

## Considerações sôbre o Conceito de "Boa-Fé"

(Justificação de voto)

CUNHA LIMA

*O conceito da boa-fé — O êrro de fato e o de direito na doutrina moderna — A exegese literal é método antiquado — A boa-fé no império romano — A culpa "in concreto" na teoria que pesa o homem todo.*

**I**NDAGA-SE neste processo se o funcionário X, ao acumular dois cargos no serviço público, procedeu bem ou mal, no que concerne à boa ou à má fé. Ora, como a má fé e a boa-fé não prosperam na mesma ocasião, basta saber se houve boa-fé no exercício do último cargo. Havendo esta, a pesquisa sôbre aquela é inútil.

Quando há boa-fé na acumulação de cargos? De que maneira esta se exterioriza e como reconhecê-la ao primeiro exame? Também existe boa-fé no êrro de direito? Na remissão de culpa vale a boa-fé presumível?

Estas as principais perguntas sem resposta na jurisprudência administrativa, onde o estudo da matéria há sido feito de modo perfunctório, talvez porque o Direito Administrativo ainda esteja em formação. E tanto está em desenvolvimento que nêle florescem doutrinas de outros ramos do Direito, como o das nulidades dos atos administrativos, da responsabilidade do Estado e da presença do funcionário de fato, esta última conhecida outrora apenas no Direito Privado.

Embora as teorias civilistas, ao deixarem o âmbito do Direito Civil, apresentam nova nomenclatura, o certo é que elas têm suprido lacunas da legislação administrativa, ora disciplinando a personalidade jurídica dos entes públicos, ora estabelecendo normas de conduta entre a Administração e o administrado. Nada mais natural, portanto, que o problema em foco seja esclarecido pelo processo analógico, tendo por base o conceito da boa-fé no magistério de eminentes civilistas.

Primeiramente, ouçamos a lição do Ministro OROSIMBO NONATO:

“A ignorância do obstáculo ou vício impeditivo da aquisição do direito é o que assinala a boa-fé, conceituada assim como um “estado psicológico”, no conceito de PUGLISSE”.

(Da coação como defeito do ato jurídico. Ed. da Revista Forense, 1957, pág. 284).

E este mestre do Supremo Tribunal não está só, como demonstram as palavras de VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, em lúcido acórdão:

“No comércio jurídico, como na vida social, há um elemento subjetivo que informa, estrutura e vivifica tôdas as relações, é a boa-fé. Por onde ela passa suprem-se as nulidades, sanam-se os vícios, e as capacidades se integram. É ela que valida para todos os efeitos o casamento nulo, faz do detentor possuidor, do possuidor proprietário e desonera da dívida o que pagou a outrem, que não o credor”.

(Revista de Direito, vol. 54, pág. 500).

Realmente, quando alguém compra um objeto de quem não é o dono, pode adquiri-lo de boa-fé, supondo tratar com o dono verdadeiro. A mesma impressão tem o devedor que paga a dívida a quem não é o titular do crédito, nem seu procurador. Assim sucede em outras hipóteses em que o indivíduo julga tratar com o dono do direito.

Sob êsse aspecto, a boa-fé exprime uma crença ou consciência de estar agindo em consonância com as normas legais. É sempre um estado de ânimo ingênuo, em que não há intenção de ferir o direito alheio, nem conhecimento de vício que macula o ato jurídico. Há, em suma, uma falsa realidade, uma convicção errônea acêrca de um fato, situação ou lei, e na qual a pessoa delibera, contrata, toma iniciativa que transgredir regra jurídica, mas, sem saber que ofende a ordem legal. Por conseguinte, inexistente culpa. Só é culpado quem erra espontâneamente, conhecendo a ilegalidade de seu ato.

Que a culpa consciente destrói a boa-fé, sempre foi entendimento pacífico. Sabem todos que esta crença ingênua não medra onde há dúvida ou êrro condenável. O pressuposto da boa-fé está no ânimo de não agredir o ordenamento jurídico. Quando da boa-fé resulta infração, o sujeito se enganou, seja porque ignorava circunstâncias impeditivas, seja porque lhe obumbrou a mente

um lapso de memória. Este o conceito da boa-fé comum, da que redime a culpa no êrro involuntário.

Todavia a boa-fé costuma ir além de seu campo rotineiro. Momentos há em que o sujeito golpeia os preceitos legais, quer porque os desconheça, quer porque se inspire em exegese errônea. Admite-se, presentemente, que pode haver boa-fé tanto no êrro de fato quanto no de direito. Contra as transgressões provenientes da má exegese ou da ignorância da lei, levanta-se a voz de quem vive nas malhas do passado.

Acontece que o Direito não é apenas um conjunto de princípios; é também uma ciência progressiva, cujas doutrinas respeitam a tradição, sem ficarem paralisadas na quietude das máximas seculares. Tudo progride, tudo envolve, tudo avança. Também no âmbito jurídico inexiste estagnação; até mesmo a exegese acompanhou a evolução geral, aprimorando-se através dos séculos. Por esta razão, e em que pese à ancianidade do prolóquio *nemo jus ignorare consetur*, os juristas modernos não se apegam à letra dêsse provérbio. Ao interpretá-lo, preferem a essência, o espírito, o que lhes parece aproveitável e equânime. Hoje não se admite um hermeneuta retrógrado, agarrado à interpretação literal como um naufrago à tábua que flutua.

A obrigatoriedade de todos conhecerem a lei já era matéria conhecida na velha Roma. Mas na efervescência em que vive a humanidade não se pode assimilar tôda a sabedoria dos códigos. Há no ordenamento jurídico tantas leis complexas, e tanta jurisprudência em profusão, que o cidadão perderia a tramontana se a cada passo fôsse observar tôdas as formalidades legais. Não! Na vida contemporânea a lei popular, a lei de uso diário, a lei que todos a conhecem é a boa-fé, essa crença ingênua que está em tôda parte: desde a criança que julga o pai o melhor dos homens ao condenado que ainda espera perdão. As normas legislativas não estão no livro de cabeceira do cidadão comum. Na verdade, tempos houve em que a pessoa, atuando em um mundo diverso, podia conhecer tôda a legislação de sua época. Porém, hoje, são tão raras as horas de lazer, que ao leigo falta azo para estudos jurídicos.

Que ninguém se escusa do êrro, alegando desconhecer a lei, é modo de dizer que só atende à letra de velha regra. É também processo de exegese antiquado, na observação oportuna do Ministro CARLOS MAXIMILIANO:

“A interpretação verbal fica ao alcance de todos, seduz e convence os indoutos, impressiona favoravelmente os homens de letras, maravilhados com a riqueza de

conhecimentos filológicos e primores de linguagem ostentados por quem é, apenas, um profissional do Direito.

Como toda meia ciência, deslumbra, encanta e atrai; porém fica longe da verdade as mais das vezes, por envolver um só elemento de certeza, e precisamente o menos seguro.

.....  
 Quem só atende à letra da lei, não merece o nome de jurista; é simples pragmático".

(Hermenêutica e Aplicação do Direito, 3ª edição, 1941, pág. 143).

Na Itália não se ensina outra doutrina. O eminente professor FRANCISCO FERRARA, expondo essas verdades, escreveu um tópico magistral:

"O texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas que servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual.

A lei, porém, não se identifica com a *letra* da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas podem ser defeituosas. Só nos sistemas jurídicos primitivos a *letra* da lei era decisiva, tendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, este entendimento é abandonado e procura-se a intenção legislativa. Relevante é o elemento espiritual, a *voluntas legis*, embora deduzida através das palavras do legislador. Entender uma lei, portanto, não é somente aferrar de modo mecânico o sentido aparente e imediato que resulta da conexão verbal; é indagar com profundidade o pensamento legislativo, descer da superfície verbal ao conceito íntimo que o texto encerra e desenvolvê-lo em todas as suas direções possíveis".

(Trattato di diritto civile italiano, vol. I, pág. 205. Os grifos são do original).

Evidentemente, a interpretação literal é inconciliável com o progresso do Direito, ao manter um formalismo que talvez fôsse útil aos primeiros hermenêutas. Deve dar-se outro entendimento ao aforismo *nemo consetur ignorare legem*. Dos autores favoráveis a tal rejuvenescimento merece relêvo a página do desembargador OSCAR TENÓRIO:

"A lei é igual e obrigatória para todos. Nada mais seria necessário acrescentarmos ao preceito *se uma ficção*

*errôneamente defendida*, não tivesse tomado foros de conquista jurídica. Ainda se sustenta que a não escusa da obrigatoriedade da lei se funda no seu presumido conhecimento. Ora, se se tratasse de presunção, deveria ceder ante a prova em contrário. Tal prova é inadmissível. *A ignorância da lei existe de fato*. Até ao jurista, que por profissão acompanha atentamente as mutações realizadas pelo poder legislativo, escapa o conhecimento integral do que na vida complexa do Estado moderno se avoluma”.

(Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 2ª ed., 1955, pág. 94. Não há grifos no original).

Expulso das mais cultas cátedras, o dogma de que todos conhecem a lei buscou refúgio no convívio de exegetas menos cautelosos. Sômente aí, entre homens minguados de estudos, ainda anima discursos tediosos. Ninguém nega o valor da obrigatoriedade geral da lei. É uma ficção que tem alguma utilidade. Teoricamente, para a sociedade há mais segurança com essa obrigação do que com a escusa pela ignorância. Mas, tirar de possibilidade teórica uma exegese absoluta, de aplicação indiscriminada, é processo tão absurdo quão retrógrado. Em tôda a natureza pululam exceções. Também é assim na ciência jurídica. As normas legislativas são humanas, jamais divinas. Quem vê na lei apenas uma justiça inflexível não poderá ser bom hermeneuta, no máximo será um leguleio.

Tão sábio quanto o de OSCAR TENÓRIO, mas defendendo também o êrro de direito, existe de OROSIMBO NONATO brilhante escólio:

“A boa-fé, assim, funda-se em um êrro. E, ao propósito, se controverte sôbre a possibilidade de ser também escusável o *êrro de direito*.”

A opinião adversa à admissão, no caso do êrro de direito, sôbre fundar-se no *ignorantia iuris non excusat*, argumenta com a possibilidade de ser ela evitada, mediante consultas e informes. E com a dificuldade da prova respectiva.

Mas, a lei não estabeleceu, ao propósito, distinções. Nem seria lógico ou equitativo fazê-lo, uma vez que o êrro de direito pode — e todos o reconhecem — suscitar o estado de ânimo caracterizador da boa-fé.

O *nemo ius ignorare consetur* exprime a violentíssima das ficções, necessária, sem dúvida, à imponência univer-

sal da lei, a guardar-lhe, inteiro, o caráter de *generalidade*, mas desinfluyente na formação daquele estado de ânimo que, no caso, é o que interessa precipuamente”.

(Liv. cit. pág. 309. Os grifos são do original).

Não menos feliz é EDUARDO ESPÍNOLA, ao versar sôbre o mesmo assunto:

“Os autores modernos têm chegado à conclusão de que o êrro de direito é escusável, nos mesmos casos em que o é o de fato”.

(A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, ed. Freitas Bastos, 1943, pág. 99).

Mas não é apenas no Brasil que se acolhe o êrro de direito. No magistério da Itália, onde o Direito floresce há milênios, o mestre de todos, o emérito N. COVIELLO, não destoa dos autores nacionais:

“Por essa razão, o êrro de direito pode ser invocado, não sômente como causa de anulação de um negócio jurídico, quando seja o seu motivo único ou principal, mas também para conseguir os efeitos oriundos da boa-fé, a qual pressupõe sempre um êrro”.

(Manuale di diritto civile italiano, vol. I, 1910, página 47).

Esta síntese do insigne italiano dispensa o transunto de outros professôres. Ao assunto em análise falta-lhe apenas pequeno fecho. A escusabilidade do êrro de direito assenta nos mesmos fundamentos que redime a culpa no de fato. Em ambos os erros predomina a mesma realidade aparente, o mesmo desconhecimento de fatores impeditivos e o mesmo ânimo de não arranhar a legalidade. Enquanto no êrro de fato a causa principal repousa na ignorância de circunstância impediante, no de direito está no mesmo desconhecimento, não de circunstância, mas de uma lei ou de uma exegese correta. Analisando o problema por êsse ângulo, o êrro de direito é tão escusável quanto o de fato, *não em tôdas as hipóteses*, mas quando as particularidades de cada caso mostram isenção de culpa voluntária.

Mesmo fora dessa identidade que os une, a proteção da boa-fé no êrro de direito pode ser invocada com outro fundamento. Se, de um lado, há raciocínios que invocam a presunção de que ninguém desconhece a lei, não podendo alegar ignorância, do outro existem argumentos que defendem a suposição de que ninguém, conscien-

temente, transgride a ordem legal. Sòmente ante prova irrefutável é que se admite a intenção de arranhar a lei. A mã fé já não existe juiz que a presuma. Presume-se, sim, a boa-fé, porquanto há suposição de que todos têm comportamento íntegro. Por consequente, se existe presunção de um lado e presunção de outro, ambas se anulam mütuamente, ficando o êrro de direito na mesma situação escusável do de fato.

Na verdade, a escusabilidade do êrro de direito é conquista de juristas modernos. Disse-o bem EDUARDO ESPÍNOLA, mas momentos houve em que as consequências dêsse êrro foram legitimadas pelo govêrno de Roma. A êste respeito há na vida de FLÁVIA TERTULA uma página expressiva. Sabendo-a triste, em casamento putativo, contraído de boa-fé, o imperador MARCO AURÉLIO legitimou-lhe a prole, em rescrito memorável:

“Por intermédio do liberto Mensor, dirigiram os imperadores Marco e Lúcio a Flávia Tertula o seguinte rescrito: Atendendo a que, por ignorância do Direito e conveniência de tua avó, longo tempo estiveste com teu tio como se teu marido fôsse, e que dessa união muitos filhos nasceram, confirmamos, pelo concurso de tais circunstâncias, o estado de teus filhos, provenientes de um matrimônio irregularmente contraído há mais de 40 anos, para que sejam havidos como legítimos desde a concepção”.

Divus Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per Mensem libertum ita rescripserunt: Moveretur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuist, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent”.

(Digesta, liv. 23, 57a. de ritu nuptiarum, edizione Mediolani, 1931, pág. 526).

A decisão imperial invocou circunstâncias conhecidas: a boa-fé de um dos cônjuges, a interferência da avó, a situação aflitiva dos filhos, os 40 anos matrimoniais e a ignorância do Direito, na parte que proibia a união de tio com sobrinha. Hoje se diria desconhecimento da lei, em vez de ignorância do Direito. Mas, seja qual fôr o têrmo, o certo é que Flávia Tertula, gasta de velhice, morreu longe do passado onrobrioso, depois de realizar o maior sonho de sua vida, quando Roma fulminava o incesto.

Sem dúvida, aí nesse rescrito está o alvorecer da doutrina que hoje conceitua melhor a culpa. Outrora, o que se ensinava era o conceito de uma culpa uniforme, culpa bitolada, culpa segundo entendimento dos romanos. Davam-lhe por arrimo a ficção do homem probo, o bom pai de família, o Catão dos austeros costumes republicanos. Imaginava-se um cidadão honesto, um modelo oficial de comportamento, e condenava-se todo procedimento em desacôrdo com êsse padrão modelar. Durante séculos, em vez de estudo acurado, fêz-se apenas da culpa a caricatura. Desprezavam-se as circunstâncias atenuantes, os sucessos interferentes, o temperamento e o nível cultural do sujeito; enfim, abandonava-se um conjunto de fatores que passava despercebido ao pretor romano.

Ninguém nega o conteúdo complexo da matéria. A teoria atualmente dominante é a que manda investigar se o indivíduo, ao tempo em que praticou o ato censurável, conhecia as causas impeditivas. A culpa saiu do campo em que a colocaram as gerações passadas para o ambiente aprimorado onde florescem as idéias arrojadas do professor ORLANDO GOMES:

“Lógicamente, a determinação da responsabilidade individual baseada na culpa deveria estar subordinada a uma apreciação *in concreto*. A culpa, como elemento psicológico determinante da responsabilidade, sòmente pode ser estimada levando-se em consideração as condições subjetivas do agente. Numa palavra, o subjetivismo pressupõe necessariamente a *individualização da culpa*. Em cada oportunidade onde deve ela ser investigada, mister se faz um exame da individualidade do agente para se verificar se o ato pode ser considerado gerador de responsabilidade.

Se alguém sòmente pode ser considerado responsável quando o ato que praticou lhe pode ser moralmente imputado, é preciso levar em conta, sobretudo, seu *complexo individual*. Ora, o ato que para determinada pessoa pode ser culposos, não terá êste caráter para outrem, em virtude das diferenças individuais. Não é possível ignorá-las. Daí a necessidade de, em boa lógica, apreciar a culpa *in concreto*”.

(Revista Forense, vol. 84, pág. 382, fascículo 447, ed. 1940. Os grifos são do original).

Ao que aí se ensina dá-lhe endôssos o testemunho de outros catedráticos. Têm razão os apóstolos da doutrina moderna. O julgamento do ato culposos, pelo menos no ângulo administrativo, não deve continuar adstrito à violação da lei. Em tôda culpa

existem dois pressupostos básicos: a ofensa à ordem jurídica e a intenção que impulsiona o ato. Mas, pesando bem o papel de ambos, êsses pressupostos se transformam em um: o ânimo do infrator, sem o qual não há ação nem desrespeito à legalidade.

Ora, se o ânimo é mola propulsora, se a transgressão dêle é consequência, se a pessoa pode enganar-se acêrca dos fatores impeditivos, não há negar esta conclusão: a culpa do ignorante é diferente da do homem culto. Enquanto êste pode enxergar o êrro, e esquivar-se de o praticar, aquêle tem das coisas visão deturpada. Em ambos ocorrem reações tão distintas, e há tanta diferença quanto ao discernimento, que não é lícito, não é equânime, não é racional que tenham a mesma culpa, a mesma responsabilidade, a mesma pena quando praticam a mesma transgressão. O homem iluminado pelo saber é como um deus entre os que andam às cegas. Sabe passar aprumado por cima dos vagalhões da vida, ao passo que o outro, cujos olhos ainda não se abriram para as letras, vai tropeçando na estrada do êxito, como se a ignorância lhe fôsse pesado fardo.

Ainda no que tange a ambos talvez sejam maiores as diferenças caracterológicas. Qualquer ser humano, ao nascer, traz em potencial atributos que mais tarde o tornam distinto dos demais. Passam-se os primeiros meses do recém-nascido; passam-se os anos alegres da meninice, em que o sorriso ingênuo é pão de tôda hora. Só não passam os predicados pessoais, as reações do temperamento, enfim, todo êsse amálgama de qualidades, vícios e emoções que particulariza o comportamento individual. É continua o mesmo, do berço ao túmulo, porque não há duas criaturas psicológicamente iguais. Até nos gêmeos, onde os temperamentos deviam ser idênticos, nota-se essa desigualdade, embora menos acentuada. A norma geral aponta diversidade: cada pessoa palmilha caminho próprio, diferente, como se fôsse um mundo ao lado de outros mundos de uma via-láctea imensa. Na configuração todos possuem quase os mesmos traços, mas na estrutura íntima, no estôfo caracterológico habitam paixões e pensamentos inconfundíveis. Assim, a melhor doutrina de culpa não é a que julga o homem como se êle fôsse um ser estático, uniforme, insensível à fôrça do ambiente e das reações emocionais, senão aquela que o pesa ao todo, sem nada omitir, levando em consideração o grau de instrução e o de inteligência, o temperamento, a situação econômico-financeira e até os êxitos e reveses sociais. Para os paladinos dessa teoria, nem sempre o indivíduo burila seus designios; êstes, geralmente, refletem o pensar das pessoas com quem êle convive, quando não denunciam a influência de desejos violentos, de temperamento impulsivo ou de outras anomalias que nem a educação, nem a consciência, nem o temor de sanção punitiva con-

seguem reprimi-la. Procedimentos há em que a criatura jamais os tem por si, embora pense que o faz voluntariamente. Serve de exemplo o suicídio, cuja realização pode parecer ato consciente e autônomo do suicida, mas o não é; a mente livre de maus conselhos não busca a morte. Só procura paz na sepultura quem se obumbra com ilusão funesta.

Outrotanto acontece quando alguém de boa-fé comete uma transgressão. A ignorância da ilegalidade de tal maneira lhe tolda o discernimento, e tanto se ensombra a faculdade de julgar, que o proceder ilícito lhe passa despercebido. É como se um mar de mentiras lhe afogasse o raciocínio, quando enturva o juízo com idéias falsas.

Nada mais evidente do que a subordinação dos atos humanos a diversos fatores impessoais. Além das decisões autônomas, onde impera o livre arbítrio, outras existem por conta do meio social, do atavismo, do temperamento e até das glândulas endócrinas, cuja secreção influencia a personalidade somática e o comportamento individual.

Aos exemplos dados, boa-fé e suicídio, juntem-se outros que ocorrem diariamente, e todos perceberão quantas injustiças, quantos equívocos, quantas sentenças errôneas caem da pena de quem do homem conhece apenas a face somática. Ora, o homem somático, sem alma e insensível às solicitações dos hormônios e do ambiente, êsse não existe. O ser humano fê-lo o criador com duas partes distintas: a morfológica e a psíquica. Embora cada uma tenha atividades diferentes, o certo é que ambas formam um *todo* indivisível, em perene evolução dentro do Cosmos. Por isso, só julga melhor as resoluções censuráveis quem conhece o homem integral, como expressão de funções que se influenciam mutuamente.

Esta a sùmula, esta a doutrina, êstes os conceitos a respeito da culpa *in concreto* e da boa-fé no magistério de civilistas nacionais e estrangeiros.