir corretamente todas as suas obrigações impostas, não podendo se valer de informação incorreta para reduzir o prêmio no momento da contratação ou conseguir o pagamento de uma indenização indevida.

CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, constata-se que o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais de seguro, exige determinado padrão de conduta razoável, imputando a ambas as partes, independentemente de aspectos subjetivos, deveres e limitações.

Essa realidade decorre da repersonalização do direito civil trazida pela constitucionalização de todos os ramos do direito, no Estado Democrático de Direito. Com isso, houve a compreensão do direito civil em torno da pessoa humana e não mais do indivíduo proprietário. O ser humano foi elevado ao centro do ordenamento jurídico, e o respeito a sua dignidade revela-se como fundamento do Estado. Logo, o direito privado, em especial, o contratual deve ser interpretado à luz dos ditames constitucionais.

Assim, os contratos sofreram uma série de transformações em face da evolução acelerada da sociedade e da modificação do paradigma patrimonialista. O constitucionalismo aproximou as relações entre particulares, trazendo uma visão social, em que predomina o princípio da dignidade da pessoa humana e da socialidade. Logo, o contrato se submete aos ditames da eticidade e equidade, realizando uma função social.

Nesse contexto, os princípios assumem importante função dentro do sistema civil constitucional, como instrumento que propicia uma releitura do direito civil à luz dos valores constitucionais. Assim, estabelecem equilíbrio e justiça nos contratos, observando as diretrizes da socialidade, equidade e eticidade.

Logo, o princípio da autonomia da vontade, possibilita aos sujeitos a livre contratação, desde que dentro dos limites da lei, limitação imposta pela supremacia da ordem pública. Já, pelo princípio da obrigatoriedade, e obedecidos os requisitos legais, as partes se vinculam, e o contrato faz lei entre elas. Entretanto, a função social garante que os contratantes recebam tutela jurídica, desde que haja uma socialização, uma utilidade do pacto, em vista da proteção da dignidade da pessoa humana, servindo como base na idealização de uma sociedade justa e igualitária.

Ainda, o princípio da boa-fé objetiva apresenta-se como norma de conduta que deve estar presente em todas as relações jurídicas, pois os contratantes na relação contratual devem agir de acordo com a lealdade e honestidade, cumprindo as expectativas geradas. Por isso, a boa-fé objetiva, é composta por regras gerais de conduta impostas pela sociedade, e

caracterizada pelo dever de agir com correção e lisura, levando transparência nas relações contratuais.

Desse modo, percebe-se que numa sociedade globalizada, a contratação de bens e serviços acontece em ritmo acelerado, havendo mais flexibilidade na contratação, seja por meio telefônico, através de email, via internet. O contratar viabiliza-se de maneira muito mais cômoda e despida de formalismos, mas necessariamente, gera como consequência às partes envolvidas na contratação, que se portem de forma sensata e honesta, à luz da boa-fé, com enfoque objetivo.

Portanto, o princípio da boa-fé, do ponto de vista constitucional, serve como instrumento para alterar o domínio da vontade no indivíduo, representando uma conduta mínima que deve prevalecer entre os contratantes. Atualmente encontra-se positivado no artigo 422 do Código Civil, assumindo feição de princípio, e também se revelando como uma cláusula geral, que estabelece seu conteúdo.

Nessa linha, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, representando valores sociais analisados em cada caso. Por outro lado, o Código Civil deu abertura para outras normas que fogem do padrão tradicional, que são os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Os primeiros são normas abertas e o seu conteúdo é preenchido com base nas máximas de experiências do juiz, e as cláusulas gerais promovem a efetivação dos princípios, demonstrando o valor eu ests exprimem. Seu conteúdo é preenchido, no caso em concreto, levando em conta aspectos axiológicos.

Assim, ressalta-se a diferenciação entre a boa-fé objetiva e subjetiva, sendo que esta se trata de um estado de consciência do sujeito, está presente por questão de ordem pessoal de quem contrata, considerando a intenção, a má-fé de lesar a outra parte. Em contrapartida, a boa-fé objetiva vincula-se como regra de conduta observada por ambas às partes, associada ao modo de proceder com a outra parte, importando a lisura e lealdade nas condições contratadas.

A boa-fé objetiva fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, revelando três funções, ou seja, como hermenêutico-interpretativa, como forma de limitação dos direitos subjetivos e na criação de deveres jurídicos, conceituados como anexos. Essas funções da boa-fé objetiva dependem de cada caso, e possuem o escopo de manter a eticidade e a proteção da confiança.

Observa-se que a função hermenêutica serve para preencher lacunas e interpretar cláusulas, que o contrato possa ter. Assim a boa-fé é dirigida às partes como uma norma de conduta, e ao juiz como norma interpretativa. Desta maneira, representa uma grande contribuição para a aplicação das normas, pois o julgador aplica com base no caso, protegendo a dignidade da pessoa humana.

No que tange à segunda função, constata-se que tem como objetivo a manutenção do equilíbrio contratual e a efetivação da função social, por meio da limitação do direito subjetivo dos contratantes. Apresentar-se como consequência dessa função a teoria do abuso de direito, as teorias que proíbem o comportamento contraditório, a teoria do adimplemento substancial, a teoria da imprevisão e a teoria da quebra da base objetiva do negócio.

Já a função criadora de deveres anexos estabelece deveres avoluntarísticos, ou seja, obrigações que mesmo não pactuadas pelas partes devem ser cumpridas. Eles não constituem um rol fechado, sendo que os principais são de informação, proteção, lealdade, cooperação, enfim surgem conforme a natureza do contrato e tem por finalidade o respeito à confiança, para que os contratantes não frustrem as expectativas decorrentes do contrato.

Desta maneira, a boa-fé revela-se como princípio primordial à conduta do contratante de seguros. Assim, garante uma indenização contra riscos futuros previsíveis, mediante o pagamento de um prêmio ao segurador. Dessa maneira, o contratante se atenta a um evento inesperado, mas com a garantia de uma reparação do dano.

As partes contratantes, ou seja, o segurado pode ser pessoa física ou jurídica, que contrata o seguro, devendo agir dentro do escopo das obrigações inerentes ao que foi pactuado. A outra parte é o segurador, que, obrigatoriamente, precisa ser empresa jurídica, autorizada pela Superintendência de Seguros Privados, a qual assume o risco e garante a indenização de ocorrência de sinistro. Em suma, o segurador recebe o prêmio e assume o risco e obriga-se a efetivar a contraprestação.

Os elementos do contrato de seguro são as partes, a apólice e o risco. A seguradora assume o risco que é elemento futuro e incerto, que poderá ou não ocorrer durante a vigência da apólice, que é o documento comprobatório que contém todas as coberturas, cláusulas e condições gerais pactuadas entre o segurado e o segurador, assim como estabelece os deveres e obrigações. Constata-se como objeto do seguro, o risco suscetível de causar dano e quando ocorrer, chama-se sinistro.

As espécies de seguro mais suscetíveis de serem garantidos é o seguro de dano e o de pessoas. Com isso, revela-se a importância dos mesmos, em vista da segurança do patrimônio e da integridade física. Com isso, no de dano, o capital estipulado vincula-se ao bem e há sub-rogação dos direitos do segurado ao segurador, após o pagamento da indenização, enquanto que no de pessoa, a cobertura é livremente estipulada, não havendo o instituto da sub-rogação. Porém, em ambos os casos, se faz necessária a tutela da confiança decorrente da boa-fé objetiva.

Logo, a norma exige o comportamento com a máxima intensidade, com isso, a estrita boa-fé acresce a ideia de veracidade nas declarações do segurado e no modo de agir da seguradora. Estes comportamentos se relacionam com o objeto, com o interesse legítimo do seguro, sendo relevantes para a formação do contrato e sua concretização. Assim, embora seja individual, é socialmente útil que seja realizado de forma correta, buscando garantir que a conduta de comunicação e cooperação na formulação na proposta de seguro, possuam os atributos da sinceridade e da colaboração prática, atendendo ao o interesse de ambas as partes.

Ademais, formada a relação contratual, garante-se que a indenização não ultrapasse o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e nem do limite máximo de garantia acordado na apólice, salvo em caso de mora do segurador. Assim, a conduta das partes, tanto ações e omissões, no agir de boa-fé devem intensificar-se para manter o equilíbrio contratual em todo percurso contratual. Desse modo, a boa-fé se impõe, para contemplação das situações mais comuns e corriqueiras, citando-se assim, por exemplo, o não agravamento intencional do risco e o dever de reduzir as consequências do sinistro.

Logo, agir com lealdade e correção significa não afetar o equilíbrio entre as prestações devidas, revelando a atuação prática necessária para o melhor atendimento aos interesses de ambos contratantes. Da mesma forma, infere-se da jurisprudência que o respeito à pessoa por meio da tutela da confiança nos contratos encontra-se sedimentado. A noção de boa-fé objetiva passou a integrar o conceito de contrato.

Para a realização do contrato de seguro, as partes tanto o segurado quanto o segurador devem agir de forma leal, com veracidade, visando à efetivação do princípio da boa-fé objetiva, para a formação e execução do negócio jurídico, não omitindo circunstâncias que possam influir na prestação obrigacional. Logo, o contrato tem como objeto uma indenização e não o lucro, dessa maneira o segurado não obtém proveito e sim um reembolso, uma

reparação, decorrente de um sinistro, sendo que para tanto devem ser verdadeiras as afirmativas na contratação da proposta de seguro.

Conclui-se que a boa-fé, no seguro, tem por escopo garantir o equilíbrio necessário para que a seguradora possa honrar seus compromissos e para que o segurado tenha a certeza do recebimento da indenização caso o risco coberto se transforme em sinistro, ou seja, para garantir as legítimas expectativas dos dois contratantes.

Portanto, a seguradora pode negar a indenização toda vez que o segurado lhe informar algo incorreto ou omitir dado de seu conhecimento que interferiria na concretização do negócio, usando de má-fé, ou seja, intencionalmente. Dessa maneira, ao cometer uma destas ações, o segurado está prejudicando o mútuo, pois qualquer das partes que agir deliberadamente de má fé para levar algum tipo de vantagem indevida, está comprometendo as relações envolvendo não apenas a relação entre seguradora e segurado, mas o mútuo, sua integridade e razão de ser do seguro.

Finalmente constata-se que qualquer das partes que deixar de ser leal e correta no seguro, está sujeita a ser penalizada, ficando obrigada a arcar com as consequências de seu ato, importando na resolução do contrato. Assim, a boa fé é uma exigência inseparável do contrato de seguro, pois este encerra uma obrigação futura e aleatória, baseada no princípio do mutualismo e que tem como finalidade precípua uma obrigação de forte viés social, e com fundamento da confiança.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALLIANZ, Seguros. **Condições gerais, proposta de seguros**. Proc. SUSEP: 10.002861/01-12, 2011.

ALVES, André Cordelli. **Contrato de adesão**. Revista de direito privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, abril./jun. 2011, p. 269-323.

ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro: PUC-Rio, **Revista do departamento de ciências jurídicas**, n. 1, jul./dez.1991. p. 59-73.

_____. A constitucionalização do direito civil. **Revista brasileira de direito comparado Luso-Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, n. 17, 1999. p. 76-89.

BRADERCO, Auto/RE. **Condições gerais e certificado de seguro**. 2011.

BRASIL, Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. In: VADE MECUM. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p.07-71.

BRASIL, **Código Civil**. In: VADE MECUM SARAIVA. 2. ed.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, **Lei de Introdução ao Código Civil**. In: VADE MECUM SARAIVA. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 163-167.

BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: VADE MECUM SARAIVA. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 807-817.

BRASIL, **Decreto nº 73, de 21 de novembro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. In: **VADE MECUM SARAIVA**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.2007/0027230-0**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 19 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.gov.br/site/pesquisar.jsp>> Acesso em: 14 de set, de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.210.205 – RS**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 01 de set. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp/> Acesso em: 27 de set. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 2007/0027230-0**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 19 de maio. 2011. Disponível em: <http://http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp/> Acesso em: 27 de set. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria do estado**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONFIANÇA, Seguros. **Proposta de adesão, seguro vida nova**. Processo SUSEP N 15414.200171/2003-01.

CHUBB, Seguros. **Condições gerais de seguro de automóvel, responsabilidade civil facultativa – veículos e acidentes pessoais de passageiros**. Processo SUSEP: 15414.100313/2001-12.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. Vol. 1. 6 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUTRA, José Volpato Delamar. **Manual de filosofia do direito**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: editora Martins Fontes, 2002.

FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **Do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FONSECA, Marcelo, **Seguros privado**, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**, Vol. VIII, 5. ed., São Paulo: Forense, 2008.

GUERREIRO, Marcelo Fonseca. **Seguros privados; doutrina, legislação e jurisprudência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidades e validade**. Trad. De F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEINEMANN FILHO, André Nicolau. **As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional**. NERY JUNIOR, Nelson. Revista de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JUNIOR, Humberto Theodoro, FARIA, Juliana Cordeiro. Contrato – Interpretação – Princípio da Boa-fé – Teoria ou Vedação do Comportamento Contraditório. **Revista da IOB de direito processual civil**, São Paulo: Ed. IOB, 2008, p. 33-54.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. CHAVES DE FARIAS, Cristiano. Leituras complementares de Direito Civil. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2009.

_____. **Constitucionalização do direito civil**. Revista Brasileira de Direito Comparado, v. 17, p. 56-75, 1999.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003

MARENSE, Voltaire, **O seguro no direito brasileiro**, 4.ed., Porto Alegre: Ed. Síntese, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Dicionário de seguros**. Disponível <<http://www.irb-brasilre.com.br/cgi/dicionario/vertb.cfm>>. Acesso em: 14 de set. de 2011.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson, **Código civil comentado**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Pablo Stolze Gagliano. **Novo curso de direito civil**. Contratos. São Paulo: Editora Saraiva, 4 ed. 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, contratos**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____. **Instituições de direito civil, contratos**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. V.III.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível n. 71002837227**, da 3ª Turma Recursal Cível. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 31 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível n. 71002847580**, da 3ª Turma Recursal Cível. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 31 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70036715431**, da 12ª Câmara Cível. Relator: Des. Judith dos Santos Mottecy. Porto Alegre, 14 de out. de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70033073628**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 03 de dez. 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível n. 71002990745**, da 1ª turma Recursal Cível. Relator: Des. Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 30 de jun. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70028070431**, da 12ª Câmara Cível. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 19 de mar. 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível n. 71002952414**, da 3ª Turma Recursal Cível. Relator: Des. Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre, 03 de dez. 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível n. 71001922624**, da 1ª Turma Recursal Cível. Relator: Des. Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 30 de abr. 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível n. 71001543354**, da 2ª Turma Recursal Cível. Relator: Des. Maria José Schimit Sant Anna. Porto Alegre, 16 de jul. 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70025300955**, da 5ª Câmara Cível, Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 26 de ago. 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70041729237**, da 5ª Câmara Cível, Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 31 de ago. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70043104165**, da 5ª Câmara Cível, Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 31 de ago. de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 01 de out. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70041354911**, da 5ª Câmara Cível, Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 27 de abril. de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 11 de out. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.** São Paulo: Editora Saraiva, 30 ed. 2005.

_____. **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.** São Paulo: Editora Saraiva, 30 ed. 2004.

REZENDE DOS SANTOS, Murilo. **As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional.** NERY JUNIOR, Nelson. *Revista de Direito Privado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado.** 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2008.

TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil.** CHAVES DE FARIAS, Cristiano. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2009.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. **Contratos, a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva.** 1ª ed., Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, Ed. Universitária, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Manual dos contratos e obrigações unilaterais.** São Paulo: editora Atlas, 1997.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos,** 17 ed, São Paulo: Saraiva, 2006.



ERRATA

Folha	Linha	Onde se lê	Leia-se
05	04	procediemnto	preenchimento
05	04	dos eu	do seu
09	29	legítima	legítima
10	06	,	;
15	32	(2000, 187)	(2000, p. 187)
16	02	(TEPEDINO,)	(TEPEDINO; SCHREIBER)
23	34	força	força
33	33	principio	princípio
39	02	tutelar	tutela
39	25	equidade	equidade