

FELIPE ESMANHOTO MATEO

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, COMO FUNDAMENTO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS-CONTRATUAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: Pressupostos, natureza jurídica e efeitos**

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Fernando Campos Scaff

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020**

FELIPE ESMANHOTO MATEO

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, COMO FUNDAMENTO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS-CONTRATUAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: Pressupostos, natureza jurídica e efeitos**

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Titular Dr. Fernando Campos Scaff.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Mateo, Felipe Esmanhoto

O princípio da boa-fé objetiva, como fundamento da responsabilidade civil pós-contratual no ordenamento jurídico brasileiro: pressupostos, natureza jurídica e efeitos ; Felipe Esmanhoto Mateo ; orientador Fernando Campos Scaff -- São Paulo, 2020.
248f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Contratos. 2. Boa-fé. 3. Deveres laterais. 4. Responsabilidade civil. 5. Culpa post pactum finitum. I. Scaff, Fernando Campos, orient. II. Título.

Nome: MATEO, Felipe Esmanhoto

Título: O princípio da boa-fé objetiva, como fundamento da responsabilidade civil pós-contratual no ordenamento jurídico brasileiro: pressupostos, natureza jurídica e efeitos

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Titular Dr. Fernando Campos Scaff.

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

À Priscilla, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação conclui mais um ciclo de minha vida acadêmica. Como nada se faz sozinho, é necessário agradecer algumas pessoas.

De proêmio, externo minha gratidão ao Prof. Dr. Fernando Campos Scaff, exemplo de seriedade, dedicação e retidão na vida acadêmica, pela orientação segura e enriquecedora. Agradeço, ainda, pela confiança em me aceitar no Mestrado, pelo incentivo externado desde nosso primeiro encontro, como também pela troca de ideias, pelos ensinamentos e diálogos constantes que foram fundamentais para este trabalho.

Ao Prof. Dr. Luiz Antonio Rizzatto Nunes, cuja trajetória de vida me inspira admiração desde os tempos de graduação, agradeço por tornar possível este sonho, ao me apresentar ao Prof. Fernando Campos Scaff.

Ao Prof. Dr. Guilherme Ferreira da Cruz, magistrado da melhor estirpe e professor apaixonado pela academia, o qual sigo como modelo de conduta para a vida, agradeço pelos constantes incentivos e conselhos profissionais e acadêmicos.

Agradeço também ao Prof. Dr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy por me acolher, ainda no ano de 2016, como aluno especial, dando início à minha trajetória nas Arcadas.

Registro ainda minha gratidão ao Prof. Dr. Marco Fábio Morsello, pelos direcionamentos dados nos intervalos de suas aulas, como também, de forma especial, pelos apontamentos efetuados durante o período de qualificação.

MATEO, Felipe Esmanhoto. *O princípio da boa-fé objetiva, como fundamento da responsabilidade civil pós-contratual no ordenamento jurídico brasileiro*: pressupostos, natureza jurídica e efeitos. 248f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar como a funcionalização do princípio da boa-fé objetiva pode ser utilizada como fundamento de uma responsabilidade civil pós-contratual no sistema jurídico brasileiro. Apesar dos parcos julgados existentes sobre o tema – e relatados ao longo da dissertação – certo é que a responsabilização do agente causador do dano, em tais casos, é revestida de certo sentimento de justiça. Contudo, o sistema jurídico não pode contentar-se com o mero sentimento pessoal do julgador. É necessária uma fundamentação adequada. Dentro desse esquadro, inicia-se o trabalho explorando a evolução das fontes das obrigações, contrapondo a autonomia privada aos limites impostos pelo ordenamento e às suas fontes heterônomas. Busca-se, assim, definir quais elementos atuam na construção do conteúdo contratual. Tendo forte influência sobre a conduta esperada dos contratantes, mormente pela imposição de deveres laterais, e, novamente, não podendo ser relegada a meros fatores subjetivos, parte-se para o estudo da boa-fé objetiva, analisando seus vetores materiais e suas funções correlatas. Seu espectro de incidência, contudo, não é limitado às fases de formação e execução. Dessa forma, analisa-se sua concreção desde o contato até a fase posterior ao adimplemento. Surge então a questão: se ainda existem deveres a serem observados, no que consiste a pós-eficácia? Para responder a indagação, é necessária uma digressão sobre a noção hodierna de obrigação complexa e adimplemento satisfatório. Feito isso, é possível chegar a alguns fundamentos, dentre eles a própria boa-fé, para a responsabilidade civil pós-contratual. Por fim, a presente dissertação debruça-se sobre sua natureza jurídica e as possíveis pretensões do lesado. Com isso, pretende-se trazer uma fundamentação adequada, por meio da boa-fé objetiva, para a responsabilidade por *culpa post pactum finitum*.

Palavras-chave: Contratos, Boa-fé, Deveres laterais, Pós-eficácia, Responsabilidade civil, *Culpa post pactum finitum*

MATEO, Felipe Esmanhoto. *The principle of good faith as the foundation of post-contractual liability in the Brazilian legal system: assumptions, legal nature and effects.* 248f. Thesis (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

ABSTRACT

This thesis seeks to demonstrate how the functions of the principle of good faith can be used as the foundation for post-contractual liability in the Brazilian legal system. Despite the few judgments that exist about the subject - and reported throughout the dissertation - it is certain that the liability of the author of the damage, in such cases, has a certain amount of justice. However, the legal system cannot be content with the mere personal feeling of the judge. Proper reasoning is required. Within this framework, this thesis begins by exploring the evolution of the sources of obligations, contrasting private autonomy with the limits imposed by the law and the heteronomous sources. Thus, we seek to define which elements act in the construction of contractual content. Having a strong influence on the expected conduct of contractors, especially the imposition of implied duties, and, again, cannot be relegated to mere subjective factors, we start to study the duty of good faith, analyzing its material vectors and their related functions. Its incidence spectrum, however, is not limited to the formation and performance phases. Thereby, its analyzed from the contact of the parties until the post-performance phase. Then a question arises: If there are still duties to be observed, what does post-efficacy means? To answer the question, a digression on today's notion of complex obligation and satisfactory performance is required. That done, it is possible to come up with some foundations, including good faith itself, for post-contractual liability. Finally, the present dissertation explore its legal nature and the possible claims of the injured party. Thereat is intended to provide adequate foundation, through the principle of good faith, for *culpa post pactum finitum* liability.

Keywords: Contracts, Good Faith, Implied terms, Post-effectiveness, Liability, *Culpa post pactum finitum*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I. FONTES DO DIREITO PRIVADO	15
1. Liberdade contratual e sistema jurídico aberto	15
2. Fontes do regulamento contratual	26
2.1. Cláusulas gerais; princípios e conceitos jurídicos indeterminados	37
CAPÍTULO II. O DIREITO OBRIGACIONAL E A BOA-FÉ OBJETIVA	51
1. Aspectos históricos da boa-fé	51
1.1. A evolução do conceito de boa-fé no direito brasileiro	59
2. A complexidade intra-obrigacional	61
3. Violação positiva do contrato e deveres de prestação e de proteção.....	66
4. A cláusula geral da boa-fé objetiva	71
4.1. Funções atribuídas à boa-fé objetiva.....	80
4.1.1. Função interpretativa.....	88
4.1.2. Função supletiva: os deveres laterais	95
4.1.2.1. Deveres laterais em espécie e sua incidência na fase pós-contratual	101
4.1.2.1.1. Deveres de proteção.....	102
4.1.2.1.2. Deveres de lealdade	105
4.1.2.1.3. Deveres de esclarecimento ou informação	106
4.2. A boa-fé nas diversas espécies de relações jurídicas: Pontos de aproximação e a diferença de densidade na criação dos deveres.....	109
CAPÍTULO III. PÓS-EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES: ASPECTOS CONCEITUAIS	113
1. Identificação do período e noção de relação pós-contratual	113
2. Da <i>culpa post pactum finitum</i>	125
3. Fundamentos da <i>culpa post pactum finitum</i>	138
3.1. Teses negativistas e a identificação das variadas espécies de pós-eficácia <i>latu sensu</i> das obrigações	142
3.1.1. Pós-eficácia aparente.....	143
3.1.2. Pós-eficácia virtual	144
3.1.3. Pós-eficácia continuada	145
3.2. Pós-eficácia em sentido estrito: a boa-fé objetiva como fundamento da <i>culpa post pactum finitum</i>	146
3.3. Fundamentos adicionais para a <i>culpa post pactum finitum</i> elencados pela doutrina	154

CAPÍTULO IV. PÓS-EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL	159
1. Responsabilidade civil extracontratual e contratual: semelhanças e diferenças	159
2. O conceito de mora e inadimplemento no Código Civil de 2002	173
2.1. A assimilação da doutrina da violação positiva do contrato pelo direito brasileiro ...	180
3. Natureza jurídica da responsabilidade civil pós-contratual: exposição da divergência.....	188
3.1. A natureza contratual da responsabilidade civil pelo descumprimento de deveres laterais pós-eficazes em sentido estrito	195
3.2. A terceira via da responsabilidade civil	211
4. Consequências do descumprimento de deveres pós-eficazes em sentido estrito: direito formativo extintivo, perdas e danos e pedido cominatório	213
CONCLUSÕES	221
REFERÊNCIAS	231
Doutrina.....	231
Legislação	243
Jurisprudência.....	245

INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca o estudo da cláusula geral da boa-fé objetiva, inserta no artigo 422 do Código Civil, como fundamento legal de uma eventual responsabilidade civil pós-contratual em nosso ordenamento jurídico.

Com a declínio do individualismo e do dogma da vontade, o conteúdo da relação contratual passou a transcender o mero texto escrito, resultando em uma aproximação do direito com a ética.

Há muito já se alude às transformações gerais do Direito das Obrigações, que passou a ser compreendida, não mais como simples relação de crédito e débito, mas como um processo dinâmico dirigido à realização de seu fim. Tomada em sentido lato, a obrigação abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres, exceções e posições jurídicas, de modo que não se limita, apenas, ao cumprimento da prestação principal, mas sim a um conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor¹.

Partindo da premissa de imposição às partes de deveres não previstos expressamente no instrumento contratual, o primeiro capítulo da dissertação dedica-se ao estudo das fontes do direito privado, que, tradicionalmente, se consubstanciariam na lei e no contrato. Entretanto, atualmente, os princípios jurídicos igualmente comandam o nascimento e o desenvolvimento das obrigações.

Karl Larenz já dispunha que:

*“para toda relación jurídica, cualquiera que sea su estructura, rige el principio de cumplir la prestación con fidelidad a la palabra dada o a la obligación fundamentada de cualquier modo que sea, sin defraudar la confianza de la otra parte, es decir cumplir la prestación según la buena fe (§ 242)”*²

No direito brasileiro, o Código Civil de 2002 previu em seu artigo 422, o dever dos contratantes de observarem a cláusula geral da boa-fé objetiva, permitindo o reenvio do magistrado a valores até então submetidos a outras ciências, possibilitando uma aproximação

¹SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 17-19.

²LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 20-21.

do direito com a ética, com vistas a concretização do programa obrigacional desenhado pela autonomia privada, com a imposição de deveres de conduta não previstos expressamente no instrumento contratual.

Malgrado as críticas que possam ser realizadas ao texto do artigo 422 do Código Civil – as quais constam no corpo da própria dissertação – certo é, também, que a incidência do princípio da boa-fé não é limitada à fase de conclusão e execução da avença. Como já dispõem os enunciados 25 e 170 das Jornadas de Direito Civil, realizadas pelo Conselho de Justiça Federal, deve ser observado desde as tratativas preliminares, até mesmo após o término da avença.

Cumprido ressaltar, aliás, que a noção de boa-fé não é nova no ordenamento jurídico brasileiro. O próprio Código Comercial de 1850 já a previa no artigo 131, apesar deste não ter despertado a atenção que merecia, na época, da doutrina e jurisprudência.

A noção que há deveres que se protraem no tempo para além do cumprimento igualmente não é novidade na doutrina pátria. Couto e Silva já a expunha, na década de 60, ao apresentar sua tese de livre-docência:

“Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal”³

Mas há, ainda, a necessidade de se estabelecer os contornos desses deveres ditos pós-eficazes, oriundos da cláusula geral da boa-fé objetiva, e de que maneira continuam exigíveis no período pós-contratual. É o que se buscará responder no capítulo II, ao relacionar o princípio da boa-fé com a tutela da confiança e à primazia das relações subjacentes.

O capítulo III, por sua vez, dedica-se ao estudo dos aspectos teóricos da pós-eficácia, que não teve a mesma atenção dedicada ao estudo da *culpa in contrahendo*⁴. Não se desconhece que vários foram os motivos que contribuíram para este quadro, dentre eles, a própria escassez de casos submetidos ao exame dos Tribunais; a noção geral de que, após o cumprimento da prestação, as partes não conservam nenhuma obrigação em relação ao contrato anterior; a ausência de linguagem claramente remissiva à *culpa post pactum finitum*,

³SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo, cit.*, p. 38.

⁴MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações. *In*: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Estudos de direito civil*. Coimbra: Almedina, 1987. v. 1, p. 149.

por parte dos poucos julgados sobre o tema⁵, e a falta de uma fundamentação adequada para o instituto⁶.

Contudo, esse quadro apenas reforça a importância do tema, impondo-se compreender a real amplitude da *culpa post pactum finitum*. Mas há dificuldades em seu exame. Apesar da aprovação dos enunciados acima, reconhecendo a pós-eficácia, Menezes Cordeiro elenca teorias negativistas elaboradas pela doutrina. Para estas, as manifestações ditas pós-eficazes, em verdade, nada mais seriam do que simples eficácia atual, seja porque a extinção contrato é o fato constitutivo da nova obrigação, seja porque determinado dever apenas permaneceu exigível.

Tais teoria, acabaram por desenvolver as noções de pós-eficácia virtual, aparente e continuada, que, como se demonstrará, não se confundem com a *culpa post pactum finitum*, ou pós-eficácia em sentido estrito. Existem, ainda, outras dificuldades a serem enfrentadas, como a própria fixação do que seria o período pós-contratual.

Ultrapassado esses obstáculos, mesmo que se conclua pela existência de um dever pós-eficaz específico no caso concreto, dúvida há com relação à natureza jurídica da responsabilidade pelo seu descumprimento. Seria contratual ou delitual? Subjetiva, objetiva ou por culpa presumida? A parte poderá pleitear apenas perdas e danos ou também a cessação da atividade? Quiçá estes sejam os pontos de maior debate doutrina sobre o tema.

Os defensores da responsabilidade delitual, fundamentam que os deveres laterais decorrem diretamente do comando normativo da boa-fé e não do regulamento contratual. Para esta linha de pensamento, as normas contratuais apenas surgem por meio da manifestação de vontade das partes, sendo, igualmente, limitado por essa. Com efeito, as partes apenas se vinculariam nos estreitos limites da vontade declarada, sob pena de ofensa ao princípio da autonomia privada.

Por outro lado, a corrente que defende a natureza contratual, reconhece que a noção de responsabilidade, nestes casos, liga-se à doutrina de violação positiva do contrato de Hermann Staub. Advogam que adoção desta teoria, possível no ordenamento jurídico brasileiro, expandiu a noção de adimplemento, passando a abarcar as hipóteses de *culpa post pactum finitum*.

⁵MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 149.

⁶DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132-133.

Apesar da dificuldade da doutrina em atribuir a natureza da responsabilidade, esta corrente de pensamento entende ser o regime contratual é o mais propenso a responder à preocupação de não alterar as previsões legítimas das partes⁷. Vinculada a responsabilidade ao regime contratual, os danos somente adviram se relacionados ao objeto do contrato ou à expectativa criada no parceiro contratual, o que reduziria as incertezas.

Evidente, portanto, a divergência doutrinária, que confirma a necessidade de clarificar os limites que permeiam a incidência dos deveres laterais de conduta decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.

Para a análise crítica de qual modelo melhor se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro, no capítulo IV se imiscuir-se-á sobre os contornos da responsabilidade civil delitual e contratual - aquela, com fulcro no *nenimem laedere*; esta baseada no inadimplemento – bem como sobre as bases da teoria do violação positiva do contrato de Hermann Staub. Assim, se concluirá se a *culpa post pactum finitum* se adequa a algum dos sistemas, ou se se trata de uma terceira via da responsabilidade civil.

Também se verifica divergências doutrinárias com relação aos danos e às possíveis ações que possam ser adotadas pelo prejudicado. Com a conduta que viola o programa contratual na fase pós-contratual, surgiria a possibilidade do prejudicado pleitear o cumprimento do dever lateral através de ação cominatória, ou apenas indenização pelos prejuízos sofridos em razão da violação? Caso a ofensa não acarrete danos, pela jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça não seria possível a condenação fundamentada exclusivamente na função punitiva. Então, nessa hipótese, nada se poderia fazer contra a violação?

Vê-se, portanto, que o ato de impor deveres não previstos expressamente, especialmente em momento posterior ao cumprimento da prestação principal, suscita diversas indagações quanto à identificação do exato momento dito pós-contratual; ao fundamento de criação ou manutenção desses deveres, à sua natureza jurídica; à quantificação dos danos e suas consequências.

Esses são os pontos que se pretendem enfrentar nesta dissertação, expondo, sempre que possível, a posição hodierna dos Tribunais pátrios sobre o instituto da *culpa post pactum finitum*.

⁷JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – L.G.D.J, 2016. p. 396. (Bibliothèque de droit privé; t. 573).

Busca-se, assim, estabelecer um conceito suficientemente preciso – mas não exaustivo dada a dinamicidade do conceito de boa-fé – sobre a responsabilidade civil pós-contratual. Somente assim será possível dar ao sistema a segurança jurídica necessária para relações contratuais hodiernas.

CAPÍTULO I. FONTES DO DIREITO PRIVADO

1. Liberdade contratual e sistema jurídico aberto

Tratando o presente estudo da responsabilidade civil pós-contratual por descumprimento de deveres laterais pós-eficazes e, por isso, não previstos de forma expressa no instrumento contratual, torna-se necessária uma abordagem inicial sobre as fontes do direito privado, mormente, sobre o conteúdo do relacionamento entre as partes contratantes.

Como se sabe, tais fontes, tradicionalmente, se consubstanciariam na lei e na vontade. O problema retratado por Couto e Silva como a crise da teoria das fontes consiste justamente na admissão de princípios considerados metajurídicos no campo da ciência do Direito, mitigando-se a noção de sistema fechado, baseado em raciocínio dedutivo e lógica cartesiana. Por consequência, tais princípios passaram igualmente a comandar o nascimento e desenvolvimento das obrigações, de modo que se impõe seu estudo conjunto, haja vista a mútua relação⁸.

Em escorço histórico, a concepção clássica de contrato é fruto do desenvolvimento do direito após a Idade Média, culminando com a Revolução Burguesa de 1789⁹, cuja paixão pela liberdade era fruto do pensamento jusracionalista, o qual exerceu forte influência sobre a história do direito, em função de seu traço metodológico-sistemático e sua emancipação em relação à teologia moral, libertando a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média, dando-lhe sistema interno e método dogmático específico¹⁰.

O regime pré-revolução burguesa era estratificado e rígido, de modo que o nascimento em determinada classe ou ordem condicionava o destino social, econômico e jurídico da pessoa. Por outro lado, o moderno regime, pautado em valores burgueses, liberaria o indivíduo da ideia de *status*, atribuindo-lhe capacidade de, pela vontade e liberdade, construir sua própria posição na sociedade. O contrato, baseado em sua vontade,

⁸SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 65.

⁹GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da clausula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014. p. 31.

¹⁰WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Traducción de Jose Luiz Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1977. p. 306-310.

seria o instrumento de edificação do destino individual. Compreensível, portanto, a expressão de Henry S. Maine: do *status* ao contrato¹¹.

O positivismo científico (e posteriormente legalista), por sua vez, apregoava que as normas jurídicas e a sua aplicação se dão exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceber valores ou objetivos extrajurídicos¹².

A questão da justiça do direito, então, já influenciada pelo pensamento Kantiano, passou a se fundar na autonomia moral do indivíduo e na sua vontade, como forma a tornar possível o exercício pleno da liberdade individual¹³. Isto é, residiria na vontade humana a fonte de qualquer operação no mundo do direito; apenas pela vontade as pessoas seriam vinculadas às prestações. Como consequência, uma ordem jurídica se constituía em um sistema fechado de institutos e normas, independentemente da realidade social em que inserida.

A plenitude do sistema, obtida através do polimento incessante dos conceitos, permitiria ao juiz decidir as situações jurídicas tão-somente através do pensamento lógico de subsunção¹⁴. Malgrado as deficiências posteriormente reconhecidas neste sistema, não há como se negar que, na visão da sociedade à época, a lei e o sistema fechado eram vistos como baluarte contra o arbítrio do líder da nação¹⁵.

Conforme afirma Fernando Scaff, a busca pela superação das estruturas vinculadas às monarquias, exigia a criação de instrumentos destinados à efetivação do poder da burguesia ascendente e a noção da prevalência da vontade, mitigada na relação entre súdito e soberano, tornava-se expressão de liberdade e igualdade entre as pessoas¹⁶. A noção religiosa de igualdade de todos frente ao Criador é substituída por uma igualmente perante a lei e proveniente da lei, como produto da *volonté generele*¹⁷.

¹¹ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 38.

¹²WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 492.

¹³*Id. Ibid.*, p. 402.

¹⁴*Id. Ibid.*, p. 497-498. O autor cita, ainda, que críticos do positivismo, como Heck e Isay, viam o juiz, ironicamente, como um autômato da subsunção, cuja imagem, lembraria, remotamente, as calculadoras eletrônicas da atualidade.

¹⁵*Id. Ibid.*, p. 526.

¹⁶SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 91, p. 143, jan./dez. 1996.

¹⁷MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 181-187.

Com efeito, sendo os homens iguais perante a lei, esta deve ser geral, abstrata e aplicável a todos indistintamente, obtendo sua forma através dos Códigos, que seriam conjuntos unitários de leis provindas de uma só fonte¹⁸. Conforme assevera Judith Martins os enunciados formaram um sistema interno e externamente fechado. Internamente, porque todos seus elementos são conectados, inexistindo espaços para lacunas – que seriam apenas aparentes. E externamente, porque não seriam admitidas as pluralidades de fontes¹⁹.

Neste cenário, a menção à ‘princípios’ não era utilizada como fonte de abertura do sistema. Ao revés, era tida como método de fechamento do sistema, prevendo o último modo pelo qual se colmatariam as indesejáveis lacunas. Logo não representavam valores metajurídicos, mas sim eram limitados à própria estrutura semântica do Código²⁰.

Vê-se, portanto que o voluntarismo (ou autonomia da vontade), foi o instrumento de luta contra as antigas estruturas feudais e corporativistas, tornando-se símbolo da liberdade²¹.

O *Code Civil*, primeiro grande código da modernidade, constituiu produto da vitória obtida pela Burguesia com a Revolução de 1789. Nessa perspectiva, o contrato, baseado na vontade, não se tratava de mero instrumento técnico-jurídico, mas representava o símbolo de determinada ordem social. Maine, ao expressar “do *status* ao contrato”, o elevava ao eixo fundamental da sociedade liberal. As exigências da economia capitalista não eram compatíveis com a forma de produção do antigo regime. Fazia-se necessário, portanto, o deslocamento das riquezas disponíveis, em especial, a propriedade imobiliária da nobreza e do clero (seus titulares até então), para a burguesia ascendente²².

A transferência dessas riquezas se tornou possível apenas por meio do contrato e da liberdade de contratar, baseada no consenso entre as partes, porquanto significava, por um lado, a possibilidade da burguesia adquiri-los sem grandes atritos e, por outro, uma garantia às velhas classes proprietárias, de que não seriam despojadas de seus bens sem sua vontade²³.

Se, por um lado, no *ancien régime* de economia pré-capitalista, a ingerência do Estado era forte nas relações pessoais, pela economia capitalista é apresentado um modelo

¹⁸MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 169-170.

¹⁹*Id. Ibid.*, p. 170.

²⁰SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 39. (Biblioteca de teses).

²¹JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. 8. tir. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 76.

²²ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 45.

²³*Id. Ibid.*, p. 46.

com grande espaço para a iniciativa privada e autocomposição das forças do mercado, com pouca regulamentação pública. Os únicos limites, na economia capitalista, eram a manutenção da ordem, da moral e dos bons costumes²⁴, bem como a proteção à livre manifestação da vontade, sendo anuláveis os atos eivados de vício. De resto: *laissez-faire*²⁵.

A boa-fé, já prevista nesta codificação em seu artigo 1.134 do *Code Civil*, não se constituía, portanto, em meio de flexibilização do ajuste, mas sim de reforço; de cristalização da lei²⁶, com raízes na *bonae fidei iudicia*, já influenciada pelo direito canônico²⁷.

A vontade, portanto, foi erigida a verdadeiro dogma; com fulcro na noção de que os homens eram igualmente livres para contratar, tornando-se elemento essencial do contrato e fundamento da força obrigatória, servindo, ainda, como garantia de equidade das prestações²⁸. Célebre a frase de Fouillée, resumindo o pensamento prevalente: “*qui dit contractuel, dit juste*”.

Não obstante, a pretensa igualdade era muito mais formal que material. As distinções fáticas, econômicas e sociais, atribuíam a uma das partes melhores condições negociais, de modo que o conteúdo do contrato não era livremente consentido, mas imposto pela parte mais forte²⁹.

Isso foi percebido no âmbito dos contratos de trabalhos, nos quais o trabalhador recebia parte de seu salário em crédito para consumo no estabelecimento do empregador, bem como na utilização dos contratos *standard* (ou contratos-padrão)³⁰. Não obstante estes tenham o mérito de permitir a realização de um número maior de negócios jurídicos, facilitando o tráfego e funcionando como fator de racionalização e economicidade, por vezes, o contratante mais forte – via de regra, empregadores e fornecedores – obtinha excessivas vantagens em detrimento do parceiro contratual, que se via obrigado a aceitá-las, em decorrência das desigualdades econômicas e sociais. Nas relações de consumo,

²⁴ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 47.

²⁵*Id. Ibid.*, p. 38.

²⁶MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 206.

²⁷No capítulo II será efetuado um esboço histórico da boa-fé, abordando-se a figura da *bonae fidei iudicia*. Contudo, o que se revela, neste momento, é que a doutrina da época, ao examinar a menção à boa-fé feita pelo *Code Civil*, vinculava-a ao dever de cumprir a palavra dada, que nada mais é do que expressão da vontade. A boa-fé, aqui, ainda não era entendida com dever de lealdade para com o outro contratante, fazendo surgir deveres de conduta; mas sim como reforço à obrigatoriedade dos contratos.

²⁸RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté*. Paris: Presses Universitaire de France, 1980. p. 133

²⁹SCAFF, Fernando Campos. *As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade*, cit., p. 143.

³⁰GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

adicionalmente, a ausência de conhecimento do consumidor sobre as características do produto, o tornava mais vulnerável nas relações³¹.

O mesmo se verificou com os monopólios, cujo existência acreditava-se ter sido extinta, não adentrando em uma economia competitiva³². Porém, os grandes sindicatos patronais, alguns até criados por lei, conduziram à situação na qual a liberdade dos mais fortes se transformaria na privação da liberdade dos mais fracos³³.

Tem-se, portanto, que os negócios jurídicos já nasciam com mácula em seu sinalagma genético. Contudo, perante as diretrizes do Estado liberal, como não se vislumbrava vício na manifestação de vontade, o contrato era válido.

Na lição de Wiecker, o positivismo jurídico do Século XIX tinha instituído um sistema fechado de direito privado que deixou de ser capaz de manter sua supremacia no Século seguinte. Por detrás da unidade do sistema, havia a aspiração da burguesia de ter a si mesma como representante da sociedade nacional. O direito do trabalho desse período, o pluralismo político e principalmente o direito de emergência da primeira guerra mundial, que impôs sérias restrições à liberdade contratual e à utilização dos bens, acabaram por desfazer essa pretensão³⁴.

O novo direito social³⁵ que quebrou o predomínio do direito privado surgiu a partir das necessidades de uma função dirigente do Estado, nos espaços em que a livre concorrência falha e a solidariedade social é ameaçada³⁶. O dogma da vontade, base até então da autonomia e da justiça contratual, acaba por ceder espaço à ideia de que o contrato possui uma dimensão social que vai além do declarado pelas partes.

A necessidade de intervenção estatal se impôs como meio necessário para garantir efetivo equilíbrio contratual, beneficiando aqueles que não se aproveitam da igualdade classicamente imaginada³⁷.

Perspícua é a conclusão de Véronique Ranouil:

“Le principe de la liberté des conventions doit, par conséquent, demeurer, et le contrôle des tribunaux, être exceptionnel. La raison n’en n’est pas que les contrats possèdent, comme actes de volonté une valeur absolue,

³¹ATIYAH, P.S. *The rise and fall of freedom in contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979. p. 623-624.

³²*Id. Ibid.*, p. 616-617.

³³WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, *cit.*, p. 631.

³⁴*Id. Ibid.*, p. 630-631.

³⁵Expressão antecipada por Otto Von Gierke, conforme informa Wiecker (*História do direito privado moderno*, *cit.*, p. 632).

³⁶*Id. Ibid.*, p. 632.

³⁷SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade, *cit.*, p. 144.

mais qu'une présomption de justice leur est attachée. Cette présomption est simple. Si elle se trouve contredite par les faits, le juge doit toujours pouvoir intervenir pour rétablir l'équité dans le contrat. Car, 'en matière de contrat il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice ; la liberté n'est qu'un moyen en vue du juste''³⁸

A progressiva limitação da liberdade contratual realizada pelo Poder Público é a marca da passagem do Estado Liberal para o Estado Social³⁹. A igualdade jurídica conserva sua plena validade, entretanto, a liberdade de determinação do conteúdo do regulamento contratual deve ser controlada para garantir uma relação justa, porquanto, a autonomia da vontade é fundamentalmente subordinada à solidariedade social⁴⁰.

Com efeito, atraiu-se para o campo do direito, valores que antes eram relegados a outras ciências, abrindo-se o sistema jurídico. Os valores, na lição de Guido Alpa, constituem um critério descritivo que dão fundamento às normas e as regras criadas pela jurisprudência. Apesar de não constituírem fonte autônoma de direito, eles podem, isto sim, ser reconstruídos através de processo indutivo, obtendo-se os princípios gerais⁴¹.

Assim, deve ser fazer uma ressalva em relação a noção de justiça contratual, que pode ser entendida como um valor, para diferenciar noções distintas. Ao falar-se em justiça dentro do relacionamento, ela se relaciona com o sinalagma das cláusulas contratuais as consequências da alteração das circunstâncias. Já em um segundo conceito, a justiça não leva em consideração o contrato como um assunto privado, mas sim como uma operação que deve proteger até mesmo as categorias mais fracas (noção coletiva). Esta última que corresponderia a uma política de direito não individualista, mas coletiva; busca proteger as categorias hipossuficientes; direitos fundamentais e objetivos sociais⁴².

Nessa ordem de ideais, Guido Alpa contrariando certas perspectivas, afirma que não é a justiça social ou "coletiva" que exige a observância da boa-fé. Esta cumpre uma tarefa dentro do contrato e obedece à dinâmica da operação econômica. A ordem pública é que

³⁸RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté, cit.*, p. 147. Tradução livre: "O princípio da liberdade das convenções deve, portanto, permanecer intacto, e o controle dos tribunais, ser excepcional. A razão não é que os contratos possuem, como atos de vontade, um valor absoluto, mas que uma presunção de justiça está ligada a eles. Esta presunção é simples. Se for contrariada pelos fatos, o juiz deve sempre ser capaz de intervir para restaurar a justiça no contrato. Porque, "em termos de contrato, há apenas um princípio absoluto: é justiça; a liberdade é apenas um meio para o justo".

³⁹ROPPO, Vincenzo. *Il contratto, cit.*, p. 47.

⁴⁰BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2015. v. 3, p. 32-34.

⁴¹ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale: fonti, teorie, metodo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2014. p. 417.

⁴²*Id. Ibid.*, p. 418.

refletiria a ideia de justiça coletiva; nela se encontram as restrições à liberdade contratual, evitando que possam se expandir para além dos valores constitucionalmente protegidos⁴³, através de imposições legislativas destinadas à tutelar grupos de contratantes; e não contratantes determinados.

Destarte, evidencia-se que os princípios clássicos do contrato perderam seu caráter absoluto, sendo contrapostos, ou ao menos mitigados; relativizados, pelos ditos princípios sociais, que seriam a boa-fé objetiva; a equivalência material dos contratos e a função social do contrato⁴⁴.

No direito norte-americano, pela doutrina da *consideration*, tem-se que o fundamento para a vinculação da promessa, consiste, justamente, no fato de ser realizada em uma barganha; em uma troca de prestações que foram aceitas pelas partes (*bargained Exchange*)⁴⁵.

Acrescente-se, ainda, que a justiça contratual pode ser aferida pela clássica divisão aristotélica de justiça comutativa e distributiva. Pela primeira é que se buscaria o equilíbrio das relações. Nas trocas, cada parte deve receber o equivalente ao que dá. Essa concepção de justiça remete o interprete à noção de equilíbrio contratual. No direito civil, a força vinculante dos contratos, os interesses de segurança e a distribuição dos riscos servem a esse propósito de justiça comutativa⁴⁶.

Por sua vez, pela segunda concepção de justiça (distributiva), conforme ensina Jaluzot, o legislador seria incentivado a proteger certas categorias de pessoas que são particularmente vulneráveis. Há alguns anos, essa vulnerabilidade seria verificada em razão da classe social ou financeira da pessoa, que não a permitia discutir ou recusar o contrato. Hoje, contudo, o que mais se percebe é uma desigualdade de natureza psicológica: a desigualdade na informação⁴⁷, que pode ocorrer independentemente da classe social em que inserido o contratante.

A liberdade contratual, assim, não pode mais ser concebida de modo absoluto, através das três vertentes pelas quais anteriormente se manifestava (quando contratar; com quem

⁴³ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale: fonti, teorie, metodo, cit.*, p. 418.

⁴⁴GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato, cit.*, p. 14.

⁴⁵ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M.; MALLOY, Michael P. *Contracts in a nutshell*. 8th ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017. p. 119.

⁴⁶JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*. Paris: Ed. Dalloz, 2001. p. 256. (Nouvelle Bibliothèque de thèses).

⁴⁷*Id. Ibid.*, p. 255.

contratar e o que contratar). Basta se recordar das hipóteses de contratação obrigatória⁴⁸, renovação do contrato de locação não residencial⁴⁹, dos serviços monopolísticos⁵⁰, e as contratações de massa, com a utilização de contrato *standard*⁵¹.

A grande parte das novas legislações referentes aos contratos tem por finalidade a regulação de algum setor do mercado, restringindo, de certo modo, a liberdade contratual. Mas isto não significa que esta tenha perdido sua importância. Apenas a liberdade do contraente mais forte é limitada como forma de recuperação da liberdade do contraente mais fraco. Note-se, vinculada à justiça distributiva.

Nesse processo, assume cada vez mais relevância o pertencimento do contratante a determinada categoria social. Por exemplo, tratando-se de consumidor, haverá a incidência de normas protetivas do diploma específico⁵², em virtude da presunção de vulnerabilidade (art. 4^a, inciso I, do CDC). Nos contratos de trabalho e de locação⁵³, igualmente, o legislador interveio regulando a relação entre as partes. Percebe-se, portanto, um fenômeno inverso ao da Revolução Burguesa, seria um caminho “*dal contato allo status*”⁵⁴.

Contudo, não no mesmo sentido da submissão entre o monarca e o vassalo. Mas sim, como imposição estatal de normas restritivas com a finalidade de reequilibrar a relação, garantindo a justiça contratual. É sempre atual a advertência do Padre Lacordaire, lembrada por Claudio Godoy: “*entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime e a lei que liberta* (‘*entre le fort e le faible c’est la liberte qui oppime et la loi qui affranchit*’)”⁵⁵.

⁴⁸Como o seguro obrigatório previsto no art. 20 do DL n° 73/66 (BRASIL. *Decreto-Lei n° 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. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.). A Medida Provisória n° 904/2019 revogou a alínea “I” do referido artigo 20, que referia-se ao seguro de “danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não”. No entanto, o E. STF, em sessão do dia 20/12/2019, nos autos da ADI n° 6.262, suspendeu liminarmente os efeitos da referida medida provisória. De qualquer forma, certo é que o mencionado artigo 20 ainda prevê outras hipóteses de contratação obrigatória.

⁴⁹Lei n° 8.245/91, art. 51. BRASIL. *Lei n° 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

⁵⁰Art. 177 da Constituição Federal.

⁵¹GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, cit., p. 13.

⁵²No caso brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor. Segundo Rizzatto Nunes, para se interpretar corretamente a Lei consumerista, é necessário ter em mente que está atrelado ao sistema de produção massificado. Possui, portanto, um sistema próprio, com autonomia às demais regras, mas logicamente submetido aos parâmetros normativos das Constituição (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 159-162).

⁵³Cita-se, em favor do locatário, a impossibilidade do locador de reaver o imóvel por mero alvedrio. Em favor do locador, previu-se a possibilidade de correção monetária do aluguel (art. 17 e 19 da Lei n° 8.245/91).

⁵⁴ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 48.

⁵⁵GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, cit., p. 21.

Na linha do pensamento de Canaris, citado por Menezes Cordeiro⁵⁶, o sistema jurídico passou a representar uma ordem teleológica formada por princípios e axiomas. Diz-se, então, que o sistema tornou-se aberto. Extensivamente, porque reconhece a sua não plenitude, havendo questões para as quais não existe uma redução dogmática prévia. E intensivamente, porque o sistema compatibiliza-se com a inclusão de elementos materiais que lhe sejam estranhos. A concretização da boa-fé objetiva bem comprova essas aberturas. *A culpa in contrahendo* e *a culpa post pactum finitum* evidenciam a abertura extensiva, posto que situadas em *locus* fora do sistema⁵⁷, mas que lograram encontrar uma decisão. Já a *supressio* e o exercício inadmissível de posição jurídica igualmente evidenciam a abertura intensiva, dando eficácia a fatores não incluídos no sistema.

Assim, a decisão judicial não pode mais ser obtida somente através de uma dedução lógica a partir do sistema, como propunha a jurisprudência dos conceitos ou escola da exegese. Nesse domínio, surge a jurisprudência dos interesses, propondo que a cada norma legal subjazeria um ato de valoração de interesses, já realizado pelo legislador, para a sua correta aplicação⁵⁸. Pietro Perlingieri aduz, ainda, a uma jurisprudência dos valores, que seria a continuação natural da jurisprudência dos interesses, porém com maior abertura às exigências necessárias para realizar a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais⁵⁹.

Vislumbra-se, ainda, outras características do sistema jurídico nessa nova realidade⁶⁰. Seria móvel, consistente na ideia de ausência de hierarquia intra-sistemática. Em um concurso de normas, apenas concretamente, face à intensidade com que fossem chamadas, seria possível sua graduação⁶¹. Diz-se, ainda, que seria heterogêneo, porquanto, baseado em princípios e valores, apresenta zonas com diferentes intensidades, que vão desde a previsão

⁵⁶MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015. p. 1261-1264.

⁵⁷Isso, ao tempo de sua consagração. Hodiernamente alguns ordenamentos jurídicos já preveem a incidência da boa-fé objetiva nas fases pré e pós-contratuais. O Código Italiano, no art. 1337 positiva que: “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”. Tem-se, ainda, o Código Civil de Quebec que em seu art. 1.375, dispõe que: “*La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant u moment de la naissance de l’obligation qu’á celui de son exécution ou de son extinction*”.

⁵⁸WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 667.

⁵⁹PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32.

⁶⁰MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1262-1263.

⁶¹No direito brasileiro, ter-se-ia a hipótese do enriquecimento sem causa nos contratos eivados de nulidade formal (equivalente ao art. 289º do Código Português).

integral, até a própria lacuna ou contradições de princípios. Por fim, o sistema seria cibernético, respondendo aos impulsos das informações recebidas.

Sob esse prisma, pondera-se sobre essas informações e se apura, para o problema, se o sistema possui um vetor claro; uma cláusula geral; um conceito indeterminado ou se, simplesmente, há lacuna. Não sendo possível o preenchimento por um comando determinado, será necessário abrir as portas à integração extra-sistemática, por meio dos conceitos indeterminados ou cláusulas gerais⁶².

Consoante narra Jaluzot, Zittelmann, um dos membros da comissão que preparou o projeto do Código Civil Alemão, chegou a declarar ser melhor o absolutismo da lei que um absolutismo do juiz; melhor ser decidido pela lei, do que ser entregue ao poder de apreciação⁶³.

Entretanto, vozes em contrário se levantaram na aludida comissão, afirmando que seria razoável que a lei previsse válvulas de escape; espaços deixados livres à valoração judicial, para a intervenção das forças da vida⁶⁴. Interessante notar que foi justamente as cláusulas gerais existentes no BGB, em especial a boa-fé objetiva prevista no §242º, que permitiu a colaboração da jurisprudência tedesca, na transformação da moral liberal em outra mais adequada às ideias do Estado Social⁶⁵.

Menezes Cordeiro, afirma, ainda, que:

*“Sempre que, a nível de decisão, haja de utilizar elementos extra-sistemáticos, por indeterminação ou lacuna irredutíveis dentro da economia do próprio sistema, obtém-se elementos novos, a transmitir ao núcleo sistemático. Abre-se caminho, num esquema que a história da boa-fé bem permitiu documentar, para a formação, com base nas realidades exteriores, de novos princípios ou para o remodelar dos existentes”*⁶⁶

Assim, a sistemática atual, apesar de predominantemente dedutiva, possui margem para o pensamento tópico; para as soluções casuísticas, do que pode resultar a formação de novos princípios e novos institutos⁶⁷.

⁶²MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1263.

⁶³JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 394.

⁶⁴*Id. Ibid.*, p. 394.

⁶⁵WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 596-597. Conforme afirma o mesmo o autor, apenas a partir de 1933 é que a atuação política iniciou a utilização demagógica e arbitrária dessas cláusulas.

⁶⁶MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1264.

⁶⁷SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 69.

É bem verdade, conforme aponta Cláudio Luiz Bueno de Godoy, que hodiernamente importante parte da doutrina identifica uma nova fase, dita pós-moderna, resultado de formas mais fluídas de estruturação da civilização, em razão da internacionalização dos mercados, ultrapassando as fronteiras jurídicas de cada Estado. Junqueira de Azevedo⁶⁸ narra que estar-se-ia diante de um novo paradigma, consistente na “fuga do Juiz”.

Com a revolução burguesa, o paradigma passou a se basear exclusivamente na lei, sendo o juiz apenas *la bouche qui prononce la parole de la loi*⁶⁹. No começo do século XX esse paradigma foi substituído por outro, denominado “sistema aberto”. Neste, o ponto central não era mais a lei, mas sim o juiz, valendo-se o sistema das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, em especial, função social, ordem pública, interesse público e boa-fé objetiva (denominados por Junqueira de Azevedo de ‘bando dos quatro’). Porém, o paradigma pós-moderno é o da solução do caso concreto em tempo razoável, para isto, tem ocorrido a “fuga do juiz”, nos casos em que este não é essencialmente necessário. Ao Judiciário compete decidir os conflitos reais; os *hard cases*. Não havendo a necessidade do julgador, não seria preciso um juiz⁷⁰.

Esse movimento é verificado em diversos segmentos⁷¹, não apenas na lei de arbitragem. O próprio Código de Processo Civil, além de manter o inventário e partilha extrajudiciais, autoriza, igualmente, que a usucapião não contestada seja reconhecida sem a presença do juiz (Art. 1.071, que acrescentou o art. 216-A à Lei nº 6.015/73). O mesmo fenômeno se dá com a edição do Provimento nº 63/2014 do Conselho Nacional de Justiça, pelo qual se permitiu às serventias extrajudiciais reconhecerem e registrarem a paternidade socioafetiva e decorrente de reprodução assistida, sem intervenção judicial.

⁶⁸JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código Aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 156.

⁶⁹JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 276.

⁷⁰JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código Aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos, cit., p. 156.

⁷¹Parte da doutrina já defende, por exemplo, a desjudicialização do processo de execução. Neste o juiz não realiza propriamente atos cognitivos, mas simplesmente localiza de bens para satisfação da obrigação. Eventual irregularidade neste processo deve ser arguida por meio dos Embargos, que possuem natureza jurídica de nova ação; esta sim, essencial seja submetida ao magistrado. Esse fenômeno já é verificado em alguns países europeus. Na França, por exemplo, os atos executivos materiais são realizados por um profissional liberal denominado *Huissier de justice* (LES HUISSIERS de Justice. Disponível em: <https://cnhj.huissier-justice.fr>), formado em direito e aprovado em exames específicos, após período de estágio. No Brasil, o que se vislumbraria, seria eventualmente a possibilidade da transferência desses atos materiais da execução aos Tabeliães de Protesto – até porque, são profissionais do direito, fiscalizados diretamente pelo Poder Judiciário, e submetidos às normas de serviço editadas pelas Corregedorias Gerais de Justiça. Essa proposição é objeto do PL nº 6204/2019 do Senado Federal.

Contudo, ressalva Junqueira de Azevedo que os conceitos do segundo paradigma continuam a ser aplicados, mormente nos contratos existenciais, que reclamam maior atenção à cooperação das partes e à dignidade da pessoa humana. Porém, dentro do paradigma pós-moderno, tais conceitos exigem diretrizes materiais, e não apenas um mero jogo de palavras.

Nesse novo desenho do paradigma, a intervenção do Estado nos efeitos produzidos pela vontade representa a grande transformação em relação aos ideais do Liberalismo. Contudo, não significa tenha sido a vontade, ou o vínculo por ela criado, anulados; pelo contrário, significam um reforço. Anular um contrato abusivo é prestar homenagem ao contrato livremente concluído⁷².

Assim, no âmbito do Estado Social (*welfare state*) o que se busca é uma conciliação da lógica econômica com os princípios redistributivos de equilíbrio e solidariedade, deixando de ser a vontade das partes (liberdade contratual), a fonte única da relação contratual. Garbi, citando a lição de Ronaldo Porto Macedo Jr., afirma existirem espaços para a coexistência de regras de julgamento de matriz liberal e de matriz social⁷³.

2. Fontes do regulamento contratual

Das clássicas lições preliminares de Miguel Reale, extrai-se que a experiência jurídica não é formada apenas por normas legais e leis de caráter genérico. Existem igualmente normas particulares e individualizadas, que se ligam aos participantes de determinada relação. São as normas contratuais, comumente designadas ‘cláusulas contratuais’. Essas normas resultam do fato de que, em qualquer ordenamento jurídico, o ser humano, pela sua própria natureza, possui uma esfera de liberdade para estipular negócios, dentro dos limites da lei, visando alcançar seus interesses⁷⁴. Trata-se da autonomia privada.

O contrato é conceituado por Menezes Leitão como um acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais manifestações de vontades, contrapostas, mas harmonizáveis entre si, estabelecendo uma regulação unitária de interesses⁷⁵. A doutrina italiana caracteriza-o,

⁷²GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*, cit., p. 41.

⁷³*Id. Ibid.*, p. 42.

⁷⁴REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 179.

⁷⁵LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra, PT: Almedina, 2009. v. 1, p. 187.

também, por sua patrimonialidade. Apenas haverá contrato se o objeto da relação foi suscetível à apreciação econômica. Ausente essa característica, não se enquadrará no conceito de contrato, embora possa, ainda, pertencer à categoria do negócio jurídico⁷⁶.

Não difere muito sua conceituação na *common law*. Para P. S. Atiyah a criação do contrato depende das partes alcançarem um acordo, com termos reconhecidos pelo direito. Antes disso, seria necessária uma relação de proposta e contrapropostas, até que se chegasse a definição de termos que ambas pudessem aceitar⁷⁷.

O contrato, portanto, considerado com manifestação de vontade, representa as regras que as partes criam para se autoregularem. E, pelo estudo interrelacionado dos requisitos do contrato e seus efeitos, obtem-se sua essência, qual seja: a sistematização dos interesses das partes. O regulamento contratual é justamente essa sistematização⁷⁸.

Consoante já se expôs no capítulo precedente, a vontade dos contratantes, doravante, não é tida como a fonte única dos contratos, sendo limitada ou coadjuvada por outros elementos.

Roppo já observava esse fenômeno ao dispor que o dogma da *vontade* – entendido, em sentido estrito, como mero modo de ser da *psique* exteriorizada por algum meio – não se confunde com a *autonomia privada*, consistente nos interesses dos contratantes. A fim de se garantir a autonomia e liberdade dos contraentes, não se faz necessário prestar obséquio absoluto e incondicionado à tomada de decisões psíquicas⁷⁹.

Como exemplo dessa noção de autonomia privada, expõe o caso de contraentes que, em contrato de compra e venda, consentem sobre a coisa e o preço (*res, pretium e consensus*). Contudo, no momento da execução, surge controvérsia em relação ao tempo e lugar da prestação. Qualquer posição adotada para a solução da lide invariavelmente colidiria com a vontade atual dos contraentes. E, se levado ao extremo o dogma da vontade, o cumprimento da obrigação ficaria impossibilitado, frustrando-se os próprios interesses das partes. Com efeito, a lei, ao estabelecer a solução (no caso brasileiro, nos artigos 331 e 493 do Código Civil), malgrado não encontre fundamento na vontade em sentido estrito, acaba por viabilizar a operação econômica pretendida, realizando o programa da autonomia privada.

⁷⁶BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto, cit.*, p. 1-3.

⁷⁷ATIYAH, P.S. *An introduction to the law of contract*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1985. p. 42-43.

⁷⁸ROPPO, Vincenzo. *Il contratto, cit.*, p. 311-312.

⁷⁹ROPPO, Enzo. *O contrato, cit.*, p. 93 e 143.

Em face dessa concorrência, salutar o agrupamento das fontes do regulamento contratual em duas categorias: fonte autônoma e heterônoma. Mais clara, porém, a terminologia adotada por P.S. Atiyah, que, ao examinar as regras que devem ser observadas pelos contraentes, divide-as em: *contractual duties* e *non-contractual duties*⁸⁰.

Pela fonte autônoma tem-se o mais óbvio e importante efeito dos contratos: a partes tem o dever de cumprir aquilo pela qual expressamente se obrigaram. Consiste na prestação consignada no instrumento contratual, por meio da declaração de vontade. É o efeito da autonomia privada, nos limites impostos pelas normas de ordem pública. Sendo o contrato o acordo de vontades, a ausência desta o descaracteriza.

O Código Civil Português é expresso nesse sentido no seu artigo 405º, nº 1 ao dispor que, “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.”

Igual é o comando do artigo 1.322 do Código Civil Italiano⁸¹ e do artigo 1.1⁸² dos princípios de direito comercial internacional do UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*), que dispõem ser de faculdade das partes a determinação do conteúdo do contrato.

No Código Civil Brasileiro não há previsão específica sobre liberdade na definição do conteúdo do contrato. A liberdade contratual é prevista no artigo 421, que a menciona para, em seguida, limitá-la à função social⁸³.

Diversa não é a previsão nos países sob a jurisdição da *commom law*. A fonte autônoma consistiria nos *express terms*⁸⁴, que decorrem da própria barganha realizada para a celebração do contrato. Conforme decidido no caso *Champaign Nat’l Bank v. Landers Seed Co*, é possível que alguns termos contratuais estejam faltando ou não tenham sido

⁸⁰ATIYAH, P.S. *An introduction to the law of contract, cit.*, p. 144.

⁸¹*Codice Civile*: art. 1322/1. “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative).*”

⁸²Art. 1.1 UNIDROIT PRINCIPLES 2016: “*The parties are free to enter into a contract and to determine its content*”.

⁸³A redação original do art. 421 era criticada pela doutrina, conforme se verifica em: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato, cit.*, p. 123-124. Contudo, a lei 13.874/2019, atendendo a tais reclamos, corretamente suprimiu a expressão “em razão da”. BRASIL. *Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (...). Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

⁸⁴ATIYAH, P.S. *An introduction to the law of contract, cit.*, p. 153.

acordados, porém os termos essenciais devem ser certos, sob pena de não se ter um contrato⁸⁵.

Em outras palavras, a declaração de vontade não necessita ser exaustiva, prevendo todos os possíveis desdobramentos da relação. Porém, deve recair, ao menos, sobre a configuração mínima do contrato; sobre a definição de elementos essenciais, identificando-os. Trata-se muito mais de dever, do que faculdade das partes. A ausência do acordo de vontades sobre tais elementos impede que este seja reconhecido como contrato⁸⁶.

Com efeito, denota-se a relevância da manifestação da vontade no programa contratual. Malgrado haja influência de outras fontes, é a vontade que irá definir seus elementos mínimos e, conseqüentemente, as normas legais eventualmente aplicáveis.

Por meio da declaração de vontade é possível, inclusive, a definição das parâmetros para a interpretação, o preenchimento de lacunas e a integração dos negócios jurídicos, conforme reconhecido pelo artigo 113, §2º, do Código Civil, acrescentado pela Lei nº 13.874/2019.

No contrato de compra e venda (conforme exemplo acima), se não houvesse acordo – consenso – sobre a coisa e o preço, não haveria contrato. Este não existe sem a vontade. Essa é uma fonte necessária do regulamento contratual. Característica esta que a difere das fontes heterônomas, que são eventuais. É possível, ao menos em teoria, que todo o regulamento contratual seja previsto pela vontade das partes. Porém é inconcebível um contrato sem uma atuação, ainda que mínima, da vontade⁸⁷.

Grande dificuldade se verifica na identificação dessa manifestação nas hipóteses de contratação compulsória, como é o caso dos seguros obrigatórios para veículos automotores ou de responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo, denominado RETA (Decreto-Lei nº 73/66, art. 20, alínea “b” e “l”). Nestes, não só o conteúdo do contrato já está determinado, como a própria exigência de sua contratação. Considerando-se que contrato é acordo, surgem dúvidas quanto à sua consideração como tal.

Contudo, não é a lei que modificará a posição jurídica das partes, mas sim o contrato derivado de sua imposição. E, ao final, sempre será um ato de vontade do agente realizar a atividade econômica que acarreta a imposição do contrato (v.g. adquirir um carro). E nem se

⁸⁵HILLMAN, Robert A. *Principles of contract law*. 3rd ed. Saint Paul, MN: West Academic Publishing, 2004. p. 291, nota 122.

⁸⁶ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 430.

⁸⁷*Id. Ibid.*, p. 431.

diga que o condicionamento legal retira a existência da vontade, até porque, está nunca será completamente livre, conforme se demonstrou no capítulo precedente. Assim, mesmo com todas essas imposições de ordem pública, não se pode subtrair tais situações do âmbito contratual, malgrado o campo para a atuação da vontade seja quase nenhum⁸⁸ – como no caso do exemplo citado, que se limita a escolha entre adquirir, ou não, o veículo.

Quanto à sua exteriorização, a vontade pode ser manifestada por variadas formas (v.g. escrita, oral, conduta das partes, documentos eletrônicos etc.), e resulta de um comportamento concludente ou, nas hipóteses em que admitido, do silêncio circunstanciado.

Clássica a dicotomia entre *teoria da vontade* e *teoria da declaração*. Enquanto o direito francês seria partidário da teoria da vontade, o tedesco seria adepto da teoria da declaração.

Para a primeira – do dogma da vontade – se reconheceria a essência do contrato na vontade criativa do indivíduo. Esta, por certo, necessita da declaração para sua exteriorização, porém se em descompasso com a vontade real, não seria idônea à produção de efeitos. Já para a segunda – da declaração – o que constituiria o contrato seria a própria declaração, e não vontade – entendida, aqui, como o processo interno anterior⁸⁹. Eventual divergência não poderia ser oposta ao destinatário. Essa teoria, por priorizar a declaração à vontade, resultou na objetivação do contrato, tendo o mérito de atender a uma nova experiência comercial originada da Revolução burguesa.

Guido Alpa afirma, entretanto, que existe algo entre os extremos dessas teorias. A solução consistiria em guardar apenas a legítima expectativa do destinatário. Trata-se da teoria da confiança (*teoria dell'affidamento*), também integrante da noção objetiva de contrato, para a qual o destinatário de boa-fé deve ser capaz de confiar no significado comum, usual da declaração. Ausente a confiança justificada, a vontade, então, poderia ter o condão de obstar a produção de efeitos. Essa teoria, ainda, desempenharia um importante papel no direito, posto que reforçaria um dos seus princípios fundamentais: a proteção do destinatário de boa-fé⁹⁰.

Cita-se, ainda, outra teoria intermediária: a da *responsabilidade*. Nesta, ainda ligada à vontade, a declarante apenas responderia pelos danos decorrentes da divergência entre a

⁸⁸ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 49.

⁸⁹BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, cit., p. 19.

⁹⁰ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale: fonti, teorie, metodo*, cit., p. 133-134.

sua vontade e a declaração realizada, se tivesse laborado com culpa pela informação assimétrica.

Mas em verdade, o que se denota, independentemente da teoria adotada, é a necessidade de se resguardar a confiança gerada tanto no declarante, quanto no declaratório. Tanto o é, que ambas (teoria da vontade e da declaração) possuem diversas exceções aos seus postulados principais, visando tutelar a confiança. Junqueira de Azevedo, afirma, aliás, que as diferenças entre elas não são tão grandes quanto aparentam⁹¹. Após exposição de suas razões (cuja transcrição ultrapassaria os limites dessa dissertação), conclui que, independentemente da teoria adotada, não é a vontade, em si, que integra o negócio jurídico; mas sim sua exteriorização: a declaração. A diferença entre as teorias, em verdade, reside na determinação do grau de influência que a vontade (processo volitivo anterior) terá sobre a declaração⁹².

Com efeito, denota-se que as diversas teorias existentes prestam-se apenas a justificar as soluções adotadas nesta ou naquela legislação, mas não como seu fundamento. Ao se afirmar que o Código Civil Italiano adotou a teoria da confiança, diz-se, apenas, que a influência da vontade sobre a declaração é pequena⁹³.

Com relação ao direito brasileiro, o artigo 112 do Código Civil apenas aparentemente teria optado pela teoria da vontade. Conforme lição de Francisco Amaral⁹⁴, com a qual concorda-se, o Código Civil, tomando como ponto de partida a declaração de vontade, na qual a intenção se consubstancia, e possuindo a própria boa-fé objetiva como vetor de interpretação, deu prevalência da teoria da declaração, apesar de ressalvada a matéria relativa ao erro.

Dentro dessa noção objetiva do contrato, o regramento das partes é realizado em virtude de uma autorização do ordenamento jurídico e nos seus exatos limites. A vontade apenas é exercitável nos limites da autorização do sistema (art. 421 do CC).

Isto posto, conclui-se, assim, ser a declaração de vontade, no exercício da autonomia privada, a fonte autônoma do regulamento contratual. Trata-se do dever de cumprir a promessa realizada, cuja exigência está baseada na mútua confiança. Esse o elemento,

⁹¹JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 76.

⁹²*Id. Ibid.*, p. 87.

⁹³*Id. Ibid.*, p. 87.

⁹⁴AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 378-380.

inclusive, que permite às partes realizar aquilo que não seria possível na selva do individualismo⁹⁵.

Por outro lado, as fontes heterônomas se prestam a atenuar ou suplementar a autonomia privada. Inclusive, é essa a dicção do artigo 421 do Código Civil⁹⁶ ao limitá-la à função social do contrato.

Tais fontes constituem um grupo não homogêneo, que pode ser classificado em função de dois critérios: substancial, consistente na sua posição em face da autonomia privada, e procedimental, atinente ao modo pelo qual se opera⁹⁷.

Considerando que a autonomia privada somente pode ser exercida nos limites impostos pela lei, tem-se que, tomado o critério substancial, em uma primeira espécie estariam as normas de ordem pública, cogente, também denominados *mandatory terms*. Em variados sistemas jurídicos percebe-se sua existência, e por representarem políticas públicas fundamentais, não podem ser derogadas pelas partes. Neste campo não é permitido às partes negociarem por elas mesmas; devem observar o regramento legal⁹⁸.

Como salienta Larenz, neste grupo encontram, via de regra, as normas da parte geral, que fixam a capacidade das partes; os vícios do negócio jurídico, manifestação e recepção da vontade, a forma e a conclusão negocial. Também podem ser coativos alguns dispositivos destinados a complementar o regulamento contratual, como os princípios ético-jurídicos do tráfego negocial.⁹⁹

Exemplo dessa espécie de normas consta no Código Civil, o art. 122, que dispõe serem defesas as condições que “*privarem de todo efeito o negócio jurídico*”, e artigo 413 que determina a redução equitativa da cláusula penal fixada. O próprio dever de observância da boa-fé não pode ser derogado pelas partes, servindo, dentre outras funções, como limite à sua atuação¹⁰⁰.

⁹⁵FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2015. p. 21.

⁹⁶Nesse sentido o Enunciado 23 das Jornadas de Direito Civil: “*A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.*”.

⁹⁷ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 166.

⁹⁸ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M.; MALLOY, Michael P. *Contracts in a nutshell*, cit., p. 265.

⁹⁹LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 122.

¹⁰⁰Enunciado 363 das Jornadas de Direito Civil: “*Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.*”.

Malgrado os exemplos acima, o que se denota é que, usualmente, essas normas visam a proteção de grupos de pessoas vulneráveis no mercado que, individualmente, não seriam capazes de barganhar adequadamente. As normas contidas no Código de Defesa do Consumidor são dessa natureza. Por serem de ordem pública, conforme expressamente previsto em seu artigo 1º, não podem ser derogadas pelas partes.

Consoante bem lembra Ferreira da Cruz, o Código Consumerista foi concebido por força de comando normativo transitório (ADCT, art. 48), em conjunto com as normas Constitucionais (CF, art. 5º, XXXII, e 170, V), o que lhe atribui natureza de garantia fundamental indisponível, não sendo faculdade das partes optar ou não por sua aplicação¹⁰¹. Seus comandos impõem-se mesmo contra a vontade dos partícipes, podendo o magistrado aplicar-lhes *ex officio*, desde que, por certo, observe o regramento procedimental do artigo 10 do Código de Processo Civil¹⁰².

É o caso, outrossim, das normas de regulação do sistema financeiro, cuja observância, pelas Instituições nele atuantes, é obrigatória, em especial na estipulação dos valores cobrados dos clientes pela prestação de seus serviços¹⁰³. Possível mencionar, ainda, as legislações referentes aos trabalhadores – com a fixação de um piso mínimo de salário e direitos¹⁰⁴ – e aos locatários de imóveis residenciais¹⁰⁵, em demonstração evidente do caminho inverso ora traçado – *dallo contratto allo status*.

Noutro giro, em uma segunda espécie, residiriam as normas dispositivas que servem para completar o conteúdo do contratos em pontos não regulados pelas partes. São denominadas na *commom law* de *permissive rules*¹⁰⁶

A lei, por vezes, impõe determinados termos aos contratos, porém, permite que as partes o modifiquem no exercício da autonomia privada. Aqui, a vontade dos contratantes

¹⁰¹CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29.

¹⁰²NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 168.

¹⁰³A cobrança de tarifas pela prestação do serviço deve observar a Resolução BACEN nº 3.919/2010 (BRASIL. Banco Central do Brasil. *Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010*. Altera e consolida as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras (...). Brasília, DF, 2010. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2010/pdf/res_3919_v4_p.pdf. Acesso em: 13 dez. 2019), expedida em cumprimento à decisão do Conselho Monetário Nacional, com fulcro no artigo 9º da Lei nº 4.595/64. (BRASIL. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm. Acesso em: 13 dez. 2019).

¹⁰⁴Os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais foi alçado à categoria de direitos fundamentais, previstos no artigo 7º da Constituição, compondo, portanto, seu núcleo duro; as denominadas cláusulas pétreas.

¹⁰⁵Durante o período da locação regida pela Lei nº 8.245/91 são excepcionais as hipóteses de retomada do imóvel sem anuência ou falta contratual do locatário (Art. 9º).

¹⁰⁶ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M.; MALLOY, Michael P. *Contracts in a nutshell*, cit., p. 266.

possui o condão de alterar o regramento legal. Diversas são as hipóteses prevista no Código Civil, mormente em matéria contratual: a responsabilidade pela evicção (art. 448); o local da tradição da coisa vendida (art. 493); a entrega da coisa ao locatário em determinado estado (Art. 566, inciso I); o prazo do aviso prévio no contrato de prestação de serviço (Art. 599), dentre outros.

Por fim, ainda dentro da classificação supra, e com maior importância para o tema dessa dissertação, existem normas de aplicação supletiva, também denominadas *gap fillers* ou *default rules*¹⁰⁷, utilizadas apenas na ausência de regramento específico pelas partes. É verdade que as partes sempre buscam reger a relação contratual de maneira completa. Mas, não é menos certo que no mais das vezes apenas dispoem sobre o conteúdo essencial do contrato. Até porque, dificilmente poderão antever toda a gama de acontecimentos que podem ocorrer durante, e após, a relação contratual.

Essa circunstância, quase inevitável, origina as lacunas contratuais ou *gaps* que necessitam ser adequadamente integradas para possibilitar a satisfação do interesse das partes. Lembre-se que o regulamento contratual é a sistematização desse interesse.

A conservação dos contratos é princípio que deve ser observado pelo operador como decorrência de sua função social, conforme já reconheceu a doutrina no Enunciado 22 das Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “*A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.*”

Neste ponto, percebe-se, então, que as fontes heteronomas atuam justamente na preservação da autonomia privada, viabilizando a operação econômica pretendida.

Contudo, advertem Rohwer, Skrocki e Malloy que estes termos podem ser afastados não só pela disposição contratual¹⁰⁸, mas por quaisquer outros deveres que estas assumam, ainda que implicitamente por meio de seu comportamento. Ao comentarem sobre o regulamento contratual no sistema jurídico Norte-Americano, afirmam, em consonância com o até aqui exposto, que não existem apenas as cláusulas contratuais expressas (*express conditions*), mas também implícitas (*implied terms*) decorrerem da intenção das partes manifestada por meio de seu comportamento ou das circunstâncias da negociação, malgrado não exteriorizadas no instrumento contratual. Através da interpretação dos termos

¹⁰⁷ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M.; MALLOY, Michael P. *Contracts in a nutshell*, cit., p. 266.

¹⁰⁸*Id. Ibid.*, p. 266.

contratuais é que se obtém seus termos implícitos. Existem ainda os denominados *constructive terms*, cuja imposição provem da atuação judicial na integração do contrato, independentemente de qualquer intenção das partes¹⁰⁹.

Note-se, enquanto nos *implied terms* se busca a intenção das partes com base em sua conduta ou nas circunstâncias do negócio, nos *constructive terms*, diferentemente, impoe-se os termos padrões encontrados na lei ou interpretados pelos Tribunais como questões de política¹¹⁰. Neste último, o Tribunal poderá considerar o que as partes teriam acordado se tivessem antevisto o problema; os incentivos que determinada posição pode gerar no mercado e, até mesmo, a justiça contratual ou a proteção de terceiros.

Hillman bem observou que nem sempre é possível determinar com exatidão se o Tribunal está preenchendo uma lacuna contratual (*gap filling*) ou simplesmente interpretando as cláusulas contratuais a partir das circunstâncias negociais¹¹¹. De qualquer forma, na ausência de cláusulas expressas (*express terms*) ou implícitas (*implied terms*), qualquer termo contratual imposto pelo Tribunal seria considerado *constructive term*, como na hipótese prevista no §2-308 do U.C.C¹¹².

Tem sido reconhecido como um importante termo contratual implícito (*implied term*) a obrigação de atuar com boa-fé nas negociações e na execução do contrato (*duty of good faith and fair dealing*), a qual não possui um conteúdo pré-definido.

O *Uniform Commercial Code* conceitua que o dever de agir de boa-fé consiste em “*honestidade de fato e a observância de padrões comerciais razoáveis de negociação justa*”¹¹³. Pela dificuldade em definir o conteúdo da atuação de boa-fé, Hillman propõe uma análise pela negativa, ou seja, determinando o que seria a atuação de má-fé. Os Tribunais Americanos, ao examinarem o tema, o fazem dentro do campo da interpretação e integração (*interpretation and gap filling*), de modo que, ao definir os termos contratuais, vedam condutas contrárias à boa-fé.

¹⁰⁹ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M.; MALLOY, Michael P. *Contracts in a nutshell, cit.*, p. 260-261.

¹¹⁰*Id. Ibid.*, p. 263.

¹¹¹HILLMAN, Robert A. *Principles of contract law, cit.*, p. 292.

¹¹²U.C.C., §2-308: Unless otherwise agreed (a) the place for delivery of goods is the seller's place of business or if he has none his residence; but (b) in a contract for sale of identified goods which to the knowledge of the parties at the time of contracting are in some other place, that place is the place for their delivery; and (c) documents of title may be delivered through customary banking channels.

¹¹³O U.C.C dispõe em dois artigos sobre a boa-fé. No §2-103 : (...) (b) “*Good faith*” in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade. (...). E no §1-201 (...) (20) “*Good faith*,” except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing. (...).

Com efeito, a aplicação dessa previsão legal exige uma valoração judicial, tal como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro (art. 422 do Código Civil), a qual irá determinar não só o conteúdo, mas também as consequências do descumprimento da norma.

Vislumbra-se, conseqüentemente, o segundo critério para classificação das fontes heterônomas: quanto ao procedimento operacional. De um lado, tem-se hipóteses de normas rígidas e pontuais em seu conteúdo, reduzindo a possibilidade de valoração judicial. Na hipótese de lacuna contratual, basta sua aplicação direta para viabilizar a performance contratual. Do Código Civil Brasileiro é possível citar, como exemplo, o artigo 237, parágrafo único, que estabelece o direito aos frutos da coisa entre o credor e devedor e o artigo 492, que dispõe sobre a responsabilidade pelos riscos da coisa.

De outro, existem regras formuladas de modo genérico, indeterminado, impondo ao juiz um poder-dever de valoração no caso concreto. Aqui encontram-se os conceitos jurídicos indeterminados (v.g. a necessidade imprevista e urgente que autoriza a suspensão do comodato – art. 581 do C.C.) e as cláusulas gerais (v.g. a função social do contrato¹¹⁴ – art. 421 do C.C.)¹¹⁵.

Com maior interesse para a presente dissertação, a boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil igualmente consiste em uma cláusula geral, a qual impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a exigência de comportamento leal dos contratantes, conforme já declinado pelo Enunciado 26 das Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.

Não há como se discordar que a boa-fé, mesmo nas jurisdições da *commom law*, promoveu verdadeira transformação das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres. A concepção de sistema aberto perpassa pela noção de cláusulas gerais e seu papel na definição do conteúdo obrigacional, em especial, a boa-fé objetiva, cujas funções que lhe são atribuídas, servirão de base para a proposição dessa dissertação: o descumprimento de deveres pós-eficazes decorrentes dessa fonte heteronoma, qual seja, a *cláusula* geral da boa-fé objetiva, como fundamento para uma responsabilidade civil pós-contratual.

Nesse diapasão, passa-se ao exame da técnica legislativa das cláusulas gerais e sua aplicação pelos Tribunais, para, em seguida, inaugurando novo capítulo, iniciar-se o estudo quanto aos efeitos da boa-fé objetiva na relação obrigacional.

¹¹⁴Conforme lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy, in *Função social do contrato*, cit., p. 111.

¹¹⁵ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 166.

2.1. Cláusulas gerais; princípios e conceitos jurídicos indeterminados

Conforme já se discorreu nos capítulos precedentes, a ideologia de unidade do sistema jurídico estava calcada sob um Código Civil completo, hermético, harmônico e autorreferente, cuja interpretação de seus enunciados deveria igualmente refletir a unidade sistemática, tanto que prevista, na própria legislação, as formas de colmatação de lacunas.

Os grandes Códigos do século XIX, todos filhos, em alguma medida, da primeira e segunda sistemática – e, aqui, Judith Martins-Costa inclui o Código Beviláqua, não pela data de sua promulgação, mas por seu espírito e sua técnica¹¹⁶ – apresentavam essa ideologia, descrevendo de forma especializada e delimitada as situações por ele reguladas, atendendo ao sentimento de Voltaire da lei “*claire, uniforme et précise*”¹¹⁷.

Contudo, a partir do século XX, ante a insuficiência legislativa face à complexidade cada vez maior das relações pessoais, desenvolveram-se diversas leis especiais, inicialmente denominadas extravagantes, porque vagavam ao lado do sistema principal: o Código Civil. Essa inflação legislativa acabou por minar, pela base, a ideologia de unidade. Não havendo mais um único sujeito de direito, como se forjou nos anos seguintes à Revolução Burguesa, as leis extravagantes passaram a regulamentar situações e interesses que se especializam em relação ao todo¹¹⁸.

Porém, consoante anota Judith Martins-Costa, não só em número as leis se multiplicaram. Substituída a ideia de igualdade abstrata frente à lei, por uma noção material de justiça comutativa, as legislações, a partir do Século XX, passaram a incluir em seu texto alguns enunciados com o desiderato de responder a específicos e individualizados problemas. Para tanto, optou o legislador por uma técnica legislativa com indicação de valores, princípios, diretrizes, programas e resultados considerados desejáveis¹¹⁹.

Entre a casuística acanhada e a generalização da legislação que empobrece o conteúdo normativo, o legislador logrou afastar-se dessa tormentosa escolha por meio da utilização dessas normas¹²⁰. Assim, malgrado ainda prevaleça na sistemática atual o

¹¹⁶MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 133.

¹¹⁷MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, *cit.*, p. 286.

¹¹⁸*Id. Ibid.*, p. 280.

¹¹⁹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, *cit.*, p. 133.

¹²⁰WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, *cit.*, p. 545.

raciocínio dedutivo, passaram a coexistir, nos códigos, disposições que fogem a esse padrão da norma, que contém a descrição mais perfeita possível de seus pressupostos de incidência e a indicação pontual de suas consequências.

As normas abertas – ou cláusulas gerais em sentido lato – indicam gênero que congrega os princípios normativos, os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais em sentido estrito. Todas estas, malgrado não se confundam, caracterizam-se justamente pela vagueza, ao menos, da descrição da hipótese de incidência¹²¹.

Cumpra-se, então, examinar o conceito, estrutura e função das cláusulas gerais, diferenciando-as das demais normas abertas. Legislar por meio dessas cláusulas, significa deixar ao interprete ou juiz uma maior possibilidade – e responsabilidade – de adaptar às regras e as situações de fato que lhe são postas¹²². Daí porque os juristas da escola positivista não tinham apreço pelas possibilidades delas decorrentes.

Contudo, superado o conceito de sistema fechado e autossuficiente, é possível a abertura à contribuição da sociologia, da economia e, especialmente, das experiências da jurisprudência¹²³. Por essas características percebe-se, portanto, uma aproximação entre os sistemas de *civil law* e da *commom law*, em razão da similaridade dos resultados práticos alcançados, apesar de obtidos por fontes e caminhos diversos¹²⁴. Ao se tratar das fontes do regulamento contratual, no capítulo precedente, foi possível visualizar essa aproximação. As cláusulas gerais permitem a criação de deveres por fonte heterônoma, similares às *implied conditions* da *commom law*.

Sempre lembrado como um dos exemplos mais proeminentes de cláusula geral, o §242 do BGB dispõe que o “*devedor é obrigado a atuar de acordo com as exigências da boa-fé, levando em consideração os costumes do tráfico*”¹²⁵, incorporando a evolução da jurisprudência comercial, na qual ainda sobrevivia a noção da boa-fé germânica¹²⁶. A ideia de impossibilidade do sistema prever todas as necessidades, e a viabilidade de obtenção de novas respostas, ainda que sem alterações legislativas, através da boa-fé, permitiu, ainda que de forma inconsciente, a criação de um sistema que se mostraria capaz de se

¹²¹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 135.

¹²²PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 27.

¹²³SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 69.

¹²⁴MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 139.

¹²⁵Tradução livre do original: “§. 242. *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”.

¹²⁶Essa noção de boa-fé vincula-se a ideia do comportamento cavalheiresco. No capítulo seguinte, ao ser abordada sua evolução histórica, se voltará ao assunto, expondo, de forma mais pormenorizada, essa noção de boa-fé e sua contraposição à ideia romana.

autodesenvolver¹²⁷. Vale ressaltar que, em um primeiro momento, não seria esta a intenção do legislador que, em verdade, o fez como mero reforço à necessidade de efetivo cumprimento dos deveres contratuais assumidos.

Elucidativa é a noção de sistema aberto no exemplo proposto por Pietro Perlingieri ao examinar as normas do *Codice Civile*. As cláusulas que, à época de sua promulgação eram inspiradas em uma ideologia produtivista, assumem significado diverso se lidas dentro da lógica constitucional posterior. Os artigos 2.087 e 2.014 desta legislação, que tratam da diligência do empregador e do empregado, tinham em 1942 significado diverso do que hoje – após a aprovação de leis trabalhistas – lhe deve ser atribuído. Por exemplo, a paralisação da produção por um suposto risco a um dos colegas de trabalho hodiernamente é tida por uma conduta diligente, porém, outrora, poderia ser considerada como prejudicial à produção¹²⁸.

Ante a multiplicidade de situações que poderiam surgir e teriam que ser regulamentadas, adoção das cláusulas gerais facilita o trabalho do legislador, permitindo o desenvolvimento do sistema, ainda que sem alteração legislativa.

Nota-se, portanto, a principal característica das cláusulas gerais: a carência de determinação prévia de seus termos e expressão (conceitos vagos). Não só da hipótese de incidência, mas também das próprias consequências de sua aplicação¹²⁹. Tome-se, v.g., os artigos 421 e 422 do Código Civil. Em ambos não se determina o conteúdo da função social ou a proibidade e, tampouco, quais as consequências de seu descumprimento.

Assim, pode-se entender por cláusula geral, conforme lição de Karl Engisch¹³⁰, como a configuração de uma hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete à tratamento jurídico todo um domínio de casos. Seu verdadeiro significado reside na técnica legislativa.

Em razão de sua generalidade, ela torna possível regular um vasto campo de situações, de modo ilacunar, e com possibilidade de ajustamento das consequências ao caso concreto, contrapondo-se, portanto, à casuística¹³¹. Esta, segundo o mesmo autor, é a configuração da hipótese legal, com a enumeração dos casos que se submetem à sua

¹²⁷MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 331.

¹²⁸PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 28.

¹²⁹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 146.

¹³⁰ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 233.

¹³¹AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 229-233.

especificidade, pecando, portanto, pela fragmentariedade de sua regulação¹³². Para tanto fornece como exemplo do Código Penal Alemão, equivalente ao artigo 129, §1º, do Código Penal Brasileiro, ao elencar as hipóteses de lesão corporal grave¹³³. Enéas Garcia complementa o conceito, referindo-se à casuística como normas de sentido preciso quanto à área de atuação e às consequências, elencado, na lei, as hipóteses que a ela se subsomem¹³⁴.

Diversamente, às cláusulas gerais não são aplicáveis os critérios tradicionais de subsunção, devendo o intérprete, por meio dos valores indicados pelo legislador, por vezes com fatores extrassistemáticos, preencher seu conteúdo e determinar suas consequências.

Diz-se, por isso, ser cláusula geral espécie de norma vaga. Porém, como bem pontuado por Judith Martins-Costa¹³⁵, há que se fazer necessárias distinções conceituais, porquanto os enunciados gerais, genéricos e ambíguos não se confundem com as cláusulas gerais. Os primeiros – geral – referem-se a algo que vale para todos os objetos que permeiam determina relação; nesse sentido, ainda que a norma seja precisa, ela pode ser geral. Logo não é característica da cláusula geral. Já o enunciado genérico diz respeito a ausência de especificação, ou seja, abarca um grande número de fatos¹³⁶. Por fim, a ambiguidade resulta da homonímia ou polissemia empregada em contexto no qual se possa extrair seu significado. Porém, as cláusulas gerais, apesar de submetidas a um certo contexto normativo, não são necessariamente normas gerais, genéricas ou ambíguas, mas sim dotadas de vagueza ou porosidade.

Acrescenta-se, ainda: não é qualquer vagueza que caracteriza a cláusulas gerais. A vagueza dita comum, preenchível com as “*regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial*” (artigo 375 do CPC), hipótese na qual será necessário o auxílio de um *Expert*¹³⁷, não traduz caso de cláusula geral. Isto porque, nesses casos, o intérprete, para a configurar da hipótese legal de incidência, não será enviado a

¹³²AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução, cit.*, p. 233-234.

¹³³CP, Art. 129, §1: “*Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de um a cinco anos*”. Contudo, como adverte English, a divisão proposta é apenas relativa. Note-se que o próprio conceito de perigo de vida, poderia ser encarado como cláusula geral, se comparado aos demais incisos. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico, cit.*, p. 230).

¹³⁴GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 94.

¹³⁵MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, cit.*, p. 146-148.

¹³⁶A autora elenca a regra do artigo 1º do Código Civil: “*toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.*” Abrange todo e qualquer ente que se qualifique como pessoa.

¹³⁷MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, cit.*, p. 153-154.

valores; mas sim, obterá o conteúdo pelas regras de experiência. É o que ocorre, com a noção de animal de pequeno porte, constante do artigo 1.297, §3º, do C.C.

Somente a vagueza dita socialmente típica dará origem as cláusulas gerais. Nestas o intérprete é enviado a parâmetros variáveis no tempo e no espaço¹³⁸, porque o legislador renunciou a determinar diretamente a qualificação dos fatos. Tais parâmetros correspondem às ideias-tipo; valores consensuais; padrões de comportamento ou conceitos metajurídicos, tal como ocorre com o próprio artigo 422 do Código Civil¹³⁹.

Visam elas a regulação de comportamentos, por meio desses elementos de abertura do sistema. Mas, é claro, a interpretação não desconhece a intervenção do componente pessoal do intérprete. Como afirma Eneas Garcia, valendo-se da lição de Menezes Cordeiro, a ideia base é que a compreensão dos elementos para os quais o intérprete é reenviado apenas é possível porque ele já possui um pré-entendimento daquilo que visa conhecer¹⁴⁰.

Assim, na aplicação das cláusulas gerais, o intérprete deverá, primeiro, observar a adstrição ao mandato ou delegação que foi atribuído pelo legislador, que pode remetê-lo a fatores intra ou extrassistemáticos. Em seguida, deverá buscar concretizá-los de forma generalizada, até porque, seus fundamentos, reiterados no tempo, alcançaram uma relativa abstração, servindo de novos fundamentos para decisões futuras, viabilizando a ressistematização¹⁴¹. Em seguida, aplicá-los ao caso concreto, em juízo de adequação. Não há se falar, portanto, em mandato de discricionariedade ou abertura a critérios meramente irracionais. Existe remissão expressa a valorações objetivamente válidas¹⁴².

E, aqui, denota-se o primeiro ponto de diferenciação entre as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados. Segundo lição de Menezes Cordeiro, tais conceitos igualmente podem conter indeterminação por polissemia, vaguidade, ambiguidade e porosidade, cabendo ao juiz, no momento de realizar a subsunção, à vista de um caso concreto, verificar se a norma atua ou não. Porém, essa indeterminação pode se referir tanto a realidades fáticas, como realidades normativas¹⁴³. As primeiras, como se viu, dizem respeito às regras de experiência, que dão origem à vagueza comum. Assim, considerando que estas não se subsomem em cláusulas gerais, fácil sua diferenciação. É o caso das ‘coisas necessárias à

¹³⁸Como no exemplo proposto por Pietro Perlingieri, citado acima.

¹³⁹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 155.

¹⁴⁰GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 96-97.

¹⁴¹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 173.

¹⁴²ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 233.

¹⁴³MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1178-1179.

economia doméstica' (Art. 1.643, I, do C.C.) ou da noção de animal de pequeno porte, (art. 1.297, §3º, do C.C.).

Já as realidades normativas, por carecerem de valoração, aproximam-se da vagueza socialmente típica e, conseqüentemente, das cláusulas gerais. Entretanto, apesar de uma similitude de linguagem na definição das hipóteses de incidência, ainda assim estes institutos de se diferenciam por sua estrutura (segundo ponto de diferenciação)¹⁴⁴. Conforme já afirmado, nas cláusulas gerais há dupla vagueza: tanto da hipótese de incidência, como da consequência do seu descumprimento. Tal não ocorre com os conceitos jurídicos indeterminados. Nestes, realizada a hipótese de incidência, a consequência já está previamente descrita na norma.

Tome-se o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Ao se concluir que a atividade do autor do dano gera risco a direitos de outrem, a consequência já está disposta na norma: haverá obrigação de indenizar. O mesmo ocorre no artigo 2.019 do Código Reale. Não sendo possível a divisão cômoda (conceito indeterminado de vagueza comum), impõe-se a alienação judicial.

Já as cláusulas gerais não trazem em seu conteúdo normativo qualquer consequência para o seu descumprimento, de modo que igualmente haverão de ser definidas pelo julgador no momento de sua concreção. É bem verdade que em grande parte das vezes tal consequência será indenizatória, mas poderá consistir em na paralisação de exercício de um direito (*supressio*); na proibição de um determinado comportamento (*venire contra factum proprium*); na paralisação de um direito formativo extintivo (como nos casos de adimplemento substancial); na criação do direito à extinção (na hipótese do inadimplemento antecipado) ou ainda, com maior interesse para a presente dissertação, na criação de deveres jurídicos¹⁴⁵.

Não obstante essas diferenças, ambos os institutos, ao serem individualizados à vista do caso posto sob exame, como resultado da valoração judicial, passam a serem denominados conceitos determinados pela função¹⁴⁶.

Feita essa distinção em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, impõe-se, outrossim, extremar as cláusulas gerais em relação aos princípios jurídicos. Em face da

¹⁴⁴MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 158.

¹⁴⁵*Id. Ibid.*, p. 160.

¹⁴⁶NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 161-162.

polissemia do termo, o primeiro ponto a ser superado é a correta acepção para o termo “princípio”. Jorge Cesa¹⁴⁷, ao citar as lições de Genaro Carrió, informa que o autor positivou sete focos de significação para o termo “princípio” e onze para a expressão “princípio jurídico”, dividindo-os em dois grupos: descritivos e normativos. O primeiro, consistiria na utilização da palavra “princípio” apenas como modo de descrever um dado estado de coisas verificadas na realidade do mundo, atuais ou não. Por exemplo, na vigência do Código Bevilacqua, falava-se em princípio da imutabilidade do regime de bens entre os cônjuges”; hoje menciona-se o princípio da mutabilidade justificada ou imutabilidade relativa (art. 1.639, §2º, do CC).

Já o segundo grupo consiste na utilização do termo princípio no sentido de pauta impositiva de deveres jurídicos, tal como o “princípio da impessoalidade” ou, até mesmo, o “princípio da boa-fé”¹⁴⁸. Nessa acepção normativa denota-se que os princípios atuam como proposições de comportamento; se prestam a impor deveres a serem observados.

Forte na lição de Guido Alpa, Claudio Godoy busca diferenciar o termo princípio de acordo com o uso do intérprete: doutrinário, legislativo e jurisprudencial. No primeiro, receberia a denominação de princípio geral. Porém, tomado pelo julgador, o princípio teria o condão de interpretar regras, regular condutas, reequilibrar prestações, bem como colmatar lacunas, tal como positivado pelo art. 4º da LINDB. Mas não só. Além da atividade supletiva, consistindo os princípios em enunciados de valores fundantes do ordenamento, não há como negar-lhes normatividade¹⁴⁹. Até porque, considera-los meramente programáticos não faria sentido em face de uma Constituição que, além de valores básicos do ordenamento, igualmente adota princípios institucionais¹⁵⁰ e verdadeiras regras que redefinem diversos institutos¹⁵¹. Como afirma Canaris, entender de outra forma, seria, em último instância, defender a liberdade do direito privado em face dos direitos fundamentais¹⁵².

Para Rizzatto Nunes, os princípios, não obstante estejam no ponto mais alto de qualquer sistema jurídico de forma genérica e abstrata, isto não significa a in incidência no plano da realidade, pelo que se revela sua eficácia ou normatividade¹⁵³. Alguns deles, por se

¹⁴⁷SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 41.

¹⁴⁸*Id. Ibid.*, p. 42.

¹⁴⁹GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, cit., p. 100-101.

¹⁵⁰AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 55.

¹⁵¹GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, cit., p. 105.

¹⁵²CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2016. p. 32.

¹⁵³NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 223. O autor arremata ao esclarecer que, apesar da redação do aludido artigo, os princípios não são

revestirem de tamanha importância, o legislador opta por lhes prever expressamente no ordenamento, com estrutura de modelo jurídico. Outros, não constando do texto legal, mas representando contextos doutrinários, seriam modelos dogmáticos fundamentais, conforme classificação de Miguel Reale¹⁵⁴.

Assim, podem ser ‘expressos’, quando consignados em uma formulação legislativa (v.g. irretroatividade da lei penal – art. 2º do CP); ou ‘implícitos’; ‘inexpressos’, se construídos pelo intérprete, à vista da racionalidade do sistema (como o princípio da prevalência do interesse público)¹⁵⁵.

Nessa ordem de idéias, não há como negar ser a boa-fé objetiva um princípio, tanto em face do disposto no artigo 422 do Código Civil, como decorrente da própria racionalidade do sistema. Couto e Silva já afirmava, na década de sessenta, que apesar da inexistência de dispositivo semelhante no Código Civil de então, não haveria impedimento à vigência do princípio em nosso direito, seja em razão de sua previsão no Código Comercial (vigente na época), seja por se tratar de proposição jurídica com significado de regra de conduta, que visa a realização do fim contratual buscado pelas partes¹⁵⁶.

Contudo, malgrado os princípios possam existir de forma expressa ou implícita no ordenamento, o que não se pode perder de vista é que essa característica não induz qualquer alteração de sua natureza ou força normativa.

Assim, Francisco Amaral, após defini-los como valores do sistema jurídico, consistindo em pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, com a função de servir de critério para a ação e constituição dos institutos jurídicos, corretamente afirma que o direito (conjunto de normas) não se constitui só de regras, mas também de princípios¹⁵⁷. E, não obstante o objetivo nesta quadra da dissertação seja a diferenciação entre cláusulas gerais e princípios, não há como prescindir da inicial separação entre estes e as regras.

Na famosa classificação efetuada por Dworkin, haveria distinção lógica entre eles. É verdade o autor conceitua “princípio” tanto em uma acepção genérica, como todo padrão

o último recurso interpretativo. Na verdade, estão por último, porque é o que resta quando não há norma alguma. Mas sendo o sistema jurídico como tecido costurado sobre princípios, todas as normas encontram-se dependentes deles, o que evidencia ser a dicção do art. 4º da LINDB mero reforço, mera declaração para que o intérprete se recorde da base fundamental que sempre esteve presente. (*Id. Ibid.*, p. 225).

¹⁵⁴REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., p. 305.

¹⁵⁵MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 319-320.

¹⁵⁶SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 33.

¹⁵⁷AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 54.

que não seja regra, incluindo, nesta, as “políticas” que estabelecem um objetivo econômico, político ou social a ser alcançado; como também em uma acepção específica, designando um padrão que deve ser observado, não porque irá promover uma situação econômica, política ou social desejada, mas por ser exigência de justiça ou equidade¹⁵⁸. Adotado o sentido lato de princípio, diferencia-os das regras ao afirmar que estas são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”. Ou a regra é válida e deve ser aplicada em sua inteireza; ou é inválida e, logo, não incidirá no caso¹⁵⁹.

Não é assim que funcionariam com os princípios. Mesmo nos casos em que mais se assemelham com as regras, os princípios não trazem consequências que necessariamente devem ser observadas caso presente as condições para sua aplicação. Como exemplo, Dworkin cita o princípio de que a pessoa não pode se beneficiar da própria torpeza. Este princípio também não é absoluto. O caso mais notório seria a usucapião, cujo esbulho, prolongado no tempo, dá origem à propriedade¹⁶⁰. Logo, não há como se aplicar a regra do “tudo-ou-nada”.

Os princípios atuam na dimensão do peso ou importância. Quando se inter cruzam, o jurista deve buscar a força de cada um no caso concreto. As regras não possuem essa dimensão; elas são funcionais – aplicam-se ou não¹⁶¹.

Denota-se, portanto, que as regras possuem baixo grau valorativo e precisão em seu comando normativo, ao passo que os princípios, ao contrário, possuíram alto grau valorativo e imprecisão de seu comando.

Humberto Ávila, citado por Judith Martins-Costa, propõe que, em seu modo de ver, a distinção não seria pela linguagem ou carga valorativa. Mas sim, pelo fato de que os princípios não determinam imediatamente o comportamento devido. São imediatamente finalistas, mas com pretensão de complementariedade de comportamento. Já as regras são imediatamente finalistas, ou seja, os fins são atingidos de forma indireta, por meio do comportamento determinado com maior exatidão¹⁶².

Tais diferenças refletem-se na forma de aplicação. Ao passo que, para regras é exigível a avaliação de correspondência entre construção conceitual e a construção fática,

¹⁵⁸DWORKIN, Ronald. *Levando direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

¹⁵⁹*Id. Ibid.*, p. 39.

¹⁶⁰*Id. Ibid.*, p. 42.

¹⁶¹*Id. Ibid.*, p. 43.

¹⁶²MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, *cit.*, p. 164-165.

para os princípios se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovidos e os efeitos da conduta havida como necessária para sua promoção.

Feita tais distinções, é possível perceber algumas semelhanças entre princípios e cláusulas gerais. Ambos são imediatamente finalistas, não descrevendo condutas, mas fornecendo critérios para a tomada da decisão judicial; buscam a promoção de um estado ideal de coisas, e, para sua aplicação, exige-se uma prévia avaliação de correspondência entre esse estado e os efeitos da conduta adotada.

Por tal razão, há quem defenda a similitude entre os institutos¹⁶³, porém, é possível se extrair diferenças entre tais conceitos. Em feliz síntese, Judith Martins-Costa, após lembrar que os princípios podem ser expressos ou inexpressos legislativamente, afirma que sempre haverá distinção no plano formal entre estes (princípios implícitos) e as cláusulas gerais. Isto porque, não há como se conceber cláusulas gerais implícitas. Ou estão expressas na lei – com a dupla vagueza – ou não se configuram como técnica legislativa¹⁶⁴.

Já com relação aos princípios expressos, a distinção não reside na linguagem, estrutura, ou modo de raciocínio, mas sim quanto ao tipo de cláusula geral. Os princípios, ao promoverem um estado ideal de coisas, sempre reenviarão o interprete a uma realidade valorativa. Contudo, as cláusulas gerais, podem remeter o intérprete i) a outros espaços do ordenamento, ainda que desprovidos de realidade valorativa – como no caso do artigo 7º do CDC – ou ii) a *standard* valorativos; padrões de conduta. Nessa última – reenvio do intérprete a um valor – haverá sobreposição entre a cláusula geral e o princípio jurídico, não havendo distinção¹⁶⁵.

Nesse sentido a lição de Bueno de Godoy que, apesar de se referir à função social do contrato, conclui que esta consiste, ao mesmo tempo, em uma cláusula geral, tal como redigida no Código Civil, e um princípio haurido diretamente da Constituição, ao definir os fundamentos e objetivos da República e da ordem econômica¹⁶⁶, reconhecendo a possibilidade de sobreposição.

Não diferente é o que ocorre com a boa-fé que, a depender da funcionalidade que lhe for atribuída, poderá consistir em princípio geral de direito haurido do sistema jurídico como o padrão de conduta proba necessária ao tráfego jurídico, tal como prevista no artigo 4º,

¹⁶³Judith Martins-Costa cita a posição de Ruy Rosado ao elencar o princípio da igualdade como cláusula geral (MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 161).

¹⁶⁴*Id. Ibid.*, p. 170-171.

¹⁶⁵*Id. Ibid.*, p. 111.

¹⁶⁶GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, cit., p. 103-104 e 111-112.

inciso III, do CDC¹⁶⁷; em conceito legal indeterminado, v.g. no artigo 1.238 do Código Civil que a estabelece como requisito para a usucapião; ou cláusula geral prevista no artigo 422 do referido Código, a qual reenvia o intérprete ao próprio princípio da boa-fé objetiva.

Extremada, assim, as cláusulas gerais das demais figuras que lhe são próximas, é possível vislumbrar seus contornos fundamentais. Com fulcro na clássica lição de Menezes Cordeiro, afirma-se serem enquadradas em três grandes tipos, quais sejam: restritivo ou de controle, no qual serve de limite outras permissões legais, tal como ocorre com a *exceptio doli* ou abuso de direito; regulativo, que não se ordena em função de outras disposições, mas de forma autônoma, como as regras sobre responsabilidade civil culposa; e extensiva, consistente na ampliação de uma regulação de um instituto, por meio da remissão a outros espaços do ordenamento ou valores¹⁶⁸.

Exsurge, assim, a função de abertura do sistema a outros valores e fundamentos, ainda que extrassistemáticos¹⁶⁹, para a solução dos casos concretamente postos, permitindo sua evolução e a criação de novos institutos para regulação de situações não previstas anteriormente, sem a necessidade de alteração legislativa, o que, ao final, acaba por permitir uma resposta mais rápida do direito aos anseios sociais.

No Brasil, exemplo dessa funcionalidade é o que ocorreu nos casos de inadimplemento antecipado dos compromissos de compra e venda de imóveis em incorporação imobiliária. Em breve resumo, ainda antes da aprovação da Lei do Distrato (Lei nº 13.786/18), a jurisprudência – e a doutrina – reconheciam antecipadamente o inadimplemento, decorrente da declaração do comprador de que não conseguiria adimpli-lo. Consequentemente, entendeu-se contrária a boa-fé objetiva a exigência de se esperar o vencimento das parcelas, com a conseqüente resolução do contrato, para que, só então, pudesse o comprador/consumidor, arcando com a cláusula penal compensatória – que não

¹⁶⁷NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 203.

¹⁶⁸MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1184. O autor, ao mencionar o tipo extensivo, faz referência à antiga redação do artigo 1778º do Código Civil Português que, após elencar casuisticamente as hipóteses de separação litigiosa, adicionava uma cláusula geral, consistente em “*qualquer outro facto que ofenda gravemente a integridade física ou moral do requerente*”.

¹⁶⁹O mesmo diapasão o Enunciado 27 das Jornadas de Direito Civil: “*Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos*”.

poderia consistir na perda de todos os valores pagos em face da proibição constante do artigo 53 do CDC¹⁷⁰ – recebesse o valor que sobejasse.

Franz Wiecker afirma que se procurou, com as cláusulas gerais, uma válvula para as demandas ético-sociais ou, ainda, um “ilustrado positivismo social”. Mas essa adaptação às demandas sociais, encontra seu limite precisamente norma em si. Apenas os resultados sociais e as exigências da justiça no caso concreto, por estarem vinculados à dialética espacial e temporal, é que podem ser mutáveis. Por isso, as cláusulas gerais não só colheram louvores, mas também severas críticas, em especial de Hedemann, que advertir para uma fuga do legislador às cláusulas gerais¹⁷¹.

As principais críticas consistiam, assim, precisamente no possível amolecimento do pensamento jurídico, a insegurança e o arbítrio do juiz. De fato a casuística traz consigo a segurança da prévia definição das condutas em seu enunciado, vinculadas as certas consequências, o que colabora para a uniformidade de decisões. Porém, traz igualmente desvantagens. Essa rigidez acarreta o envelhecimento da legislação, carecendo ao intérprete soluções para acompanhar as velozes mudanças sociais. Diferentemente, as cláusulas gerais permitem seja a decisão amoldada aos novos fatos e valorações, malgrado os perigos decorrentes do inadequado preenchimento dos *standards*, com a criação de decisões contraditórias e conflitantes.¹⁷²

Contudo, consoante se extrai da lição de Mota Pinto, os riscos daí resultantes são bem menores do que se possa crer¹⁷³. Isto porque, até mesmo as regras ou os conceitos sólidos não são aplicados de forma puramente mecânica, em especial nas manifestações em seu *halo* conceitual. E, a adoção das cláusulas gerais não significa a exclusão de qualquer racionalidade do sistema. Ao revés. A atividade de valoração deve reportar-se ao conteúdo objetivo dela emanado; é imutável, portanto. A mutabilidade é do resultado. Para sua concreção, o intérprete deverá valer-se de seu pré-entendimento sobre os conceitos para os quais é reenviado; dos precedentes jurisprudenciais, extraindo a *ratio decidendi* das decisões em casos semelhantes – tanto para afirmá-los, como para afastá-los – bem como das

¹⁷⁰CDC, Art. 53: “Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.”

¹⁷¹WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, cit., p. 30.

¹⁷²MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 191.

¹⁷³PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 308.

ponderações e valorações da doutrina reconhecida como autoridade opinativa além, se o caso, das prévias tratativas e os negócios anteriores das partes¹⁷⁴.

Nesse sentido, inclusive, o Enunciado 409 das Jornadas de Direito Civil, ao reconhecer que as práticas contratuais também devem integrar os parâmetros utilizados pelo julgador¹⁷⁵.

Com base nessas premissas, que servirão de fundamento para a decisão, é que o intérprete preencherá a vagueza da norma. Assim, por exemplo, na concreção da boa-fé objetiva, inicialmente deverá ser feita a correlação entre deveres previstos de modo vago e deveres que seriam exigíveis em vista da situação posta, mas ainda *in abstracto*. Para tanto, pondera-se sobre os usos do tráfego, comparando o caso *sub judice* com julgados anteriores, e verificando se possuem, ou não, a mesma legitimidade de aplicação, sempre considerando a sistematização da vontade das partes (essência do contrato) e a confiança criada¹⁷⁶. Após, analisa-se a relação entre o fato concreto e os deveres especificados de modo abstrato.

Logo, evidente a existência de racionalidade e denominadores objetivos no sistema, o que afasta a crítica de que tais espécies de cláusulas acarretariam insegurança e arbítrio judicial. Até porque, na lição de Karl Engisch, os espaços de livre apreciação distinguem-se das genuínas atribuições de poder discricionário, porquanto, nestas se reconhecem um âmbito de liberdade, no qual se decide com fulcro nas próprias concepções, o que não ocorre com as cláusulas gerais, que remetem o intérprete a determinado valor ou espaço no ordenamento¹⁷⁷.

Assim, a expansão das cláusulas gerais é um movimento irreprimível. Uma ordem não pode ser composta apenas pela casuística, em razão do engessamento da legislação, malgrado não possa, tampouco, pelo risco de insegurança do sistema, constituir-se apenas por cláusulas gerais.

Como afirma Judith Martins-Costa:

*“é conquista da ciência do Direito a convicção sobre as mútuas (e polarmente opostas) vantagens e desvantagens das técnicas de legislar pelo método casuístico e pelo método das cláusulas gerais (e dos princípios). (...) Além do mais, por vezes, a própria distinção entre ambas as técnicas se relativiza, podendo ocorrer, numa mesma disposição, «graus» de casuismo e vagueza”*¹⁷⁸

¹⁷⁴PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 305-306 e 311.

¹⁷⁵Enunciado 409: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes”.

¹⁷⁶PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 307 e 313.

¹⁷⁷ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 221.

¹⁷⁸MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 195.

Com efeito, considerando que o presente trabalho pretende investigar os deveres pós-eficazes oriundos da concretização da cláusula geral da boa-fé objetiva, que, como se viu, remete o intérprete ao princípio da boa-fé objetiva, deve-se agora, perquirir sobre a correta definição de seu conteúdo normativo, bem como suas possíveis consequências no âmbito do direito das obrigações. Essa tarefa apenas pode ser realizada com o estudo, inicial, da origem da noção de boa-fé.

CAPÍTULO II. O DIREITO OBRIGACIONAL E A BOA-FÉ OBJETIVA

1. Aspectos históricos da boa-fé

Como já afirmou Ferreira da Cruz, impõe-se o estudo da evolução do conceito da boa-fé, “*sobretudo por ser o direito um produto histórico-cultural em constante mutabilidade*”¹⁷⁹.

A noção de boa-fé provém do direito romano, relatando, Martins-Costa, que encontram-se registros já lei das Doze Tábuas: “*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*”¹⁸⁰

Nas relações externas de Roma com outros povos surge a *fides* como corporificação da expansão romana. Menezes Cordeiro relata o tratado celebrado ente Roma e Cartago, pelo qual estipulou-se que os cidadãos de cada parte gozariam de proteção, na Sícia, no setor de influencia da outra. Revistia-se, assim, de fator de vinculação em relações igualitárias.¹⁸¹

Já no âmbito das relações internas romanas, o autor aponta que o instituto sofreu um desenvolvimento diverso. A *fides*-poder traduzia a sujeição do *cliens*¹⁸² ao patrão, que lhe devia lealdade e obediencia em troca de proteção; na verdade, ratificava a virtude do mais forte. Já a *fides*-promessa consistia no ato por meio do qual uma pessoa era recebida na *fides* da outra¹⁸³. Porém, além de sua relação com a clientela, esta modalidade assumiu outras funções que auxiliaram na passagem do formalismo ao voluntarismo. Os elementos de sujeição pessoal desaparecem gradativamente, dando espaço à noção da garantia; de respeito à palavra dada, sobretudo nas relações negociais.¹⁸⁴

Ao ser atraída para o campo do direito, agrega-se à *fides* o adjetivo *bona*. Origina-se nas relações creditícias, nas quais, o titular da *fides*, porque goza da confiança alheia, lhe é atribuído crédito. Este, consequencia da *fides*, consiste no efeito da *bona fama*.¹⁸⁵

¹⁷⁹CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 132.

¹⁸⁰MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, cit.*, p. 53. A autora traduz a regra da seguinte forma: “*se o patrono cometer fraude contra o cliente, que seja condenado*”.

¹⁸¹MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., *cit.*, p. 64.

¹⁸²Traduzido pelo autor como clientela. Um estrato social intermediário entre o cidadão e o escravo.

¹⁸³Recebida para proteção, sob a *fides*-poder; estando, portanto, em estado de sujeição.

¹⁸⁴MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., *cit.*, p. 61-62 e 67.

¹⁸⁵MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, cit.*, p. 63.

Para compreender essa conotação, Martins-Costa, valendo-se das lições de Frezza, pondera que se deve inferir que o valor atribuído à boa-fé, primativamente, encontrava-se na relações que o Estado não podia proteger processualmente o credor, porque “*despida da veste formal que ensejava a possibilidade da actio*”.¹⁸⁶

A maior característica do sistema romano era a tendência de apenas dotar de validade legal os atos com forma definida. Havia um ritual a ser seguido; o menor erro poderia invalidar integralmente o ato¹⁸⁷.

Como se sabe, o sistema romano tinha uma base processual por meio das *legis actiones*, consubstanciadas nas ações: *sacramentum*; *per iudicis arbitrive postulationem*; *per condemnationem*; *per manus iniectioem* e *per pignoris capionem*, as quais caíram em desuso com o surgimento do processo formulário, oficializado pela *Lex Aebutia*.¹⁸⁸

Na fórmula destacava-se a *intentio* (base jurídica) e a *condemnatio*, consistente no pedido formulado. Classificavam-se em: *in ius conceptae* e *in factum conceptae*. Como ensina Martins-Costa:

“*uma ação que contivesse uma pretensão ('intentio') fundada no 'ius civile' era chamada de 'actio civilis', ou 'actio legitima', quando expressamente reconhecia por uma 'lex'. (...) Diferentemente, todas as 'actiones honorariae' tinham 'formulae in factum conceptae', e fundavam-se apenas no 'imperium' do pretor*”

Porém, as necessidades do comércio e as negociações com não-romanos introduziram novas transações informais. A efetividade do vínculo, doravante, não poderia mais consistir na formalidade, mas no consenso. Assim, não havia mais a necessidade de se ater a interpretação literal das palavras, prevalecendo as considerações de cada caso, conforme a boa-fé¹⁸⁹. A adoção da consensualidade, portanto, facilitou a realização de negócios com estrangeiros – que seriam regidos pelos ditos *ius gentium*.¹⁹⁰

Nesse contexto, a *iudicia bonae fidei* correspondia a um procedimento perante o juiz, no qual o autor postulava uma *actio in ius conceptae*, mas não baseava sua *intentio* em

¹⁸⁶MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 59.

¹⁸⁷ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 622.

¹⁸⁸MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 72.

¹⁸⁹ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 627.

¹⁹⁰MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 79.

uma *lex*, mas sim na *fides*. Tratava-se de fórmula especial denominada *oportet ex fides bona*¹⁹¹, representado pela fidelidade a palavra dada.

Concedia-se maior poder ao julgador, para levar em conta não apenas a vontade expressa, mas também suas expectativas tácitas. Não se tratava de atribuir novas obrigações, mas sim de inculcar responsabilidade pelo cumprimento de obrigações nascidas no acordo de fidelidade. Como ressalta Ferreira da Cruz, é possível perceber que a boa-fé romana não possuía elementos exclusivamente subjetivos.¹⁹²

No entanto, Menezes Cordeiro narra o enfraquecimento da *bona fides* romana, em razão de sua diluição para outras áreas, nos quais adotou significado diverso, como nos direitos reais (diluição horizontal). Nestes, a boa-fé tem a noção de ignorância do vício¹⁹³; sendo apenas um elemento extrajurídico, não projetando qualquer responsabilidade. Narra ainda que, em outra diluição (vertical, agora), a *bona fides* passaria a representar, também, os conceitos do *bonum et aequum* e da *aequitas*, passando a traduzir ideias de “justiça” e “honestidade”, os quais consistiam em bitolas morais para fundamentar posições.¹⁹⁴

Na Idade Média, influenciada pela direito canônico, a boa-fé passou a corresponder à noção de ausência de pecado; de humanidade; clemência e equidade¹⁹⁵. Atuava, principalmente, em dois setores: na prescrição aquisitiva (usucapião) e nos contratos consensuais.¹⁹⁶

Wiecker relata que é sinal da jurisdição cristã a legitimação dos *nuda pacta* com dispensa de exigências formais para a criação de obrigações.¹⁹⁷ Não cumprir a palavra dada consistia em pecado; logo, não pecava quem a cumpria. O que era exceção – *ex nudo pacto actio non nascitur*¹⁹⁸ – torna-se a regra¹⁹⁹. Como salienta Menezes Cordeiro a *bona fidei*

¹⁹¹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 70.

¹⁹²CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 133.

¹⁹³Essa noção de boa-fé como ignorância no vício sobrevive até os tempos presentes, como se extrai do artigo 1.201 do Código Civil.

¹⁹⁴MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 106-108 e 127-128.

¹⁹⁵JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 31.

¹⁹⁶MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 91.

¹⁹⁷WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, cit., p. 75.

¹⁹⁸A expressão é traduzida por Conselheiro Vasconcellos como: “*assim, um pacto nu não gera uma obrigação, mas gera uma exceção*” (DIGESTO ou Pandectas do Imperador Justiniano: Livros 5-11. Tradução brasileira por Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos. Tradução complementar, organização geral, adaptação e supervisão de transcrição por Eduardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes, Dárcio R. Martins Rodrigues, Hécio M. França Madeira. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2017. v. 1, p. 145).

¹⁹⁹Digesto, II, 14, 7, 5: “*Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. (...)*”. Tradução: “*mas antes, às vezes <o pacto> dá forma à própria ação, como nos juízos de boa-fé: costumamos, pois, dizer que os pactos convencionados <podem ser considerados> existentes nos juízos de boa-fé (...)*” (DIGESTO ou Pandectas do Imperador Justiniano: Livros 5-11. Tradução brasileira por Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos, cit., v. 1, p. 145-146).

iudicia não correspondia à boa-fé nas obrigações, tendo um sentido técnico preciso. A intervenção do direito canonico, contudo, eticizou a boa-fé subjetiva, vinculando-a ao respeito à palavra dada.²⁰⁰

Doravante, a forma serviria apenas como facilitação da prova, e não como elemento da validade. Se toda promessa obriga, o formalismo é superfluo. A boa-fé contratual, assim, entendida agora como a ausencia de pecado, imerge na subjetivação. Noutro lado, a boa-fé na prescrição aquisitiva, que era simples ignorancia do vício no direito romano, passa a ser compreendida como consciencia de não lesar outros. Aproximados ambos os conceitos, o direito canônico acabou por proceder à unificação da boa-fé.²⁰¹

Assim, Menezes Cordeiro, discordando, inclusive, quanto ao papel da boa-fé na validação dos *nuda pacta*, afirma, com razão, que a “*boa-fé desaparecia, na prática, do direito das obrigações, donde é originária*”²⁰².

A doutrina europeia dos Séculos XVII e XVIII necessitou resolver as questões da unificação das fontes; a busca por uma ordem sistemática e a adaptação do conteúdo jurídico a novas realidades²⁰³. E, a metodologia do jusracionalismo, com padrão de racionalidade e modelo das ciências matemáticas, dispunha de potencialidade para tais soluções. A cientificação racionalista implicava no centralismo do direito em vigor, fundando-se em axiomas que prescindem de demonstração²⁰⁴.

O jusracionalismo de Domat e Pothier está corporificado no Código de Napoleão, promulgado em 1804. Na posse, Pothier considera a má-fé como vício; no direito das obrigações, a trata no capítulo referente aos vícios na formação do contrato.²⁰⁵

Jaluzot narra que Domat considerava a boa-fé como integrante do direito natural, cuja idéia impregnou o legislador de 1804. Contudo, o desenvolvimento da filosofia do positivismo de Comte, que teve grande influência sobre toda Europa, rejeitava qualquer metafísica. A Escola da Exegese, também denominada por alguns como ‘jurisprudencia dos conceitos’, igualmente baseava-se em um sistema construído por conceitos puramente legais, cuja precisão e abstração evitariam qualquer arbitrariedade do juiz.²⁰⁶

²⁰⁰MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 155.

²⁰¹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 95-96.

²⁰²MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 160.

²⁰³*Id. Ibid.*, p. 229.

²⁰⁴MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 102-103.

²⁰⁵MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 243.

²⁰⁶JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 38-41.

Essa influencia, conclui Jaluzot, aliada à Escola histórica de Savigny e a noção de separação de poderes, negou ao juiz qualquer poder de intervir na lei²⁰⁷.

Assim, apesar da boa-fé objetiva já estar disposta no artigo 1.134 [atual 1.104] do *Code Civil*, ela não obteve a atenção dos primeiros intérpretes²⁰⁸. A liberdade, expressa pelo consentimento, passou a ser o fundamento dos contratos, o que vai ao encontro do espírito da revolução francesa. Firma-se, assim, a autonomia da vontade como princípio central, sendo o erro e o dolo os maiores vícios²⁰⁹.

A boa-fé, portanto, acaba absorvida como elemento da vontade. Em vez de aludir à lealdade, passou a reforçar a regra pela qual as convenções legalmente estabelecidas devem ser cumpridas²¹⁰. Até se continuou, formalmente, a trilhar caminhos diversos para a boa-fé possessória e no campo obrigacional, porém, ambas dotadas de um critério subjetivo, de oposição ao dolo.²¹¹

Como salienta Dantas Junior, os exegetas não souberam interpretar o artigo 1.134 (3) do *Code Civil* [atual 1.104], por desconhecer o *locus* dos elementos para sua aplicação, mormente considerando a estado da técnica que a escola da exegese, nesse período, poderia oferecer.²¹²

A jurisprudência francesa, somente no final do século XX é que a retomaria o tema da boa-fé para além dos limites até então impostos, passando a entendê-la como *standard* para o exercício da autonomia privada. A reforma promovida em 2016 (*Ordennance 2016-131*) reflete essa nova percepção da boa-fé objetiva, concedendo maior margem de manobra para o julgador.²¹³

Na jurisprudência da *common law* do século XIX, malgrado ainda fosse possível encontrar algumas decisões invocando uma ideia geral de *good faith*, Atiyah afirma que a doutrina do *caveat emptor* representou a apoteose do individualismo. Por essa doutrina as partes não possuíam deveres recíprocos de informações, e os termos contratuais se opunham

²⁰⁷JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 39.

²⁰⁸LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

²⁰⁹MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 198.

²¹⁰LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva, cit., p. 60.

²¹¹MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 205.

²¹²DANTAS JUNIOR, Aldemiro R. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 66-67. (Série Biblioteca Arruda Alvim).

²¹³MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 118-119.

a qualquer relação anterior. Assim, se o comprador desejasse uma garantia, deveria pedi-la expressamente no contrato.²¹⁴

Contudo, o autor relata que apesar da fama da doutrina, sua aceitação nas Cortes nunca foi unanime que, já em 1860, retornariam à tradição de que “*fairness of contractual exchange was still an all-important part of contract law.*”²¹⁵

A Alemanha, em função de particularidades em seu desenvolvimento histórico, veio a ter um Código Civil quase um século depois dos Franceses. O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) foi aprovado no ano de 1896, com vigência do primeiro dia do século XX. Porém, este suposto ‘atraso’ igualmente possibilitou sua estruturação em um modelo diferente do adotado pelo *Code Civil*, quando muitas das ilusões do liberalismo já começavam a se desfazer²¹⁶.

Já codificação alemã foi precedida de uma bagagem doutrinária diversa, baseado na prática comercial. Segundo a concepção da escola histórica, o direito só poderia ser estudado levando em considerando a *individualidade*, de modo que não pode ser compreendido com único e imutável em todos os lugares; e o *valor da tradição*, privilegiando o direito consuetudinário, por nascer da lenta evolução social.²¹⁷

Assim, segundo narra Menezes Cordeiro, Savigny – expoente da Escola histórica – ao abordar a boa-fé possessória e obrigacional, o fez com base no direito romano, que estava impregnado na cultura alemã.²¹⁸ Permaneceu, portanto, o esquema dual da boa-fé, não ocorrendo o fenômeno de sua unificação.

No direito possessório manteve-se o aspecto psicológico, apesar de acrescentar alguns traços objetivos – v.g. a posse estar amparada em um título. Em relação à boa-fé obrigacional, a evolução foi pouca. Savigny não a tratou como princípio dos contratos, mas sim como alargamento do poder decisório do juiz, sob o mesmo prisma da *iudicia bona fides*²¹⁹.

A permanência da noção objetiva de boa-fé na cultura Alemã desenha um enigma. Dantas Junior relata que esse fenômeno se deu pela recepção dos trabalhos dos glosadores e pós-glosadores.²²⁰

²¹⁴ATIYAH, P.S. *The rise and fall of freedom in contract, cit.*, p. 464-466.

²¹⁵*Id. Ibid.*, p. 479.

²¹⁶JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, cit.*, p. 75.

²¹⁷DANTAS JUNIOR, Aldemiro R. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé, cit.*, p. 73.

²¹⁸MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 299-300.

²¹⁹DANTAS JUNIOR, Aldemiro R. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé, cit.*, p. 76.

²²⁰*Id. Ibid.*, p. 72.

A categoria de contrato foi concebida e construída como espécie do instituto “negócio jurídico”. Este mais amplo e compreensivo de outras figuras, como o próprio testamento²²¹. Verificava-se, ainda, nas codificações pretéritas, que quanto maior o grau de abstração, maior a necessidade de ulterior regulamentação, assim, logrou o legislador alemão afastar-se, em alguns casos, dessa tormentosa escolha (casuísmo e abstração), adotando a técnica das cláusulas gerais²²².

Diz-se, ainda, que o BGB teria, ao reverso do *Code Civil*, adotado a teoria da declaração, dando mais relevância aos aspectos sociais e de segurança jurídica do comércio²²³. É bem verdade que o BGB não partiu de pesquisas acadêmicas, mas da prática comercial²²⁴.

Menezes Cordeiro acrescenta, ainda, que o direito comercial, além de mais novo, é fortemente ligado aos usos e à prática cotidiana. A intensidade das trocas demanda a existencia de codificação para unificar o tratamento, o que não se fez possível na Alemanha por questões políticas²²⁵. Por essa razão, as cidades livres de Lübeck, Hamburg, Bremen e Frankfurt estabelecerem, em 1815, um Tribunal de Apelação Comercial, o qual julgava sem uma fonte honogenea, utilizando a boa-fé de maneira topica para fundamentar decisões²²⁶.

Dantas Junior ressalta, inclusive, que até o final do século XIX, os tribunais alemães ainda aplicavam o *Corpus Iuris*, com as atualizações feitas pelos pós-glosadores, denominada *usus modernus pandectarum*.²²⁷

Apesar da permanencia do instituto, desgarrada de seu contexto histórico original, a boa-fé obrigacional encontrará seu substrato nos ideais da Cavalaria, como indutora de deveres para com o *alter*. Martins-Costa relata que mesmo à margem de qualquer teorização, os Tribunais Comerciais Alemães passaram a considerá-la em seus julgados; podendo ser constatado, mesmo antes, na jurisprudencia da Liga Hanseática²²⁸.

O *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*, portanto, absorveu, em seu texto, diversas referências à boa-fé, contrapondo-as claramente. Em sua vertente subjetiva (*guter Glaube*),

²²¹ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 47-48.

²²²WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 544-546. Dada a relevância das cláusulas gerais para o tema abordado nesta dissertação, reserva-se um subcapítulo ao seu estudo, no qual seus contornos serão abordados.

²²³JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 76. No capítulo 1.2 (Fontes do regulamento contratual) serão tratadas as teorias da vontade e da declaração, em especial quanto à proteção da confiança criada.

²²⁴MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 208.

²²⁵MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 316-317.

²²⁶MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 210.

²²⁷DANTAS JUNIOR, Aldemiro R. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, cit., p. 72.

²²⁸MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 208.

o *BGB* busca conceituá-la pela negativa, como a ignorância do vício (v.g. § 932, 2 do *BGB*); quanto à boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), a previu em cinco disposições no código (§§ 157; 162/1 e 2; 242 e 320/2), cujo conteúdo é, a princípio, impreciso, o que contribuiu para uma insuficiente construção teórica.

Como fruto do positivismo e do pensamento burguês, o *BGB* não se afastou de seus princípios gerais, tais como a estreita vinculação do juiz à lei, e a liberdade de contratar baseada na igualdade formal entre as partes²²⁹. Porém, a cultura jurídica alemã pré-codificação era no sentido de que a boa-fé objetiva enquanto norma de conduta dependia de elementos extrassistemáticos. E essa noção refletiu-se na codificação. Por essa razão – ainda que sem uma clara percepção – o legislador tedesco optou pela técnica das cláusulas gerais²³⁰, permitindo que se chegue à solução que melhor se adequa ao caso concreto.²³¹

Se os primeiros anos do século XX não trouxeram grandes influxos, narra Lewicki, o cenário resultante da primeira guerra mundial e o tratamento dispensado à Alemanha no Tratado de Versalhes possibilitaram transformações jurisprudências, que passaram a sistematizar a aplicação da cláusula geral do §242 do *BGB*, com uma interpretação mais aberta. O trabalho jurisprudencial alemão, intensificado no decorrer no Século XX, por certo irradiou seus efeitos sobre o pensamento jurídico ocidental, sendo a principal fonte de difusão para os outros sistemas²³².

A Lei de Modernização do Direito das Obrigações (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) acentou a relevância da boa-fé objetiva, operando a codificação de soluções já reconhecidas²³³, malgrado ainda seja objeto de severas críticas.²³⁴

²²⁹ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 51-52.

²³⁰Remete-se o leitor à seção 2.1.

²³¹DANTAS JUNIOR, Aldemiro R. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, cit., p. 81-83.

²³²LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva, cit., p. 62.

²³³MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 130.

²³⁴RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 100. Algumas dessas críticas podem ser observadas em: NORDMEIER, *Carl Friedrich*. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão: a reforma de 2002. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, n. 1, p. 203-236, mar. 2004. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43502/27380>. O autor, contudo, conclui que: “O fato de ter sofrido críticas em vários pontos e de vários lados- o que é, num sentido individualista e pós-moderno, mais que compreensível- não significa que ele já não seja uma das grandes codificações europeias. Muito pelo contrário, a sua grandeza mostra-se na habilidade de enfrentar estas críticas e continuar progredindo com ou contra elas” (p. 232).

1.1. A evolução do conceito de boa-fé no direito brasileiro

A evolução histórica do conceito no Brasil, conforme bem aponta Dantas Junior, em razão da forte influencia francesa na elaboração do código civil de 1916, bem como pelo fato dos nossos juristas do Século XIX serem formados na Europa, pouco há o que se acrescentar ao que foi exposto na seção precedente²³⁵.

O código de civil de 1916 aliou sistemática moderna, com a tradição centralizadora lusitana. A pretensão de plenitude e a preocupação com a segurança, aponta Martins-Costa²³⁶, não permitiram espaços às cláusulas gerais e à boa-fé, como ocorrerá com as codificações anteriores a ele.

Apenas abordou-se a boa-fé em seu aspecto subjetivo, especialmente ligada aos direitos reais. Valia-se do conceito de boa-fé como “estado de ignorancia”. Malgrado o silêncio a lei civil, curiosamente o Código Comercial, mais antigo, já possuía em seu artigo 131 a consagração legal da boa-fé objetiva²³⁷.

Interessante a observação de Dantas Júnior no sentido de que o Código Comercial tedesco, de 1861, não trouxe qualquer dispositivo similar. Contudo, os Tribunais Alemães continuaram a decidir com base na boa-fé objetiva, rejeitando o exercício inadmissível de direitos²³⁸. Contrariamente, apesar do referido dispositivo no Código Comercial brasileiro, promulgado em 1850 – anterior, portanto, ao alemão – a doutrina e os tribunais mativeram-se tímidos quanto ao tema.

Após a promulgação da Constituição de 1988, estabelecendo o solidarismo (art. 3º, inciso I) e a tutela da dignidade da pessoa humana, que também dão fundamento à noção

²³⁵DANTAS JUNIOR, Aldemiro R. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, cit., p. 90-91.

²³⁶MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, cit., p. 266-267.

²³⁷Código Comercial Brasileiro: “Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - **a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras**; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.” (atualmente revogado pelo Código Civil de 2002) Grifei.

²³⁸DANTAS JUNIOR, Aldemiro R. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, cit., p. 82.

objetiva de boa-fé²³⁹, coube, ao Código de Defesa do Consumidor, a positividade explícita do aludido.

Em seu artigo 4º, inciso III²⁴⁰, fixou-se uma baliza interpretativa dos contratos. Já no artigo 51, inciso IV²⁴¹, a boa-fé é utilizada como cláusula geral, permitindo a oxigenação do direito e a regulamentação casuística²⁴².

Com efeito, apenas de 2002, com a promulgação do novo código civil, é que se estabeleceu, expressamente, a boa-fé objetiva como aplicável a todas as relações jurídicas. Aludida legislação valeu-se da técnica legislativa das cláusulas gerais, de origem germanicas – *generalklausen* – mas que não haviam sido reproduzidas no código anterior. Como se viu na seção precedente, a jurisprudência alemã melhor trabalhou a noção da boa-fé, difundindo o teor do §242 do BGB para outros países do ocidente.

No código civil de 2002 a previsão da boa-fé objetiva nos artigos 422, 187 e 113 representa suas funções primordiais: interpretativa, supletiva e corretiva – abaixo expostas de maneira pormenorizada.

A lei da liberdade econômica promoveu algumas alterações no Código Civil, acrescentando dois parágrafos ao artigo 113 do Código Civil, cujo teor assemelha-se ao do revogado artigo 131 do Código Comercial. Em seu §1º, inciso III, positivou que a interpretação deve “*corresponder à boa-fé*”, em repetição ao que já constava no *caput* do artigo. De toda forma, salutar as demais balizas interpretativas previstas, mormente o “*comportamento das partes posterior à celebração do negócio*” e “*os usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio*”.²⁴³

Como se extrai das lições de Caio Mário, a nova codificação preencheu a lacuna deixada pela anterior ao positivizar o princípio da boa-fé objetiva, o qual serve como elemento interpretativo do contrato; como elemento de criação de deveres jurídicos, e até como fator de limitação e ruptura de direitos. Na apuração da conduta contratual, o juiz não pode deixar

²³⁹CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 134-135.

²⁴⁰Código de defesa do consumidor: “art. 4º. (...), III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (...)”

²⁴¹Código de defesa do consumidor: “51, (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)”

²⁴²LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva, cit., p. 69.

²⁴³A função interpretativa e suas balizas serão melhor abordadas na seção 4.1.1

de observar os usos, costumes e práticas comerciais relacionadas ao tipo contratual avençado.²⁴⁴

2. A complexidade intra-obrigacional

Hodiernamente é recorrente nos manuais de direito civil a menção à obrigação como processo ou como relação jurídica complexa. Não se trata, portanto, de conceito desconhecido, contudo, na perquirição dos fundamentos da *culpa post pactum finitum*, mormente em sua relação com o descumprimento de deveres anexos, impõe-se o estudo da concepção atual de obrigação.

Pela doutrina do início do século passado enunciava que a obrigação se compunha de sujeito, objeto e vínculo. Esses seriam seus elementos estruturais mínimos. E, no conceito tradicional romanista de *obligatio*, o direito de crédito corresponderia ao dever correlativo de prestar²⁴⁵. Tal afirmação ainda é correta; porém, pode-se dizer, apresenta incompletudes.

Isto porque, a partir da doutrina que identificou e separou, nas obrigações, os conceitos de débito (*schuld - debitum*) e a responsabilidade (*haftung*), desenvolveram-se hábitos analíticos de compreensão do vínculo, constatando-se que as obrigações não se limitavam ao direito creditício nela consignado²⁴⁶. Os estudos sobre a impossibilidade da prestação, e sua conversão em perdas e danos, contribuíram para construção da noção de multiplicidade constitutiva do crédito.

Conforme narra Menezes Cordeiros, H. Siber, buscando um conceito mais abrangente de obrigação, conclui-se que o vínculo obrigacional é um organismo que abrange uma multiplicidade de pretensões²⁴⁷.

Larenz, por sua vez, trata da obrigação como um processo – nomenclatura consagrada na doutrina brasileira – fundamentada por uma finalidade determinada. Ao longo do seu desenvolvimento, tais obrigações sofrem alterações, mas sem perder seu escopo principal. O cumprimento apenas poderá ser considerado realizado se a finalidade do

²⁴⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos. Declarações de vontade. Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3, p. 21.

²⁴⁵PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 319.

²⁴⁶Couto e Silva afirma que além da prestação primária, que corresponderia ao próprio débito, existência de uma prestação secundária, a qual corresponderia a responsabilidade pelo cumprimento (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 83).

²⁴⁷MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 587-588.

contrato, representada pela satisfação do interesse credor, for atingida, conforme expressa o §362º do BGB. Assim, não basta a mera atuação do devedor, é necessária a obtenção de um resultado específico²⁴⁸. O devedor deve empregar no cumprimento da obrigação a diligência necessária, a qual variará conforme sua posição e espécie contratual.²⁴⁹

Com efeito, a totalidade da obrigação transcende a mera soma dos elementos que a compõe, constituindo uma ‘relação especial’ entre as partes. Compreende, assim, uma série de deveres de prestação e de conduta, direitos de formação (como a denúncia ou opção), e de outras situações jurídicas. Até mesmo após a satisfação de sua finalidade, a relação obrigacional conserva sua importância como ‘*fundamento jurídico*’ da prestação realizada²⁵⁰.

Na doutrina nacional, Couto e Silva foi pioneiro em examinar o fenômeno da complexidade intra-obrigacional, vinculando-o às fontes da obrigação e aos princípios que regem a matéria. Verificou que a principal transformação consistia na existência de deveres que, não tendo seu fundamento direto na própria autonomia privada, resultam da concreção da boa-fé objetiva, como fontes heterônomas do regulamento contratual.²⁵¹

Essa a lição de Couto e Silva:

“A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplementos de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurisdicizada. Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal”²⁵².

O direito norte-americano, assim como grande parte dos países da *common law*, igualmente reconhece a existência de deveres decorrentes não diretamente da vontade das partes, mas resultantes das práticas e costumes comerciais, através da doutrina dos *implied*

²⁴⁸LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 408-409.

²⁴⁹MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. t. 1, v. 2, p. 434-424.

²⁵⁰LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 37-39.

²⁵¹SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 169.

²⁵²*Id. Ibid.*, p. 38.

terms, que podem decorrer da interpretação da vontade das partes (*implied condition*) ou da atividade supletiva dos Tribunais (*constructive conditions*)²⁵³, como já exposto acima.

Contudo, ante a diversidade de pretensões e deveres que podem surgir da relação obrigacional, preciso o alerta de Menezes Cordeiro no sentido de que, melhor que buscar enumerá-los, é determinar seus ‘quadros formais’²⁵⁴.

Em um primeiro nível, o direito de crédito, consistente na prestação principal, corresponderia à relação paradigmática entre um direito e um dever. Esse é o elemento decisivo que dá conteúdo à relação e determina o seu tipo²⁵⁵, sendo essencial, aqui, a presença da autonomia da vontade na sua configuração, ainda que eventualmente limitada em sua extensão, em virtude de normas de ordem pública.

Para além destes deveres, podem existir outros, ditos secundários, oriundos da própria obrigação ou de sua fonte, mas como resultado de operações de interpretação, ainda que integrativa. O dever de restituição da coisa locada, *v.g.*, integra-se à relação locatícia, e é secundário, não se confundindo com a prestação principal do locatário de adimplir o aluguel. Mota Pinto divide-os em duas categorias: a) *direitos secundários com prestação autônoma*: é a hipótese das perdas e danos em virtude da mora, ou de prestações sucedâneas do dever primário, tal como ocorre com a indenização pelo inadimplemento absoluto; b) *deveres secundários, acessórios da prestação principal*: estes não possuem autonomia, estão exclusivamente dirigidos ao interesse no cumprimento. É o caso, para o autor, do dever de custódia no contrato de transporte de coisas²⁵⁶ ou, acrescenta-se, da devolução da coisa locada²⁵⁷.

Entretanto, não se esgota, aqui, o conteúdo da relação obrigacional. Ela desenvolve-se, também, em um segundo nível. No anterior moldou-se o esquema da obrigação, porém, seu cumprimento pode vir a acarretar prejuízos para os contratantes. Assim, existem outros deveres que tem por função o auxílio na realização do fim contratual e a proteção da

²⁵³ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M.; MALLOY, Michael P. *Contracts in a nutshell, cit.*, p. 260 e 384-385. O tema já foi abordado no capítulo precedente. Assim, para um melhor conceito sobre as *implied terms*, remete-se o leitor à seção 1.2 desta dissertação.

²⁵⁴MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., *cit.*, p. 590.

²⁵⁵PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual, cit.*, p. 336.

²⁵⁶*Id. Ibid.*, p. 337.

²⁵⁷Em tais hipóteses, ainda que silente o contrato – havendo lacuna, portanto – a existência dessas cláusulas decorre interpretação contratual. Vincula-se, aqui, à função interpretativa da boa-fé, e não à sua função supletiva, como se demonstrará abaixo (vide seção 4.1.1).

integridade física e dos bens dos contratantes, independentemente de previsão expressa²⁵⁸. Tratam-se dos deveres laterais.

Cumprir enfatizar que a nomenclatura adotada não é uniforme. Couto e Silva trata-os sob a rubrica deveres secundários, dividindo-os apenas em dependentes ou não da prestação principal²⁵⁹. Antunes Varela nomeia-os deveres acessórios de conduta²⁶⁰. Judith Martins Costa divide-os em de deveres instrumentais e de proteção²⁶¹. Menezes Cordeiro denomina-os de deveres acessórios²⁶². E Larenz explora o tema sob a rubrica de deveres de conduta ou deveres de diligência²⁶³. Não obstante essa diversidade nomes, para melhor sistematização deste trabalho adotar-se-á a nomenclatura proposta por Mota Pinto²⁶⁴, designando-os como *deveres laterais*, posto que melhor expressa a relação de mediatidade com a prestação principal.

Esses deveres laterais consistem na imposição, pela boa-fé, de determinados comportamentos, em razão da relação de confiança oriunda do contrato, tendo por desiderato o correto adimplemento da obrigação, ou seja, obtenção da finalidade contratual. Esta não se confunde com o *motivo* descrito no artigo 140 do Código Civil, e que corresponde à razão subjetiva, de foro íntimo do agente, a qual somente tem relevância nas situações do artigo 140²⁶⁵. A finalidade integra a teoria da causa do negócio jurídico, constituindo um *plus* cuja desatenção pode ensejar o adimplemento insatisfatório²⁶⁶.

Como salienta Cogo, a finalidade identifica-se com o conceito de causa concreta, ou seja, o interesse; o resultado prático que se busca extrair do negócio jurídico. Deve ser relevante e conhecida por ambos os contratantes, considerando a espécie de negócio celebrado e as circunstâncias da celebração. O conhecimento, inclusive, pode resultar tanto do próprio contrato (quando expresso), como de sua interpretação de boa-fé²⁶⁷.

²⁵⁸MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 592.

²⁵⁹SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 91.

²⁶⁰VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 15. reimpr. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1, p. 125.

²⁶¹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 573.

²⁶²MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 592.

²⁶³LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 154.

²⁶⁴PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 338-339.

²⁶⁵COGO, Rodrigo B. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 309-310.

²⁶⁶SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 41.

²⁶⁷COGO, Rodrigo B. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*, cit., p. 308.

Assim, se a obrigação apenas estará cumprida após obtido determinado resultado²⁶⁸, as condutas necessárias à sua satisfação, possíveis de serem exigidas, e condizentes com uma atuação de um contratante de boa-fé, segundo a prática exigida pela espécie de negócio jurídico realizado, igualmente se fazem presentes.

Essas obrigações laterais nascem a depender das circunstâncias presentes, podendo modificar-se ao longo da relação contratual. Se os meios previstos pelas partes para satisfação do interesse de prestação são ineficazes, o devedor deve espontaneamente adotar outras²⁶⁹.

Contudo, diferentemente do dever principal de prestar, esses deveres não se radicam apenas na posição do devedor, mas também na do credor. Não basta que ele se abstenha de atitudes impeditivas, deve igualmente colaborar com o devedor no cumprimento de sua obrigação²⁷⁰. Seu descumprimento, por estarem radicados em um segundo nível, não se subsumiria aos conceitos de mora e inadimplemento absoluto, mas sim na denominada *violação positiva do contrato*²⁷¹, na qual podem incorrer tanto o devedor quanto o credor.

E mais, tais deveres não necessariamente são extintos com o dever principal. Eles podem subsistir mesmo após o cumprimento deste, nas hipóteses de pós-eficácia das obrigações.

Dessa forma, denota-se a íntima relação entre os deveres laterais e a *culpa post pactum finitum*. Conforme se discorrerá adiante, com mais vagar, a responsabilidade civil pós-contratual gravita em torno do descumprimento de deveres anexos que ‘sobrevivem’ ao dito período de execução do contrato.

A grande dificuldade, contudo, não consiste tanto em justificar teoricamente a complexidade obrigacional, mas sim defini-la; concretizá-la. Até mesmo no âmbito da *commom law* reconhece-se que a boa-fé impõe deveres implícitos aos contratantes, na forma do §1-304 do U.C.C.²⁷² e 5.1.2 do UNIDROIT²⁷³.

²⁶⁸Adotada aqui, a teoria da *execução real da obrigação*, que conta com a adesão de Larenz (*Derecho de obligaciones, cit.*, p. 413).

²⁶⁹MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, cit.*, p. 427-428.

²⁷⁰MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 595.

²⁷¹PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual, cit.*, p. 342.

²⁷²UCC, §1-304: “Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.”

²⁷³Art. 5.1.2 UNIDROIT PRINCIPLES 2016: “ARTICLE 5.1.2 (Implied obligations) Implied obligations stem from (a) the nature and purpose of the contract; (b) practices established between the parties and usages; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness.”

Assim, necessário o exame da cláusula geral do artigo 422 do Código Civil, na busca de uma definição dos deveres laterais pós-eficazes, decorrentes da função supletiva da boa-fé objetiva, os quais diferenciam-se dos deveres secundários, oriundos da interpretação contratual. Previamente, contudo, por questões de didática em relação ao tema proposto, impõe-se o exame da violação positiva do contrato e a definição dos interesses de prestação e proteção.

3. Violação positiva do contrato e deveres de prestação e de proteção

Pouco depois da entrada em vigor do *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB, ao 1º de janeiro de 1900, as dificuldades oriundas da ausência de previsão em seu texto quanto às hipóteses de descumprimento de obrigações negativas ou cumprimento imperfeito da prestação (tomada, aqui, em seu sentido amplo) pelo devedor, foram observadas por Hermann Staub em publicação original de 1902, denominada *Die positiven Vertragsverletzungen*, que pode ser traduzida como “as violações positivas do contrato”.

Visando demonstrar tais deficiências, Staub expos que, na esteira do *Code Napoléon*, o BGB regulou originalmente duas espécies de inadimplemento. No §280º a obrigação de indenização em virtude da impossibilidade da prestação por fato imputável ao devedor; e no §286º a indenização em razão da mora.

Denota-se, portanto, que em ambas hipóteses aludem ao não cumprimento da obrigação em seu terno; restando silente quanto ao cumprimento defeituoso ou ao descumprimento de obrigações negativas. Assim conclui Staub:

*“Il BGB non contiene, peraltro, un’analoga disposizione per le numerose ipotesi in cui qualcuno viola un’obbligazione mediante condotta positiva, facendo qualcosa che dovrebbe omettere, oppure eseguendo la prestazione dovuta, ma in modo inesatto”.*²⁷⁴

²⁷⁴STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto (Die positiven vertragsverletzungen)*. Trad. it. di Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 39. Tradução livre: “O BGB não contém, no entanto, uma disposição semelhante para inúmeras hipóteses em que alguém viola uma obrigação por meio de uma conduta positiva, fazendo algo que deve omitir, ou mesmo realizando o devido desempenho, mas de uma maneira imprecisa”.

E, para construção de sua teoria, elencou alguns casos práticos de violações positivas (ou seja, por ações), cujo dever de indenizar, ao menos em nível filosófico, mostrava-se evidente:

“Alcuni esempi: qualcuno, impegnatosi a non rivendere in Francia le lampade acquistate, lo fa comunque. Un commerciante fornisce ad altri una sostanza luminescente da lui prodotta, che contiene elementi esplosivi, senza richiamare l’attenzione del compratore su questa circostanza; la sostanza luminescente poi causa grossi danni nel negozio dell’acquirente. Un agente, per negligenza, redige resoconti inesatti circa la solvibilità di un suo cliente (...) Nessuno può dubitare che, in tutti questi casi, la parte che viola i propri doveri abbia l’obbligo di risarcire l’altra del danno derivato da tale violazione. Ma come si può giustificare questo principio giuridico? Su quali disposizione legislative si basa?”²⁷⁵

Limitadas ao aspecto temporal, tais casos não seriam adequadamente subsumidos ao regime legal da mora ou da impossibilidade. Por outro lado, também não se enquadrariam no regime da responsabilidade civil delitual. Este decorreria apenas de atos intencionais ou culposos que agredissem direitos da personalidade (§823 do BGB), o que não seria o caso.

Com efeito, o problema verificado por Staub consistia precisamente na justificação jurídica da obrigação de indenizar derivada das violações positivas (comissivas) do contrato. Em síntese formulada por Jorge Cesa Ferreira da Silva, os casos narrados podem ser reunidos em cinco grupos, facilitando o estudo, quais sejam: a) descumprimento de obrigação negativa; b) mau cumprimento de obrigações duradouras; c) negligente cumprimento de deveres de prestação; d) descumprimento de deveres laterais e, e) recusa antecipada de devedor de cumprir²⁷⁶.

Na primeira hipótese, Staub²⁷⁷ afirma que o § 241 do BGB previa a possibilidade de existirem obrigações negativas. No entanto, o inadimplemento estaria regido pelo § 326 do BGB (na redação original), de modo que este apenas se configuraria após o decurso do prazo

²⁷⁵STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto (Die positiven vertragsverletzungen)*, cit., p. 40. Tradução livre: “Alguns exemplos: alguém, empenhado em não revender as lâmpadas compradas na França, faz isso de qualquer maneira. Um comerciante fornece a outros uma substância luminescente produzida por ele, que contém elementos explosivos, sem chamar a atenção do comprador sobre essa circunstância; a substância luminescente causa então grandes danos na loja do comprador. Um agente, por negligência, elabora relatórios imprecisos sobre a solvência de um de seus clientes (...) ninguém pode duvidar que, em todos esses casos, a parte que violar suas obrigações tem a obrigação de compensar a outra pelos danos decorrentes dessa violação. Mas como esse princípio legal pode ser justificado? Em que disposições legais se baseia?”.

²⁷⁶SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 218.

²⁷⁷STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto (Die positiven vertragsverletzungen)*, cit., p. 42-43.

concedido pelo credor para cumprimento. Assim, haveria lacuna em relação às hipóteses de inadimplemento direto de obrigações negativas.

O mesmo ocorreria no caso de descumprimento de prestação singular em obrigações duradouras. Em contrato de fornecimento regular de cerveja, a entrega de uma porção de cerveja azeda gera a reclamação da freguesia. Em tal hipótese, não há como se qualificar de impossibilidade – que se consubstanciaria no inadimplemento absoluto – ou à mora, posto que houve a entrega da cerveja na data aprazada e a entrega de cerveja de boa qualidade era possível.

A terceira hipótese, de mau cumprimento dos deveres de prestação, é bem demonstrado pelo caso do sócio contador que realiza os balanços de forma negligente, fazendo com que as decisões sociais tenham sido equivocadas. Note-se que não há como se falar em impossibilidade, posto que jamais se tornou impossível a realização do balanço correto. Também não houve mora, porque os balanços foram entregues no tempo adequado. Entretanto, desnecessárias maiores explicações para se evidenciar que a prestação realizada não satisfaz os interesses do credor. Logo, percebe-se mais um caso não regulamentado pelo BGB.

A recusa antecipada ao cumprimento, por sua vez, igualmente, representa hipótese de violação positiva do contrato, porque o BGB exigia, para mora ou inadimplemento, o não cumprimento da prestação no seu tempo. Porém, percebendo desde logo o credor, que o devedor não irá cumprir a prestação no termo final – em especial naquelas que demandam diversos atos para a consecução, *e.g.* construções – a manutenção da relação contratual mostra-se desprovida de sentido. Desse modo, deve ser facultado ao credor a resolução desde logo da avença.

A última hipótese elencada, contudo, possui maior interesse para o presente estudo. Trata-se do descumprimento de deveres laterais. Cabe aqui relembrar, como já exposto acima, que Staub não reuniu exemplos sob essa rubrica. Apenas mencionou hipóteses que permitem ser assim agrupadas. Trata-se, portanto, de reunião didática; e não de nomenclatura proposta pelo autor.

Em tais casos, o interesse violado não se relacionaria diretamente com a prestação ou os fins do contrato, mas à proteção da pessoa ou do patrimônio da outra parte. Um dos casos citados consiste no Fabricante que fornece um material luminoso para um comerciante, sem informa-lo que sua fórmula continha substancia explosiva. O material explode e causas

danos na loja do comerciante, os quais são indiretamente relacionados à prestação (de entrega, que foi adequadamente cumprida).

Pelo que se nota em todas essas hipóteses, o que Staub procurou demonstrar é que o inadimplemento da obrigação não pode ser conceituado apenas pelo não cumprimento no seu tempo, como o fez o BGB em sua versão inicial. A obrigação pode ser violada também através de condutas positivas. E, identificadas essas omissões, tratou-as como “*lacunas*”, as quais deveriam ser colmatadas com a aplicação analógica do § 286º e § 326º do BGB²⁷⁸, sujeitas, portanto, ao regime da mora.

Essas conclusões, por um lado, tiveram grande repercussão na época, sendo acolhida pela jurisprudência alemã, posto que sua elasticidade possibilitava a solução de casos concretos, malgrado se reconhecesse que, ao extremo, poderia resultar em simples julgamento por equidade.

Por outro, a doutrina endereçou diversas críticas à teoria da violação positiva do contrato, sustentando que seriam fenômenos diversos, tratados equivocadamente de forma unitária. Alguns chegaram a afirmar que sequer lacuna haveria, posto que a hipótese de violação de uma obrigação de não-fazer, nada mais seria que o próprio inadimplemento²⁷⁹.

A principal crítica à teoria da violação positiva do contrato foi formulada por Heirich Stoll, em artigo denominado “*Adeus à doutrina da violação positiva do contrato*”, cujos estudos tiveram especial importância na definição do conceito de deveres laterais. Stoll defendeu uma reformulação na noção dos deveres oriundos da relação obrigacional. Para ele, o vínculo compreenderia dois vetores: os deveres voltados ao cumprimento da prestação (interesses de prestação); e os orientados à proteção da pessoa e do patrimônio dos contratantes (interesses de proteção)²⁸⁰.

Os primeiros – interesses de prestação – acarretariam o surgimento de deveres que buscam tutelar a obtenção efetiva do fim contratual, possuindo, assim, uma função positiva. Já os interesses de proteção, por sua vez, se prestariam a obstar que, em razão da relação de confiança gerada pelo vínculo obrigacional, ligada à boa-fé, um contratante produzisse danos na esfera jurídico do *alter*²⁸¹.

²⁷⁸STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto (Die positiven vertragsverletzungen)*, cit., p. 48-56.

²⁷⁹MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 597.

²⁸⁰SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 19.

²⁸¹MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 598.

Consequentemente seria despiciendo o recurso à violação positiva do contrato, porquanto, sendo ambos interesses derivados do vínculo obrigacional, tanto a inobservância os deveres de prestação, como também o descumprimento dos deveres de proteção, se subsumiriam nas hipóteses de impossibilidade ou mora, já regradas pelo BGB.

O grande mérito de H. Stoll foi perceber que toda relação obrigacional possui essa duplicidade de interesses: de prestação e de proteção. Não obstante, certo é que a teoria dos deveres de proteção de Heinrich Stoll acabou por reafirmar a própria lacuna propagada por Staub, dando força à teoria da violação positiva do contrato.

Isto porque, ao desenvolver sua teoria, acabou por estabelecer limitações significativas na concepção desses últimos. Para o autor, os deveres de proteção abarcariam tão-somente aqueles não vinculados diretamente à prestação, e que seriam destinados a manutenção de um determinado estado de coisas, através da vedação condutas. Deixou a descoberto, portanto, outra gama de deveres que, apesar de desvinculados da prestação principal, consistiam em uma *ação* tendente ao melhor adimplemento²⁸².

Assim, a doutrina posterior, influenciada pelo conceito de obrigação como relação jurídica complexa, acabou por alargar o âmbito dos deveres laterais, incluindo outras condutas que possuem uma relação indireta ou qualitativa com a prestação. Com isso, além do dever de não realizar atos que possam prejudicar os bens e a pessoa do outro contratante (proteção), também inclui-se a adoção de comportamentos positivos, de informação e lealdade, com o objetivo de que o processo obrigacional se desenvolva plenamente²⁸³.

Delimitou-se, ainda, de forma mais adequada, atuação da violação positiva do contrato, dando-lhe um caráter residual. Abrangeria apenas as situações que não se enquadrassem no campo legal de incidência da impossibilidade, da mora ou dos vícios individualmente regulados nos contratos típicos. Após esse corte, em regra citam-se como hipóteses de violação positiva do contrato os seguintes casos: a) mau cumprimento de deveres de prestação, com danos distintos da mora ou impossibilidade; b) descumprimento de deveres laterais e, c) recusa antecipada de devedor de cumprir o contrato²⁸⁴. Não

²⁸²SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 80. Esses deveres não podem ser considerados principais ou secundários, posto não que não decorrem da prestação. Tampouco consubstanciam um dever de abstenção; mas sim, exigência de comportamento ativo do contratante.

²⁸³HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 900, p. 56-57, out. 2010.

²⁸⁴Ressalte-se que o legislador alemão, atento a essas observações, e valendo-se dos estudos sobre a violação positiva do contrato, acrescentou, através da Lei de Modernização do Direito das Obrigações (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), a necessidade das partes de observarem os deveres laterais de conduta.

distinguindo muito quanto às hipóteses inicialmente previstas por Staub, acrescentam, ainda, a d) o descumprimento de obrigação negativa e, e) o descumprimento de obrigação singular em contrato duradouro²⁸⁵.

No mesmo diapasão, a lição de Menezes Cordeiro afirmando que integram a violações positivas do contrato os casos de cumprimento defeituoso; incumprimento de prestações secundárias e violações de deveres laterais.

Porém, como se sustentará mais a frente, os deveres laterais oriundos da boa-fé objetiva deverão ser vistos de acordo com o grau de vinculação ao interesse de prestação, e isso, no ordenamento jurídico brasileiro, acarretará diversidade de tratamento.

Continuando na busca pelo vetor material dos deveres laterais, faz necessário o estudo da cláusula geral da boa-fé objetiva.

4. A cláusula geral da boa-fé objetiva

Pelo o que já se identificou no presente trabalho, a relação obrigacional não se limita à realização da prestação estipulada no contrato ou, ainda, de eventuais prestações secundárias desnudadas pela atividade interpretativa. Há a necessidade de observar-se, igualmente, deveres laterais de conduta evidenciados a partir de uma visão globalizante do contrato.

Utilizar tais deveres, porque sobrevivem ao período de execução contratual²⁸⁶, como forma de justificar e identificar a presença de deveres pós-eficazes é comum em decisões e obras jurídicas. Porém, essa uniformidade pode ocultar variações de método ou servir como mero apoio linguístico para soluções encontradas em outros *locus*, como a equidade, conforme já alertou Menezes Cordeiro²⁸⁷.

Cumpra-se examinar, como a boa-fé objetiva poderá servir de fundamento adequado para a *culpa post pactum finitum*. Isto apenas será possível através do estudo sobre suas fórmulas de concretização.

²⁸⁵SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, *cit.*, p. 224-225.

²⁸⁶Como já se teve percorrido ao longo da seção 2.2.

²⁸⁷MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da pós-eficácia das obrigações*, *cit.*, v. 1, p. 167.

De proêmio, tem-se que a expressão “boa-fé” representa um conceito polissêmico. Pode ser apresentada em um sentido subjetivo, como o estado psicológico do agente, que ignora²⁸⁸ a lesão ao direito de terceiros²⁸⁹ (v.g. como referida no artigo 1.201 do C.C.). Nesse sentido, diz-se que o agente age *de* boa-fé, cuja antinomia seria o agir de má-fé; com dolo. Traduz a ideia, portanto, de um estado de fato, sendo denominada boa-fé-crença, em referência à *guten Glauben* dos alemães, no qual o erro ou a ignorância são os pressupostos para a convicção do agente²⁹⁰.

Pode ainda ser concebida em um sentido objetivo, definindo-a como um dever; uma de regra de conduta de acordo com determinados padrões socialmente recomendados. Aqui também se verifica, em sua base, uma tutela à confiança. Porém, se na boa-fé subjetiva “*se tutela a confiança de quem acredita numa situação aparente, na objetiva tutela-se a de quem acreditou que a outra parte procederia de acordo com os padrões de conduta exigíveis*”²⁹¹. A boa-fé objetiva, também referida como boa-fé lealdade (ou probidade), consiste, efetivamente, no dever de adotar uma conduta em benefício de outrem²⁹². Equivalente à *Treu und Glauben*²⁹³ dos tedescos, exposta no §242 do BGB. Pressupõe a vinculação especial entre duas pessoas, com a presença de elementos que justifiquem a confiança de que o outro contratante agirá em conformidade com o padrão abstrato de comportamento exigível do bom cidadão, para o negócio jurídico daquela espécie²⁹⁴. Os contratantes devem agir de modo a respeitar a confiança e os interesses do outro²⁹⁵.

A boa-fé objetiva pode, ainda, ser entendida como mero *standard* de comportamento ou como verdadeiro princípio geral do direito (ou, ao menos, dos contratos). Na primeira hipótese, não passaria de um padrão que o juiz consideraria ao proferir uma decisão – tal como ocorre com a noção de “diligencia” prevista nos artigos 138; 629 e 667 do Código Civil. Tratar-se-ia, assim, de um simples parâmetro para a decisão. Por outro lado, concebida

²⁸⁸Discute-se se bastaria a mera ignorância ou se esse estado de fato deveria ser desculpável. Após expor o problema, Fernando Noronha conclui que “*não é a mera culpa ou culpa simples, que vai afetar a boa-fé da pessoa; mas somente nas hipóteses de dolo ou culpa grosseira*” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133).

²⁸⁹LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações, cit.*, p. 56.

²⁹⁰CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo, cit.*, p. 131.

²⁹¹NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, cit.*, p. 136.

²⁹²LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações, cit.*, p. 56.

²⁹³CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo, cit.*, p. 132.

²⁹⁴NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, cit.*, p. 138.

²⁹⁵CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo, cit.*, p. 136.

como um princípio, a boa-fé interage com outras normas, permitindo ao juiz o desenvolvimento de novas regras ou soluções não previstas na lei²⁹⁶. Conforme conclui Jaluzot:

*“En outre le principe joue un rôle particulier dans l’ordre juridique, car il se trouve au sommet de la hiérarchie des normes. Un certain nombre de règles peuvent lui être soumises et en vertu de ce principe, le juge peut exercer une influence sur les autres règles juridiques qui sont l’émanation”*²⁹⁷.

Ainda segundo a autora, a noção que lhe foi atribuída no século XIX, de se tratar de puramente um *standard* ou padrão de comportamento que simplesmente auxiliaria o juiz na interpretação do contrato está em declínio. A partir do século XX – e também no século XXI – a ideia da boa-fé como princípio jurídico tem ganhado prevalência, embora não seja compreendida da mesma maneira em todos ordenamentos jurídicos. Os franceses o consideram como princípio dos contratos, ao passo que os alemães tomam-no como um princípio geral de direito.²⁹⁸

Sintomática dessa percepção a análise das lições de Larenz que, ao expor sobre o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico tedesco, afirma que a boa-fé e a confiança representam a base do tráfego jurídico e de todas as relações jurídicas, não se limitando ao direito das obrigações, mas podendo incidir, também, nas relações de direito das coisas, processual e de direito público²⁹⁹.

²⁹⁶JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais, cit.*, p. 74-75.

²⁹⁷*Id. Ibid.*, p. 124. Tradução livre: “o princípio desempenha um papel especial na ordem jurídica, porque está no topo da hierarquia das normas. Várias regras podem ser submetidas a ele e, em virtude do princípio, o juiz pode exercer uma influência sobre as outras regras legais que dele emanam”.

²⁹⁸JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais, cit.*, p. 126. Contudo, a autora, após diferenciar entre os dois sentidos da boa-fé, mas ainda tendo por base a redação anterior à *Ordonnance* n° 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016, afirma que para os juristas franceses parece incongruente se afirmar que a boa-fé poderia ser objetiva, pois na linguagem cotidiana está ligada a um estado de espírito. Esse estado de espírito só pode variar de acordo com os indivíduos e as circunstâncias da causa. O juiz francês decide se a pessoa é ou não de boa-fé, enquanto que, de acordo com a lei japonesa e a lei alemã, o juiz determina se o princípio da boa-fé é ou não respeitado; se houve ou não violação do princípio da boa-fé (*La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais, cit.*, p. 80). Complementa Judith Martins, no sentido que nos países latino-americanos a influência do direito francês foi maior, de modo que a boa-fé é retratada com ênfase em seu aspecto subjetivo. Isso não ocorre, ao menos no direito contratual Brasileiro, que sofreu uma maior influência do direito germânico, que atribui à boa-fé um significado próprio de sua cultura (MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, cit.*, p. 122-123).

²⁹⁹LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones, cit.*, p. 144.

Assim, denota-se que, se a boa-fé subjetiva é um *estado*, uma crença; ao passo que a boa-fé objetiva é um princípio jurídico³⁰⁰ direcionador e inspirador de condutas. O artigo 422 do Código Civil ao dispor, adotando a técnica legislativa das cláusulas gerais³⁰¹, que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, refere-se à sua noção objetiva; ou seja, a boa-fé enquanto princípio.

Não quer dizer que a ideia de boa-fé como *standard* tenha sido suplantada. Pelo contrário. Conforme bem expõe Judith Martins, a boa-fé objetiva designa, além de um princípio jurídico (que aponta a um “estado ideal de coisas”), também um *standard* de comportamento e um modelo jurídico prescritivo, ambos com aptidão para impor deveres³⁰².

E, malgrado o silêncio na redação do artigo 422 do Código Civil, tratando-se de princípio jurídico, a boa-fé objetiva não pode ser afastada pelos contratantes. Não podem as partes renunciar, *ab initio*, sua incidência – e conseqüentemente, da *culpa post pactum finitum*. Mas podem, por certo, estabelecer regramentos diversos, dentro dos limites da autonomia privada³⁰³.

Essa a posição da legislação francesa que, com a reforma legislativa promovida no ano de 2016, passou a prescrever expressamente em seu *Code Civil*, no art. 1104, al. 2, que “*cette disposition est d'ordre public.*” É o que Larenz referia como normas complementares irrenunciáveis.³⁰⁴

Junqueira de Azevedo já enunciava a insuficiência do então projeto, hoje Código Civil, comparando-a com a disposição correspondente do *Uniform Commercial Code*³⁰⁵, que não apenas veda expressamente o ajuste de não incidência da boa-fé, como também permite

³⁰⁰NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, cit., p. 132.

³⁰¹Conforme tratado no capítulo precedente, as cláusulas gerais são compostas por conceitos jurídicos indeterminados de realidade normativa, os quais reenviam o intérprete a parâmetros variáveis no tempo e no espaço, que correspondem às ideias-tipo; padrões de comportamento ou conceitos metajurídicos.

³⁰²MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 281-284.

³⁰³Note-se que sempre será possível aos contraentes regradar a relação jurídica conforme seus interesses, inclusive prevendo expressamente eventuais deveres anexos. O que se quer afirmar, neste ponto, é que não podem os contratantes, ainda que haja consenso, acordar que sua relação jurídica não será baseada na boa-fé-lealdade.

³⁰⁴LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 122.

³⁰⁵§1-302 (b): “(b) *The obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care prescribed by [the Uniform Commercial Code] may not be disclaimed by agreement. The parties, by agreement, may determine the standards by which the performance of those obligations is to be measured if those standards are not manifestly unreasonable. Whenever [the Uniform Commercial Code] requires an action to be taken within a reasonable time, a time that is not manifestly unreasonable may be fixed by agreement.*”

que as partes acordem sobre qual *standard* deverá o juiz se basear para determinar as condutas exigíveis.

A agir de boa-fé, no direito norte-americano, consiste em uma promessa implícita aos contratos. Partindo de exemplos de contratos de compra e venda a contento, Hillman³⁰⁶ afirma que os Tribunais examinam a satisfação à luz da boa-fé. Para tanto, valem-se valores comerciais ou de qualidade, da aptidão operacional ou utilidade mecânica, para concluir se houve ou não razoabilidade da rejeição.

Os *UNIDROIT principles of international commercial contracts*, em seu *article 1.7*³⁰⁷, possui previsão similar, não apenas tornando obrigatória a observância da boa-fé, como também identifica o padrão de conduta a ser considerado pelo magistrado: o do comércio internacional (*good faith and fair dealing in international trade*).

Essa insuficiência do texto foi sanada pela Lei nº 13.874/2019 que modificou o Código Civil para prever expressamente a possibilidade de as partes pactuarem regras de colmatação de lacunas e integração contratual (art. 113, §2º, do CC).

Note-se que estão em causa regras de comportamento que, adequadamente respeitadas, possibilitarão a regular satisfação do direito de crédito. Estas regras desenvolvem-se em uma tripla direção³⁰⁸. Na esfera do devedor, consiste no dever de cumprir a prestação no sentido ditado pela boa-fé – enunciado no artigo 113 do Código Reale – e esperado legitimamente pelo credor. Se dirige ao credor, que deve exercer seu direito correspondente, atentando à confiança depositada pelo devedor. Também se direciona aos demais partícipes, que devem atuar de acordo com o sentido e finalidade do vínculo estabelecido.

Denota-se, ainda, e com maior importância para a presente dissertação, uma segunda insuficiência na redação do artigo 422 do Código Civil, consistente no período de sua incidência³⁰⁹. Isto porque, se a obrigação é um processo, consoante já abordou³¹⁰, a boa-fé deve ser observada não só na conclusão e execução do contrato (como positivados no art.

³⁰⁶HILLMAN, Robert A. *Principles of contract law*, cit., p. 32-33.

³⁰⁷Art. 1.7 UNIDROIT PRINCIPLES 2016: “*ARTICLE 1.7 (Good faith and fair dealing): (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.*”

³⁰⁸LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernandez Rodriguez. Buenos Aires, AR: Editorial Olejnik, 2018. p. 148. (Colección: Biblioteca de Derecho Privado).

³⁰⁹JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código Aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos, cit., p. 150.

³¹⁰Remete-se o leitor ao capítulo 2.2.

422 do C.C.), mas também na fase pré-contratual, com as tratativas e negociações preliminares, e na fase pós-contratual, na qual, apesar de finda a avença, as partes devem abster-se de condutas que frustrem a finalidade negocial e fruição das vantagens obtidas.

Não se trata de uma regra de simples aplicação; é preciso um juízo valorativo para concretização das condutas exigíveis. Tal juízo não poderá ser feito com base em um critério subjetivo, mas sim objetivo, ajustando-se as exigências da justiça, da consciência jurídica e do setor de social em que atuam os participantes³¹¹. A obtenção desse critério objetivo de aferição impõe um correto delineamento da noção de boa-fé objetiva. Até porque, não corresponde a uma mera remissão à equidade ou outro sentimento jurídico, mas sim a vetores precisos para sua concretização³¹²

Menezes Cordeiro³¹³, ao traçar o sentido material da boa-fé, inicia delimitando-a pela forma negativa, descolando-a da noção de equidade³¹⁴. Esta abriga duas acepções: a de correção do direito posto (em especial, na quantificação das prestações³¹⁵), e outra que, prescindindo do direito, oferece a solução com base na justiça para o caso concreto, sendo possível apenas se previsto na lei³¹⁶ ou por acordo das partes³¹⁷.

Em ambas vê-se uma bitola material para corrigir uma regra ou resolver um caso concreto, sem auxílios a outros fatores. A equidade não é captada por qualquer indeterminação; mas apenas quando se exija uma decisão à revelia do direito posto; ou seja, independentemente de qualquer parâmetro legal³¹⁸. É verdade que não há se falar esteja ela fora do sistema jurídico; se este expressamente a faz referência, tem-se que materialmente a decisão nela baseada, integra-o³¹⁹.

Não obstante, apesar de certa aproximação entre os institutos, em especial pela capacidade de adaptar-se ao caso concreto, a equidade apenas tem utilização nas estreitas

³¹¹LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 142-143.

³¹²LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, cit., p. 58.

³¹³MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1.199-1.202.

³¹⁴No direito pátrio, apesar das diferenças entre equidade e boa-fé, cumpre ressaltar que na legislação consumerista ambos os conceitos são abordados em um mesmo contexto. O artigo 51, inciso IV, do CDC, sanciona com nulidade as cláusulas incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

³¹⁵O autor refere-se a artigos do Código Civil Português. Contudo, denota-se regras similares no Código Civil Brasileiro. É o caso dos artigos: 413; 479; 738, parágrafo único; 928, parágrafo único; 944, parágrafo único e 953, parágrafo único.

³¹⁶CPC: art. 140, parágrafo único: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

³¹⁷Lei nº 9.307/96: art. 2º: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

³¹⁸MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1.202-1.203.

³¹⁹NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*, cit., p. 382.

hipóteses legais, ao passo que boa-fé é norma de ordem pública, não estando no poder de disposição das partes a decisão sobre observá-la ou não.

Verifica-se, ainda, que a decisão com base na boa-fé, sob o prisma estrutural, ampara-se em reduções dogmático-sistemáticas, sendo, portanto, passíveis de controle. Seus argumentos decorrem do próprio ordenamento, e não do sentimento de justiça para o caso concreto.

Na lição de Menezes Cordeiro: “*os institutos que integram a boa-fé têm sempre em conta a necessidade de reprodução das decisões implicadas e convidam vivamente ao labor científico; ambos estes aspectos escapam à equidade*”³²⁰. Desta feita, percebe-se que a imposição dos deveres oriundos da boa-fé, e eventual responsabilização por seu descumprimento, não são julgamentos por equidade; mas sim extraídos de valores do sistema, à vista do ambiente socioeconômico em que firmado o contrato.

Já em sua delimitação positiva, ainda valendo-se das lições de Menezes Cordeiro, o princípio da boa-fé relaciona-se com a primazia da materialidade subjacente e a tutela da confiança. Esta última pode encontrar amparo tanto em disposições específicas do ordenamento (como nas diversas normas que fazem referência expressa à boa-fé subjetiva³²¹), ou em institutos gerais³²².

Como a opção pela prevalência da confiança atribuída por uma pessoa, em detrimento da outra, é escolha a ser realizada pelo legislador, é inviável sua ampliação, ou generalização, pelo uso da analogia. Dessa forma, apenas pode ser obtido por meio do recurso à boa-fé. A confiança, fora das disposições específicas previstas na lei, apenas poderá ser objeto de tutela se a conduta do agente atentar ao dever de atuar segundo a boa-fé objetiva³²³.

Logo, não é qualquer expectativa que é protegida, mas apenas a *fides* adjetivada; legítima, porque baseada em uma ‘situação de confiança’³²⁴. Mas não é só, exige-se, ainda, uma ‘justificação para essa confiança’ por elementos racionais ou, ao menos, comprováveis pelo que ordinariamente acontece. Necessário, ainda, a realização de um ‘investimento de confiança’, cuja quebra ocasione prejuízos graves, e a ‘imputação da situação de confiança’

³²⁰MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1.208.

³²¹Cita-se, como exemplo, a boa-fé exigida para a usucapião ordinária (art. 1.242 do C.C.).

³²²MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1244.

³²³*Id. Ibid.*, p. 1.247-1.248.

³²⁴MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 256.

ao outro contratante, que será responsável pela frustração³²⁵. Há requisitos, portanto, não se tratando de mera discricionariedade do magistrado.

Se a segurança é necessária para a realização das finalidades pretendidas pelo contrato, ela é assegurada pela proteção das expectativas legítimas das partes. Isto porque, quando a lei impõe a necessidade de cumprir o compromisso assumido, está protegendo, nada mais, que a confiança que o credor legitimamente tinha de que seu interesse seria satisfeito.³²⁶

Judith Martins, apesar de anuir às conclusões acima, reserva uma zona residual de distinção entre a boa-fé e a confiança. Com fulcro na lição de João Baptista Machado esclarece que esta possui apenas uma função negativa, de assegurar condutas, a boa-fé iria além, também impondo, ou direcionando, condutas pelos contratantes³²⁷.

Na doutrina norte-americana, Fried esclarece que a noção da boa-fé, por vezes, acaba por desafiar o conceito de contrato como vinculação à promessa feita, posto que, dele, podem surgir deveres não expressamente pactuados³²⁸.

Contudo, salienta o autor, as promessas, como todas as expressões humanas, são realizadas sob um pano de fundo não explícito de objetivos, experiências e, até, de uma compartilhada visão de mundo. Não há necessidade que as partes busquem as mesmas finalidades, basta que haja um nível geral de experiências e esforços comuns que tornem mutuamente inteligível o projeto contratual. Havendo isto, é possível a troca de promessas. E a boa-fé não exige lealdade a qualquer relacionamento, mas sim à execução das promessas mútuas que as partes realizaram, ao chegarem ao acordo³²⁹.

Os Tribunais devem considerar tais circunstâncias, porque as partes entram no acordo com certas expectativas, e o desrespeito a elas, pelo Estado (em quaisquer de seus poderes), constitui uma forma de tirania³³⁰.

Com efeito, vislumbra-se que, no sistema da *common law*, a própria noção de contrato se vincula à confiança na promessa. O fato de derivarem da boa-fé deveres não

³²⁵LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, cit., p. 58.

³²⁶NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, cit., p. 147.

³²⁷MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 256-257.

³²⁸FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*, cit., p. 75. No primeiro capítulo dessa dissertação já se expôs sobre a divisão, no sistema da *common law*, entre *implied terms* e *express terms*.

³²⁹*Id. Ibid.*, p. 88.

³³⁰*Id. Ibid.*, p. 90-91.

expressos, não afasta essa noção. Através deles busca-se tutelar, justamente, o projeto; as expectativas das partes.

Já no segundo aspecto – primazia da materialidade da relação jurídica – a boa-fé objetiva suplantar o formalismo puro, que ignora os objetivos perseguidos pelos particulares. Atua, aqui, como regra externa, de complementação do regime contratual e de observância obrigatória pelos contratantes, para adequada tutela dos valores em jogo³³¹.

Por vezes, o simples cumprimento do conteúdo do texto contratual não satisfaz adequadamente as expectativas do credor, inclusive, podendo-lhe ocasionar danos. Em outros casos, a própria exigência de cumprimento pode desnaturar o direito de crédito, em razão dos severos prejuízos acarretados ao devedor³³². A materialidade da regulação jurídica traduz a vocação do direito para a solução de problemas concretos. Em situações mais simples, a aplicação das regras legais conduz às exigências materiais do sistema. Contudo, à medida que se as situações tornam-se mais complexas, maior é o grau de indeterminação conceitual, contudo, qualquer que seja solução dada pelo intérprete-aplicador, não poderá desviar-se da boa-fé objetiva³³³.

Dessa forma, atua a boa-fé objetiva na tutela das situações materiais subjacentes de forma instrumental, reforçando as normas constitutivas da relação, com rejeição da atuação de má-fé (neste particular, relacionando-se com a boa-fé subjetiva), bem como complementando tais normas, através dos concretização dos deveres de cuidado, lealdade e proteção (relacionados às boa-fé objetiva). Opera, ainda, na integração dos negócios jurídicos lacunosos; na aplicação das demais regras e princípios legais, para que não se desvirtuem das finalidades do sistema, além de tutelar o contratante débil ou vulnerável³³⁴.

Compreende-se, assim, a vocação histórica da boa-fé de oferecer respostas para as áreas do conhecimento que ainda carecem de regras específicas ou para situações cujas regras existentes sejam insuficientes por produzirem apenas uma solução formal, sem atentar aos valores propalados pelo sistema.

Nesse atuar da boa-fé objetiva, a doutrina atribui-lhe três funções específicas, as quais passa-se a expor.

³³¹LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, cit., p. 58-59.

³³²*Id. Ibid.*, p. 56.

³³³MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1255-1257.

³³⁴*Id. Ibid.*, p. 1253-1254.

4.1. Funções atribuídas à boa-fé objetiva

Com relação às consequências decorrentes da incidência da boa-fé objetiva, Karl Larenz³³⁵ já enunciava que ela opera no modo de cumprir a obrigação; na imposição de limites ao exercício de direitos; na liberação do devedor em casos de desaparecimento da base do negócio; na restrição ou extinção do dever de prestação em razão da inexigibilidade³³⁶ e, também, na criação de particulares deveres de conduta.

Essas compreensões evidenciam as funções pretorianas atribuídas à boa-fé³³⁷, cujos objetivos são os de interpretar (*adjuvandi*), integrar (*supplendi*) e corrigir (*corrighendi*) os contratos, conforme, inclusive, reconhecido pelo enunciado 26³³⁸ aprovado na I Jornada de Direito Civil, e cuja deficiência de previsão no Código Civil já tinha sido alertada por Junqueira de Azevedo³³⁹.

Interpretar significa buscar o alcance não da vontade de cada contratante, mas sim do consenso; da intenção comum objetivada no contrato. Suprir, por sua vez, consiste na possibilidade da boa-fé objetiva impor deveres laterais não previstos expressamente, mas destinados à satisfação da finalidade contratual³⁴⁰. Essas duas funções, por vincularem-se de maneira íntima com o tema da *culpa post pactum finitum*, serão objeto de exame individualizado nos subcapítulos seguintes.

³³⁵LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 149-151.

³³⁶Essa hipótese vincula-se à ideia de que a prestação não pode ser reclamada em circunstâncias nas quais a tornem inexigíveis. O autor exemplifica afirmando que não se pode exigir que atue o ator de teatro no dia em que está enfermo com perigo de vida.

³³⁷Na República romana, os magistrados realizam o mesmo trabalho de complementação do sistema normativo. “Os atuais decretos do Presidente e as portarias e instruções dos Ministros de Estado correspondem, *mutatis mutandis*, aos editos dos cônsules e dos demais ocupantes das magistraturas (...)”. Dessa interferência resultou o direito dos magistrados ou *jus praetorium*, cujo objetivo era “os de esclarecer a lei civil (*adjuvandi*), mitigá-la (*corrighendi*) e preencher-lhes as lacunas (*supplendi*)”. (PINTO, Agerson Tabosa. Da representação política no governo da Roma antiga. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 418, jul./dez. 2005). Como se extrai do Digesto 1.1.7.1: “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrighendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*”. Tradução: “o direito pretório é o que, por motivo de utilidade pública, introduziram os pretores para ajudar, suprir e corrigir o direito civil; e também se diz honorário, sendo assim denominado pelo cargo (‘honor’) dos pretores” (DIGESTO ou Pandectas do Imperador Justiniano: Livros 5-11. Tradução brasileira por Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos, cit., v. 1, p. 63).

³³⁸Enunciado 26: “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.”

³³⁹JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código Aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos, cit., p. 153.

³⁴⁰GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, cit., p. 76-78.

Por fim, pela função corretiva, vedam-se cláusulas abusivas e impõem-se limites ao exercício de direitos subjetivos. Malgrado não possua íntima relação com o tema proposto, cumpre tecer algumas notas sobre essa função, em especial reforçar o papel do princípio da boa-fé objetiva na tutela da ‘situação de confiança’.

Para Fernando Noronha, se o poder de auto-regulamentação de interesses (autonomia privada) exige, por um lado, que se conceda aos particulares margem de discricionariedade. Por outro, para cada direito haverá um modo normal de exercício, contraposto às formas anômalas de atuação.

O exercício anormal pode ser desdobrado em duas vertentes: uma, veda o abuso no exercício de direitos, a outra, pauta a correção das abusividades e do desequilíbrio contratual. Abuso e abusividade não se confundem. O primeiro diz respeito ao exercício de um direito de modo desmedido, desviado dos fins a que foi cometido. Já a abusividade, refere-se ao conteúdo do contrato³⁴¹. Nesta, verifica-se uma aproximação com o princípio do equilíbrio material – já observado por Godoy³⁴² – que atua tanto para a fase de formação do contrato (sinalagma genético), como durante sua execução (sinalagma funcional)³⁴³.

Em cada uma dessas fases as soluções oferecidas pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor são distintas. Não obstante sempre haja a vinculação das partes ao conteúdo do contrato, como decorrência da autonomia privada, a realidade que recai sobre cada uma dessas espécies contratuais é diversa. No código civil, o sinalagma genético é tutelado pelo instituto da lesão, disposto no artigo 157 do Código Civil, que sanciona de anulabilidade os atos eivados de tal vício³⁴⁴. Exige-se apenas desproporção das prestações tomados valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico (elemento objetivo), bem como a inexperiência – aferida por condições pessoais³⁴⁵ – ou premente

³⁴¹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, cit.*, p. 637-638.

³⁴²GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato, cit.*, p. 86.

³⁴³Para melhor estudo do tema sobre a possibilidade de revisão judicial do contrato por quebra do equilíbrio econômico, recomenda-se: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão, cit.*; e COSTA, José Eduardo. *A revisão dos contratos: entre a pacta sunt servanda e o equilíbrio econômico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.*

³⁴⁴Cumpre ressaltar, contudo, que o §2º do mesmo artigo, até em homenagem à conservação dos negócios jurídicos, permite a manutenção do contrato, se for oferecido suplemento suficiente.

³⁴⁵Em aprofundamento do tema, interessante o teor do Enunciado 410 das Jornadas de Direito Civil, no sentido de que a inexperiência pode ocorrer, ainda que o agente realize negócios habitualmente. Veja-se: “*A inexperiência a que se refere o art. 157 não deve necessariamente significar imaturidade ou desconhecimento em relação à prática de negócios jurídicos em geral, podendo ocorrer também quando o lesado, ainda que estipule contratos costumeiramente, não tenha conhecimento específico sobre o negócio em causa.*”

necessidade – entendida como a impossibilidade de evitar o negócio (elemento subjetivo). Prescinde-se, assim, da má-fé do beneficiado ou dolo de aproveitamento³⁴⁶.

Já na lesão consumerista a boa-fé possui papel central, posto que, nos termos do artigo 51, inciso IV, do CDC, são nulas as cláusulas que “*estabeleçam obrigações (...) incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*”. Trata-se, à evidencia, de outra cláusula geral que igualmente remete o intérprete ao princípio homônimo, conforme assevera Rizzato Nunes, preservando os legítimos interesses e expectativas das partes³⁴⁷, em especial, do consumidor, que não participa da elaboração de seus termos³⁴⁸.

A mesma proteção, como decorrência da boa-fé objetiva³⁴⁹, denota-se, outrossim, na alteração do sinalagma funcional. Se o Código Civil adotou, para as relações paritárias, a teoria da imprevisão, com pressuposto no fato de que, por ocasião da assinatura do contrato, as partes não tinham condições de prever os acontecimentos que acabariam surgindo, a legislação consumerista, por outro lado, exige apenas a quebra da base objetiva do negócio; da relação de equivalência entre as prestações. Esta base objetiva liga-se ao fim contratual, elemento cuja “*análise dependerá, quase sempre, da boa-fé objetiva, que gradua o vínculo obrigacional em todos os seus tempos*”³⁵⁰.

Já na segunda vertente, a função corretiva atua na repressão ao abuso de direito, corrigindo o exercício jurídico pelo titular. Nos termos do artigo 187 do Código Civil, comete ato ilícito o titular que “*excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”, dispensando, inclusive, a existência de culpa³⁵¹. O Código Consumerista elenca hipótese expressa de abuso de direito. Trata-se da disposição do artigo 42, que veta a utilização de meios vexatórios para a cobrança de dívidas. Por certo que o credor pode – e deve – buscar seu crédito. Mas, para tanto, não poderá humilhar ou expor o consumidor ao ridículo.

Inexistindo um conteúdo predefinido do que seja exercício jurídico irregular, afirma Judith Martins³⁵², a doutrina e jurisprudência construíram, ao longo de tempo, figuras resultantes do princípio da boa-fé, consistentes no uso desmedido dos poderes contratuais

³⁴⁶Tal entendimento foi sufragado pelo Enunciado 150 das Jornadas de Direito Civil: “*A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento.*”

³⁴⁷NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 727.

³⁴⁸CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 216.

³⁴⁹NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 221.

³⁵⁰CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 219.

³⁵¹Enunciado 37 das Jornadas de Direito Civil: “*A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.*”

³⁵²MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 670.

ou na conduta contratualmente desleal. Nas palavras de Judith Martins-Costa, corrige-se o comportamento contraditório, em razão da justa expectativa criada no outro, por palavras ou comportamentos³⁵³.

A jurisprudência Norte-americana também tem reconhecido a quebra da expectativa criada na outra parte como fundamento para responsabilização civil, mitigando a doutrina da *consideration*, que é a base para a vinculação dos contratos. Pela teoria da *promissory estoppel*, consolidada na *section 90(1)*³⁵⁴ do *Second Restatement of contracts*, a promessa – ou expectativa – pode torna-se obrigatória se a injustiça somente puder ser evitada com a execução dessa promessa³⁵⁵.

As figuras resultantes da quebra da confiança foram bem positivadas no Enunciado 412 das Jornadas de Direito Civil, com a seguinte redação: “as *diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como supressio, tu quoque, surrectio e venire contra factum proprium, são concreções da boa-fé objetiva*”. Tratam-se de figuras vinculadas à doutrina dos atos próprios³⁵⁶, na qual se vislumbra, mais uma vez, a aproximação da boa-fé objetiva com a proteção à confiança.

O *venire contra factum proprium* consiste no exercício de posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Porém, não é a contradição que é vedada; mas sim a deslealdade. O direito aceita a existência da contradição; sob a regra da liberdade individual, a impossibilidade de contradizer seus atos passados constitui exceção, e não regra³⁵⁷. Basta se pensar no prazo de reflexão (ou arrependimento) do artigo 49 do CDC, ou nas hipóteses de revogação da proposta (art. 428, inciso IV, do C.C.) ou do testamento (art. 1.969 do C.C.). Em ambas a segunda conduta vai de encontro à anterior, no entanto, não há deslealdade.

³⁵³MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, cit.*, p. 674.

³⁵⁴*Secondo Restatement of contracts*: “§ 90. *Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance (1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires. (...)*”.

³⁵⁵Interessante discussão sobre os requisitos para a vinculação da promessa, em especial pelas condições pessoais do destinatário (no caso, um ex-investidor), pode ser vista em: GARWOOD PACKAGING CO. v. ALLEN & CO., INC. United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 2004. 378 F.3d 689. (in BURTON, Steven J. *Principles of contract law*. 4th ed. St. Paul. Minn: West Academic Publishing, 2012. p. 168-170. (American Casebook Series).

³⁵⁶Para aprofundamento do tema, recomenda-se, em geral, a leitura, na doutrina nacional, de: MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, cit.* Na doutrina estrangeira: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit.

³⁵⁷NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Suppressio (Verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 62.

Anderson Schreider³⁵⁸ bem salienta que a tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial. Não é simples vedação à incoerência, mas sim proibição à ruptura da confiança, preservando sua legítima expectativa.

Seus requisitos, portanto, bem colacionados por Ferreira da Cruz, consistem na a) existência de um comportamento voluntário; b) a geração, no outro contratante, de uma expectativa, em razão desse comportamento; c) consideração dessa confiança em seus atos posteriores, ou seja, a realização do que se denominou de “investimento de confiança” e d) uma conduta contraditória à confiança criada³⁵⁹, causando uma iniquidade, não sancionada expressamente pelo direito³⁶⁰.

Atribui-se, ainda, ao *venire*, uma outra função: de inalegabilidade das anulabilidades e nulidades formais. Isto porque, no primeiro caso, tendo incutido no *alter* uma legítima expectativa, seu direito à anulação estaria impedido, posto que fixado em seu interesse e passível de renúncia, inclusive como já reconhecido nos artigos 174 e 175 do Código Civil³⁶¹. Quanto à nulidade, a questão é mais tormentosa. Malgrado a advertência de Peter Schmidt, citado por Martins-Costa³⁶², no sentido de que o *factum proprium* não pode ser visto na mera conclusão do contrato, tem-se admitido sua alegação, conforme lição de Díez-Picazo, no prólogo da obra de Wieacker³⁶³, se a parte beneficiada pela nulidade deu início à execução do contrato³⁶⁴:

“Cuando un negocio jurídico ineficaz a consecuencia de un defecto formal es voluntariamente cumplido; puede ser contrario a la buena fe ejercitar después la acción de nulidad. Quien, a pesar de conocer el defecto de forma, cumple el negocio jurídico nulo por esta causa o acepta el cumplimiento realizado por la otra parte, no puede ya poner en duda ni impugnar la validez del negocio”

³⁵⁸SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 66.

³⁵⁹CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 149.

³⁶⁰Como bem acrescenta Menezes Cordeiro in MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 758.

³⁶¹CC: Art. 174. “É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava; Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

³⁶²In MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 686-687.

³⁶³WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, cit., p. 23.

³⁶⁴No REsp nº 681856/RS, o Colendo Superior Tribunal de Justiça acolheu o *venire contra factum proprium*, para evitar a arguição de nulidade. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 681.856/RS*. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 12 de junho de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3235624&num_registro=200401143593&data=20070806&tipo=5&formato=PDF).

O *tu quoque*³⁶⁵ – segunda figura – exprime a regra pela qual quem viola norma jurídica não poderá exercer o direito que essa situação lhe atribui.

Diferencia-se da fórmula do *venire*, porque não se trata de vedação à contrariedade, mas sim da valoração utilizada pelo agente. obsta que o titular de um direito utilize dois pesos e duas medidas³⁶⁶. Relaciona-se com o princípio da boa-fé objetiva na determinação precisa das prestações – até em virtude da sua função interpretativa. Existe uma situação jurídica que, em virtude do comportamento anterior do seu titular, não pode ser exercida em termos que, noutros casos, seria possível³⁶⁷.

Na lição de Wieacker, se trata da inadmissibilidade do exercício de um direito, quando sua obtenção tenha sido através de uma conduta ilegal³⁶⁸. Ou, como salienta o brocardo inglês: “*equaty must come in clean hands*”.

Com relação às figuras da *supressio*³⁶⁹ e *surrectio*, Júlio Gonzaga³⁷⁰, em trabalho específico sobre o tema, conceitua a primeira como o “*ato ilícito consistente no exercício surpreendente de um direito, após a inércia do titular despertar na contraparte a confiança no não exercício, à luz da boa-fé*”³⁷¹. Note-se que não se trata de simples ação do tempo. A confiança tem papel igualmente importante nessa figura, e surge de dois fatores: decurso do tempo e atos inspiradores praticados pelo agente³⁷².

Menezes Cordeiro³⁷³, considerando-a pelo prisma do beneficiário – e não do sujeito que tem seu direito obstado – afirma que surge, para aquele, uma posição digna de tutela: a

³⁶⁵Em alusão a célebre frase de Julio Cesar, ao ser apunhalado por Brutus, seu filho adotivo: “*tu quoque Brute, fili mi?*” (MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 702).

³⁶⁶O Colendo Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar uma lide sob a ótica do *tu quoque*. Tratava-se do caso de um gerente de banco que, fraudulentamente, captou dinheiro para investimentos fictícios. Acionado judicialmente, pretendeu valer-se da condição de gerente, para beneficiar-se do prazo prescricional quinquenal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Terceira Turma. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.391.627/RJ*. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=56376818&num_registro=201302022540&data=20160212&tipo=5&formato=PDF).

³⁶⁷MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 847-850.

³⁶⁸WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, cit., p. 66.

³⁶⁹Em interessante narrativa histórica, Julio Gonzaga informa que constava, no anteprojeto do Código Civil Português, a positivação de regramento que encampava o instituto da *supressio*. Contudo, em sua aprovação, a redação foi substituída pela constante do art. 334º. (NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Supressio (Verwirkung) no direito civil*, cit., p. 53).

³⁷⁰*Id. Ibid.*, p. 183.

³⁷¹Uma hipótese legal do reconhecimento da *supressio*, no Brasil, está no artigo 330 do Código Civil. Da jurisprudência extrai-se o sempre citado REsp nº 953.389, julgado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, tratando da aplicação da tarifa de balcão para locação de veículo.

³⁷²NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Supressio (Verwirkung) no direito civil*, cit., p. 107.

³⁷³MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1293.

surrectio. Seriam, assim, faces da mesma moeda. Na base da formulação da *suppressio*, estaria a *surrectio*, que se traduz na criação de direitos fundada na confiança despertada no beneficiário³⁷⁴.

Julio Gonzaga³⁷⁵ discorda dessa conceituação sob os seguintes fundamentos. A uma, porque a *suppressio* não implica na incorporação de novas prerrogativas, mas sim na limitação ao exercício do um direito anterior³⁷⁶. A duas, porque a confiança, por si só, sem o elemento volitivo, não teria o condão de criar obrigações, excepcionando-se, apenas, os deveres laterais. Assim, defende a inexistência da figura *surrectio* em solo brasileiro³⁷⁷.

Além das figuras relacionadas à doutrina dos atos próprios, vincula-se ainda, à função corretiva da boa-fé, o dever de mitigar o próprio prejuízo; o adimplemento substancial e o inadimplemento antecipado.

O Enunciado 169 das Jornadas de Direito Civil dispõe que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Trata-se do *duty to mitigate the loss* ou, dever de mitigar o próprio prejuízo. Vincula-se precisamente com o princípio da boa-fé, ao se basear na confiança depositada pelo agente, de que a outra parte atuará de maneira colaborativa, evitando a majoração de seus prejuízos, sempre que isso não lhe exija sacrifício demasiado³⁷⁸.

Já o adimplemento substancial (ou *substancial performance*) pode ser entendido como a vedação ao exercício do direito formativo extintivo pelo credor, nos casos em que a obrigação do devedor foi cumprida de forma substancial³⁷⁹. Conquanto exista cláusula

³⁷⁴Menezes Cordeiro, dando concretude à figura da *surrectio*, menciona julgado do BGH, de 17/01/1966, que decidiu pela manutenção da distribuição dos dividendos em desacordo com o contrato social, em virtude da confiança criada (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 822).

³⁷⁵NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Suppressio (Verwirkung) no direito civil*, cit., p. 184.

³⁷⁶Salienta o autor que, quando muito, poderia se falar na recondução à liberdade, regra do Estado de Direito, posto que ninguém é obrigado a fazer nada senão quando a lei o exige.

³⁷⁷NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Suppressio (Verwirkung) no direito civil*, cit., p. 76. Recomenda-se a leitura dos bons argumentos lançados pelo autor, deixando de reproduzi-los na íntegra, posto que escapariam ao tema proposto.

³⁷⁸Hipótese interessante de aplicação do instituto, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, consistiu na fixação de um prazo para reforma da cozinha com a indenização securitária, de maneira de estímulo à conduta proativa, que minoraria os lucros cessantes a serem pagos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 256.274/SP*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 26 de setembro de 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=266525&nu_m_registro=200000395935&data=20001218&formato=PDF).

³⁷⁹Nesse sentido o Enunciado 361 das Jornadas de Direito Civil: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.”.

resolutiva expressa, será o caso de se perquirir a relevância ou gravidade do inadimplemento³⁸⁰. Este deve ser mensurado não apenas em seu aspecto quantitativo, mas principalmente qualitativo.

Hillman, citando os parâmetros expostos por Cardozo, afirma entre o nada fazer e o cumprimento perfeito, a qualidade da prestação que deve ser aferida para verificação do *substantial performance*³⁸¹. Trata-se da relação de proporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto. As faltas insignificantes não podem desencadear o poder-sanção do credor³⁸². Seriam hipóteses de pequenos períodos de mora, em contratos de plano de saúde mantidos por longos anos³⁸³, ou da colocação de tubulações de marca diversa da constante do contrato, mas com mesma qualidade³⁸⁴.

Por fim, a figura do inadimplemento antecipado, também vinculada à função corretiva da boa-fé, consiste na manifestação do devedor no sentido de que não cumprirá sua obrigação³⁸⁵. Sua vinculação com o princípio da boa-fé objetiva, segundo informa Martins-Costa³⁸⁶, ocorre porque, nos países de origem romana, esta foi a porta de entrada para a doutrina do *antecipatory repudition*, em virtude da sua potencialidade para imposição de elementos necessários ao correto adimplemento. Não seria probo, compatível com o dever de lealdade, deixar o credor de mãos atadas até o termo final para cumprimento, quando se configuraria o inadimplemento absoluto.

Feita essa digressão em relação à função corretiva da boa-fé objetiva, é possível perceber sua atuação como vetor funcional de tutela da confiança e da materialidade da relação subjacente³⁸⁷, ultrapassando a mera relação formalista.

Tais vetores dão o conteúdo material do princípio da boa-fé referido na cláusula geral do artigo 422 do Código Civil que, como dito, desempenha outras duas funções – interpretativa e supletiva. Por meio delas, se aferirá a exata extensão da obrigação. Não só através da exegese de suas cláusulas, mas igualmente por meio da observância das condições necessárias ao fiel cumprimento e fruição das vantagens obtidas em razão do contrato.

³⁸⁰CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 152.

³⁸¹HILLMAN, Robert A. *Principles of contract law*, cit., p. 352-326.

³⁸²MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 857-858.

³⁸³CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 153.

³⁸⁴HILLMAN, Robert A. *Principles of contract law*, cit., p. 352.

³⁸⁵ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M.; MALLOY, Michael P. *Contracts in a nutshell*, cit., p. 409-410.

³⁸⁶MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 768-769.

³⁸⁷MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 1298-1299.

4.1.1. Função interpretativa

Interpretar é fixar o sentido de uma proposição; buscar a essência e o alcance do objeto interpretado³⁸⁸. Quando destinada ao conteúdo contratual, consiste na atribuição de significado ao signo – via de regra um texto – pelo qual se declara a vontade contratual, entendida esta como o consenso; a vontade comum das partes com relação a um determinado regulamento contratual³⁸⁹. Bianca conceitua, ainda, o ato de interpretação contratual como a operação pela qual se define o significado juridicamente relevante do acordo contratual³⁹⁰.

Não se trata do exame da vontade de um ou de outro contratante, mas sim da intenção comum que se revelou no ajuste. Dirige-se, portanto, à vontade objetivada no instrumento contratual³⁹¹. Este, apresenta-se como consenso e seu significado deve corresponder, portanto, ao que as partes pretendiam estabelecer.

Contudo, o contrato pode conter termos obscuros, ambíguos e, por vezes, contraditórios, de modo que somente através do processo interpretativo torna-se possível extrair sua essência. Tal assertiva não significa que a clareza da regra contratual dispensa a interpretação. O velho brocardo “*in claris no fit interpretatio*” não deve ser tomado de modo absoluto. Deve ser lido no sentido que a área de incerteza é reduzida, quanto mais o texto escrito for claro e preciso³⁹².

A doutrina, costumeiramente, subdivide os critérios de interpretação em duas espécies: subjetivos e objetivos, conforme a lógica da operação de perquirição do significado. A primeira consiste em verificar o que efetivamente as partes queriam com o contrato, perquirindo sobre a intenção comum e sua causa. Não sendo possível sua verificação, o intérprete deve valer-se dos meios de interpretação objetivos, que buscam dar um significado ao contrato pautado pela boa-fé objetiva³⁹³.

Em uma leitura apressada do artigo 112 do Código Civil Brasileiro poder-se-ia concluir tenha adotado a concepção subjetiva. Mas não é o que ocorre. Fernando Noronha esclarece que, se o declaratório conhece a verdadeira intenção do declarante, não se justifica

³⁸⁸NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*, cit., p. 293.

³⁸⁹ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 439.

³⁹⁰BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, cit., p. 407.

³⁹¹CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 153.

³⁹²ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 440.

³⁹³*Id. Ibid.*, p. 443-444.

seja o texto entendido em seu sentido literal³⁹⁴, contudo, se a desconhece, sem culpa, será este que deve prevalecer. A exceção seria, apenas, a hipótese dos contratos gratuitos, que sempre devem ser interpretados restritivamente³⁹⁵.

Acrescenta Martins-Costa³⁹⁶ que o artigo 112 do Código Civil é, ainda, insuficiente, porque mesmo o significado literal de uma expressão pode não bastar³⁹⁷, razão pela qual deve ser complementado pelo artigo 113 do mesmo Código, segundo qual os “*negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”.

Assim, a atividade interpretativa deve considerar o “*conjunto contratual compreensivo de todas as circunstâncias fáticas e normativas de relevo para o caso*”³⁹⁸. Busca-se, com isso, o sentido mais adequado a uma interpretação que leve em conta a boa-fé, o contexto e a finalidade do negócio jurídico³⁹⁹. A boa-fé, aqui adotada, é utilizada como instrumento para uma análise objetiva das normas do pacto, em especial, na definição de seu conteúdo.

Vê-se, portanto, que a conjugação dos aludidos artigos estão em consonância com os desdobramentos elencados por Fernando Noronha para a interpretação de acordo com o princípio boa-fé objetiva: os contratos devem ser interpretados em seu sentido literal (objetivo), salvo se o destinatário da declaração tenha ciência da real intenção do declarante; quando o sentido literal (objetivo) suscite dúvidas, deve prevalecer a interpretação que a boa-fé objetiva repute mais razoável⁴⁰⁰.

Denota-se, portanto, que, neste ponto, as cláusulas devem ser lidas em seu sentido aparente, norteadas pela tutela da confiança e das legítimas expectativas das partes⁴⁰¹, que refletem o conteúdo material da boa-fé objetiva.

³⁹⁴NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, *cit.*, p. 152-153.

³⁹⁵Art. 114 do Código Civil.

³⁹⁶MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, *cit.*, p. 494.

³⁹⁷Como exemplo, a autora fornece a palavra “cadeira”, que pode significar um objeto; um lugar simbólico (como a cadeira na Academia Brasileira de Letras jurídicas), uma parte do corpo, ou ainda uma expressão coloquial (chá de cadeira).

³⁹⁸MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, *cit.*, p. 495.

³⁹⁹AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, *cit.*, p. 417.

⁴⁰⁰NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, *cit.*, p. 152.

⁴⁰¹CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, *cit.*, p. 154.

Em igual sentido o artigo 1.188⁴⁰² do *Code Civil*, que determina a busca inicial da “*commune intention des parties*”. E, quando não for possível ser detectada, o contrato deve ser interpretado no sentido que lhe seria dado por uma pessoa razoável na mesma situação.

A redação do Código Civil Português é mais clara quanto à esta opção. Em seu artigo 236º.1 enuncia que a “*declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante (...)*”, ressaltando, no número 2 que: “*sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida*”.

Diversa não é a solução do direito norte-americano. Examinando o teor do *Restatement (second) of contracts*, §201(1)⁴⁰³, denota-se que a jurisprudência americana igualmente perquire quanto ao sentido comum atribuído ao contrato pelas as partes, o que se subsumiria em espécie de interpretação subjetiva⁴⁰⁴. Porém, se os contratantes atribuem sentido diverso ao acordo, o *restatement* §201(2) estabelece critérios que demonstram, à evidencia, sua vinculação à boa-fé objetiva, como forma de tutela da confiança. Nesses casos, deverá prevalecer o entendimento de uma das partes se:

“*(a) that party did not know of any different meaning attached by the other, and the other knew the meaning attached by the first party; or (b) that party had no reason to know of any different meaning attached by the other, and the other had reason to know the meaning attached by the first party.*”

Rohwer *et alii* ponderam que, não sendo possível a obtenção da vontade comum das partes, os autores do *restatement* privilegiaram a parte que tinha justas razões para acreditar em um determinado significado.

Na base da interpretação, segundo Vincenzo Roppo, está a regra que impõe seja indagada a intenção comum das partes, consoante determina, no direito Italiano, o art. 1.362 do *Codice Civile*⁴⁰⁵, como reflexo da vontade como elemento essencial na construção do regulamento contratual. Porém, não sendo possível extrair a real intenção comum das partes,

⁴⁰²No original: “*Art. 1188: Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.*”

⁴⁰³Original: “*Where the parties have attached the same meaning to a promise or agreement or a term thereof, it is interpreted in accordance with that meaning*”

⁴⁰⁴ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M.; MALLOY, Michael P. *Contracts in a nutshell*, cit., p. 232.

⁴⁰⁵Redação original: “*Art. 1362 - Intenzione dei contraenti. Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto.*”.

busca-se uma interpretação conforme a boa-fé objetiva, cuja concretude e precisão consistiriam na tutela da confiança, devendo extrair-se do texto contratual o significado sobre o qual uma parte tinha expectativas legítimas⁴⁰⁶.

Malgrado este eventual escalonamento entre as regras de interpretação subjetiva e objetiva, já é possível conceber a tutela da confiança na própria perquirição sobre a *intenção comum* das partes, que sempre será a finalidade da exegese, desnudando o sentido do contrato. O art. 113 simplesmente complementa esse postulado normativo, dispondo que a exegese deve ser realizada “conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”⁴⁰⁷.

Por isso, em verdade, assiste razão a Godoy ao afirmar que a pretensa hierarquia entre regras de interpretação, ligadas a antiga disputa entre a teoria da vontade e da declaração (cujas diferenças, conforme já se expôs, não são tão grandes), parece supérflua, posto que a atividade interpretativa é una⁴⁰⁸. No mais, o contraste entre as duas formas de interpretação deve ser superado com o reconhecimento do contrato como um fato social, cujo sentido deve ser o decorrente de uma avaliação razoável, ou seja, o atribuído por uma pessoa diligente, considerando um determinado ambiente socioeconômico⁴⁰⁹.

Consoante afirma Hillman⁴¹⁰, é claro que, se as partes possuem um objetivo comum, a lei irá aplicá-lo. No entanto, esses casos são raros. Ordinariamente, as disputas judiciais envolvem interpretações diversas do texto contratual, cuja solução adotada pelas Cortes é considerá-lo em seu sentido aparente; objetivo. O Código Civil Espanhol é preciso ao dispor, em seu artigo 1.286, que as palavras que possam ter acepções distintas, devem ser entendidas na forma mais consentânea com a natureza e objeto do contrato⁴¹¹.

Daí porque, Ferreira da Cruz afirma que as cláusulas contratuais devem ser entendidas em seu sentido objetivo e aparente, de acordo com “*um significado que o*

⁴⁰⁶ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 444-445 e 450-451. Cumpre salientar, no entanto, que a doutrina Italiana não é uniforme quanto à boa-fé ser critério objetivo de interpretação. Bianca qualifica-a como forma de interpretação subjetiva, que realiza a ligação com as demais formas objetivas de interpretação (BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, cit., p. 422).

⁴⁰⁷NITSCHKE, Guilherme. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 371.

⁴⁰⁸GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, cit., p. 77.

⁴⁰⁹BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, cit., p. 418.

⁴¹⁰HILLMAN, Robert A. *Principles of contract law*, cit., p. 280.

⁴¹¹Código Civil Espanhol. Art. 1.286: “*Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.*”. ESPAÑA. Gobierno de España. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Ministerio de Gracia y Justicia. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763. Disponible: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

*standard de conduta leal aponte ser o mais razoável*⁴¹². O que importa para a interpretação é o que se pode deduzir do contrato, através de um interprete imparcial e razoável⁴¹³. Aqui reside a função interpretativa da boa-fé.

O Código de Defesa do Consumidor, partindo da premissa de sua vulnerabilidade e da necessidade de sua proteção, define que “*as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*” (art. 47). Trata-se do princípio da *interpretatio contra stipulatorem*, mas de forma mais ampla, porquanto, toda e qualquer cláusula, ambígua ou não, será interpretada em favor do consumidor⁴¹⁴. Isto é, se há um significado comum e recorrente mais benéfico ao consumidor, este deverá prevalecer⁴¹⁵, independentemente do estipulante da cláusula.

Interessante que a redação do revogado artigo 131 do Código Comercial, malgrado datado de 25 de junho de 1850, já contemplava muitas das diretrizes ora expostas, ao prestigiar “*a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato*” (número 1); a superação das cláusulas duvidosas mediante a interpretação global do contrato (número 2); “*o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração*” (número 3) e, “*o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução*” (número 4).

A Lei nº 13.874/2019, ao acrescentar parágrafos ao artigo 113 do Código Civil, acabou por resgatar algumas dessas premissas. Além do mandamento geral de interpretação conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração, ressaltou-se, ainda, que:

“§1º: A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais

⁴¹²CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 154.

⁴¹³LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 119.

⁴¹⁴NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 692-693.

⁴¹⁵Extraí-se da jurisprudência diversas de interpretação mais favorável ao consumidor. Por todas: *APELAÇÃO CÍVEL. Ação de indenização por danos materiais e morais. Furto de motocicleta em garagem de condomínio. Inconformismo. Parcial acolhimento. Justiça gratuita. (...) Arrombamento do portão da garagem do condomínio. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo para a subtração da coisa. Irrelevância do fato de a motocicleta estar ou não presa à estrutura do prédio. Cláusula contratual restritiva de direito que se mostra imprecisa e deve ser interpretada de maneira mais favorável ao consumidor. Inteligência do art. 47 do CDC. Indenização securitária devida. (...) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 10ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível. Processo nº 1000989-57.2016.8.26.0477*. Relator: Penna Machado. Julgado em 26 de novembro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>).*

benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.” (art. 113, §1º, do C.C.).

O parágrafo segundo do mesmo artigo, por sua vez, reconhece a possibilidade das partes “*livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei*”.

Tratam-se de opções legislativas que privilegiam a boa-fé objetiva como um vetor do mínimo ético exigível. Na atividade de definição do “*modo de ser do auto-regulamento*”⁴¹⁶, pela atividade interpretativa segundo à boa-fé objetiva, o intérprete deve valer-se de várias fontes de pesquisa, sejam elas integrantes do próprio texto contratual, ou extrínsecas, como as declaração orais (*parol evidence rule*⁴¹⁷), a conduta das partes durante as negociações e aceitação do contrato; acordos anteriores; os usos do lugar da celebração⁴¹⁸, bem como “*loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*”⁴¹⁹, agora também previsto no Código Civil brasileiro.

O comportamento posterior das partes, aliás, nas precisas lições de Junqueira de Azevedo⁴²⁰, é universalmente reconhecido como uma espécie de interpretação autêntica do contrato. Além de sua previsão expressa no *Codice Civile* – acima exposto – o autor menciona, ainda, os Código Civil Chileno (art. 1.564, última alínea); Paraguai (art. 708); Uruguai (art. 1.301) e Espanhol (art. 1.282). Representa o sentido que as partes extraírem da avença, antes do surgimento da lide.

Tem-se atribuído também à função interpretativa a tarefa de colmatar parcelas do conteúdo contratual que se apresentam lacunosas, naquilo que Larenz denominou de

⁴¹⁶GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato, cit.*, p. 76.

⁴¹⁷Hillman a conceitua como uma declaração oral (HILLMAN, Robert A. *Principles of contract law, cit.*, p. 267). Por meio dela, busca-se influenciar os efeitos de um contrato, oferecendo uma evidencia extrínseca com vistas as supri-lo ou interpretá-lo (ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M.; MALLOY, Michael P. *Contracts in a nutshell, cit.*, p. 248).

⁴¹⁸Previsto, também, no artigo 1.287 do Código Civil Espanhol, ao referir que “*El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos*”. ESPAÑA. Gobierno de España. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, cit.*

⁴¹⁹Conforme dispõe o artigo 1.362 do *Codice Civile Italiano*.

⁴²⁰JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o principio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de venire contra factum proprium e de utilização de dois pesos e duas medidas (tu quoque). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do programa contratual estabelecido. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165.

“interpretação-integrativa”. Esta consistiria na atividade do intérprete de identificar deveres contratuais não regulamentados expressamente, a partir da interpretação do próprio contrato, porquanto, esse complemento, residiria no exame da própria finalidade contratual⁴²¹.

Nitscke, valendo-se das lições de Pontes de Miranda, as designa como “interpretação completativa”⁴²². A doutrina francesa também utiliza denominação similar: *interprétation complétive*. Jaluzot, afirma que na presença de uma lacuna contratual, os juízes são obrigados a preencha-la para o julgamento da causa⁴²³. Cita, ainda, aresto do *Bundesgerichtshof*, datado de 18 de dezembro de 1954, no qual se positivou que, por meio do §157 BGB, é atribuído ao juiz a tarefa de determinar todo o conteúdo do contrato de acordo com critérios objetivos. E, somente é possível cumprir esta tarefa, estabelecendo o conteúdo para os pontos omissos⁴²⁴. Note-se que o Tribunal fundamentou sua decisão no §157, referente à interpretação contratual; e não no §242, que trata da boa-fé como fonte de deveres laterais.

Na interpretação-completativa (ou interpretação-integrativa) a boa-fé objetiva é chamada a atuar suprimindo os casos de omissão de cláusulas que, de ordinário, constariam na avença. A boa-fé exige, como forma de tutela da confiança, que cada um dos contratantes considere como integrante do contrato, como se dele próprio decorresse, “*todo aquello derivado no sólo de su tenor literal, sino de la finalidad objectiva reconocible del contrato, de la conexión com su sentido y de su idea fundamental (...)*”⁴²⁵.

Porém, como ainda se trata de interpretação, seus limites estão no próprio acordo⁴²⁶. Ela apenas se estende até o que se possa, e deva, deduzir-se do contrato⁴²⁷. Se na interpretação do texto contratual busca-se a finalidade da operação contratual através do exame de seu conteúdo, aqui o caminho é inverso. Extraí-se a parcela faltante do conteúdo, a partir do fim do contrato⁴²⁸.

⁴²¹LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 118-119.

⁴²²Ver a respeito: JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 437. Sobre a proposta de superação da designação “interpretação-integrativa”, adotando a denominação “interpretação completativa” recomenda-se a leitura de: NITSCHKE, Guilherme. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*, cit.

⁴²³JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 438.

⁴²⁴BGH, 18 dez. 1954, NJW55, p. 337, in JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 438.

⁴²⁵LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 118. Note-se que o autor, neste trecho, refere-se à boa-fé interpretativa, constante do §157 do BGB; e, em seguida, a distingue da boa-fé integrativa do §242 do BGB.

⁴²⁶*Id. Ibid.*, p. 119.

⁴²⁷LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., p. 157.

⁴²⁸NITSCHKE, Guilherme. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*, cit., p. 551.

Cumprе ressaltar, ainda, o alerta de Los Mozos no sentido de que na função interpretativa, a boa-fé objetiva incide de maneira imprópria, exercendo um papel anômalo. Como sua essência é normativa, ela atua, via de regra, através da integração da vontade das partes, enriquecendo o conteúdo contratual, com deveres laterais oriundos de fontes heterônomas. Tratam-se, portanto, de aplicações distintas do instituto, que reflete a diferença entre os conceitos de *intepretação* e *integração*⁴²⁹, reproduzidos na maioria dos ordenamentos jurídicos. No Código Civil Espanhol, denota-se pela comparação do artigo 1.258 com os artigos 1.286 e 1.287. É o que ocorre, também, entre o §157 e §242 do BGB; os artigos 1.366 e 1.375 do *Codice Civile* e, ainda, os artigos 1.104 e 1.188⁴³⁰ do *Code Civil*. O Código Civil Brasileiro segue a mesma divisão, como se denota pela comparação de seus artigos 113 e 422.

Na atividade de integração, a boa-fé objetiva atua como fonte heterônoma⁴³¹, para completar, ou enriquecer, o quadro dos efeitos contratuais⁴³², impondo deveres laterais às partes, que podem ser pós-eficazes. Neste ponto a boa-fé atua na formação e modificação da disciplina contratual.

Já a interpretação consiste em revelar o significado e os efeitos da declaração de vontade da qual resultou o negócio jurídico. É eficácia atual. Ela não extrapola os limites do contrato. Pelo contrário, limita-se à ele. Visa aclarar o significado do que as partes estabeleceram⁴³³. Com efeito, por ser parte integrante do acordo, não há se falar em pós-eficácia; mas sim em eficácia atual das cláusulas contratuais, razão pela qual não será a atividade interpretativa da boa-fé que dará origem à *culpa post pactum finitum*. Resta analisar a função supletiva.

4.1.2. Função supletiva: os deveres laterais

Partindo da análise da complexidade intraobrigacional, concluiu-se que os direitos e deveres das partes não são apenas o de realizar a prestação principal estipulada no contrato. A boa-fé, na sua função supletiva, impõe a observância de muitos outros deveres, cujo

⁴²⁹MOZOS, José Luis de los. *Principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965. p. 180.

⁴³⁰Este artigo, apesar de não fazer referência expressa à boa-fé, dispõe que o contrato deve ser interpretado no sentido que lhe daria uma pessoa razoável, posicionada a mesma situação.

⁴³¹Sobre as quais, já se pode discorrer com mais vagar no Cap. 1.2.

⁴³²MOZOS, José Luis de los. *Principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, *cit.*, p. 180-181.

⁴³³BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, *cit.*, p. 412.

descumprimento, mesmo após a extinção da prestação principal, podem gerar responsabilização, marcando, assim, a íntima relação deles com o instituto da *culpa post pactum finitum*.

Enriquece-se o conteúdo do contrato com a imposição de uma série de deveres laterais⁴³⁴, omissivos e comissivos, destinados a assegurar à pessoa e os bens dos contraentes e, em geral, a criar as condições para a execução, sem estorvo, do fim do contrato⁴³⁵. São, portanto, deveres de informação, de cooperação e de proteção do outro contratante, derivados da relação jurídica obrigacional, mas cujo escopo não é, diretamente, a realização da prestação ou sua substituição. Sua tônica é o fim do contrato a serviço do qual se encontra.

O ato jurídico não é um fim em si mesmo; ele visa uma determinada finalidade que é sua causa final. Esta consiste na razão determinando do ato. Como assinala Francisco Amaral, o comprador quer adquirir o bem; e o vendedor receber o preço. A causa seria, assim, a razão pela qual as partes manifestam sua vontade com eficácia jurídica⁴³⁶.

Os deveres laterais são impostos com vistas a satisfação dessa finalidade negocial e cuja concreção mantém-se dentro do contrato⁴³⁷. Tutelam a manutenção da base objetiva do contrato, que consiste nas circunstâncias necessárias para que o contrato possa subsistir.⁴³⁸

Como assinala Enéas Garcia, durante o desenvolvimento do contrato surgem circunstâncias que exigem um comportamento, sem o qual a prestação principal fica extremamente prejudicada ou torna-se inútil. E o contrato não pode subsistir quando a finalidade comum tenha se tornado inalcançável. Nesse contexto, a boa-fé funciona como elemento ético dos contratos, exigindo dos contraentes mais do que o simples cumprimento do dever principal⁴³⁹. Manifestam-se em todas as relações obrigacionais, embora, com maior intensidade nas relações duradouras⁴⁴⁰, como nos contratos de locação e planos ou seguro saúde.

Segundo Nitschke, malgrado a boa-fé objetiva atue incrementando o regulamento contratual com regras não previstas pelas partes, essa atividade não se confunde com a colmatação de lacuna, vinculada à função interpretativa. Isto porque o conteúdo

⁴³⁴Sobre a nomenclatura utilizada, remete-se o leitor à seção 2.2, onde justifica-se a adoção dessa designação.

⁴³⁵PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 339.

⁴³⁶AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 425.

⁴³⁷LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernandez Rodriguez. Buenos Aires, AR: Editorial Olejnik, 2018. (Colección: Biblioteca de Derecho Privado), p. 187.

⁴³⁸*Id. Ibid.*, p. 197.

⁴³⁹GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 103.

⁴⁴⁰PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 346.

incrementado; adicionado pela boa-fé “já está lá”. Sua imposição, pela lei, ocorre desde logo, sendo constituído de modo consentâneo à formação do contrato ou agregando-se durante a vida contratual⁴⁴¹, sobretudo nos contratos de longa duração. Não há lacuna, portanto. O papel do intérprete, nesse caso, é tão-somente o de declarar que eles já estavam adicionados ao conteúdo da relação contratual e não colmatar lacunas⁴⁴².

A doutrina italiana, contudo, adotada posição um pouco diversa, conforme se extrai das lições de Vincenzo Roppo⁴⁴³ e Massimo Bianca⁴⁴⁴. Para os autores, à função integrativa compete, igualmente, o papel de colmatação de lacunas. Os contratos difilmente prevem todas as intercorrências possíveis. Se for negligenciada alguma parte revelavante, faz-se necessária a integração supletiva do contrato, denominada, também de *amica dell’a autonomia privata*, porque atua onde esta é incompleta⁴⁴⁵. Para essa doutrina, a interpretação pressupõe uma regra contratual, enquanto que a integração pressupõe a sua falta⁴⁴⁶.

Não obstante, certo é que Karl Larenz já diferenciava tais funções, alocando a interpretação-integrativa (ou interpretação completativa) em posição intermediária entre a interpretação isolada da vontade (ou da declaração, a depender da teoria adotada) e a integração do contrato⁴⁴⁷.

Note-se que, em um arrendamento de ponto comercial, se as partes nada dispuseram, pode-se concluir que deriva do próprio sentido do contrato a proibição de concorrência, como se as partes o tivessem declarado (função interpretativa-integrativa); mas também é possível afirmar que essa proibição deriva da própria ideia fundamental do contrato e dos usos e costumes do tráfego, de modo que as partes não precisam positivá-la, por já ser imposta pela boa-fé (função integrativa)⁴⁴⁸. As duas afirmações estão corretas, o que dificulta o estabelecimento de uma linha divisória clara.

Essa divisão é bem exposta nos *coments* ao Principles Of International Commercial Contracts – UNIDROIT. O artigo 4.8 que busca suprir os termos omissos dos contratos, está localizado no capítulo denominado *Interpretation*. E, segundo o *comment 2* ao referido artigo, em muitos casos de omissão – ou *gaps* – a solução pode ser encontrada em outros

⁴⁴¹Como já se discorreu no Cap. 2.4, a boa-fé está presente na fase pré-contratual; durante o seu cumprimento, e mantém sua incidência também fase pós-contratual.

⁴⁴²NITSCHKE, Guilherme. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*, *cit.*, p. 542-543.

⁴⁴³ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, *cit.*, p. 451 e 457 e ss.

⁴⁴⁴BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, *cit.*, p. 412.

⁴⁴⁵ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, *cit.*, p. 458.

⁴⁴⁶BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, *cit.*, p. 412.

⁴⁴⁷LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, *cit.*, p. 120.

⁴⁴⁸*Id. Ibid.*, p. 120-121.

artigos (como tempo ou local da prestação). Na hipótese de inaplicabilidade desses *gap-fillers* legalmente previstos, o artigo 4.8 supri o termo omissis de acordo com natureza, finalidade e boa-fé contratual. Já o artigo 5.1.2, que trata dos *implied terms*, encontra-se no capítulo referente ao conteúdo do contrato, evidenciando que não se trata de lacuna (*gap*), mas sim de tema que “*went without saying*”⁴⁴⁹, ou seja, já integrava o contrato desde logo.

Sem pretender repisar o quanto já exposto neste trabalho, Stoll identificou que, em um primeiro plano, ligado ao interesse de prestação, as partes vinculam-se com vistas ao objeto da prestação; ao resultado da conduta do devedor. No plano seguinte, haveria um interesse de proteção, consistentes na criação de deveres laterais de abstenção de condutas que possam gerar situações danosas, ou seja, impõe-se um dever de proteção, com conotação negativa⁴⁵⁰.

A doutrina posterior, buscando alargar esse conceito, vinculou-os também aos interesses de prestação, dando-lhes conotação positiva; de exigência de condutas para o correto adimplemento da obrigação. Dessa forma, o dever de proteção passou a ser visto com espécie de dever lateral, ao lado dos deveres de informação e lealdade⁴⁵¹.

Dentro dessa ótica, e valendo-se das lições de Stoll, é possível vislumbrar que os deveres laterais imediatamente vinculados à prestação principal atenderão aos interesses de prestação; e os deveres laterais mediamente vinculados à prestação principal servirão aos interesses de proteção. Portanto, os primeiros – os *interesses de prestação* – englobam deveres principais, secundários e laterais; e os segundos – *interesses de proteção* – incluem somente alguns deveres laterais (aqueles mediamente vinculados com a prestação principal)⁴⁵².

O aprimoramento da teoria de Stoll resultou em um alargamento da própria noção de adimplemento, o qual abarca todos os interesses envolvidos na obrigação. Por consequência lógica, acaba-se por ampliar, na mesma proporção, a noção de inadimplemento *lato sensu*. Conforme se sustentará abaixo, no Cap. 4.2.1, o descumprimento dos deveres laterais ligados diretamente ao interesse de prestação, ensejará a mora ou o inadimplemento absoluto (em

⁴⁴⁹Conforme consta no *comment* ao art. 5.1.2 do UNIDROIT Principles of international commercial contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT, 2016. p. 152. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. Acesso em: 13 dez. 2019.

⁴⁵⁰SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 79.

⁴⁵¹HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever lateral advindo da boa-fé objetiva, cit., p. 56-57.

⁴⁵²*Id. Ibid.*, p. 63.

stricto sensu); já a inobservância dos deveres laterais de vinculação mediatamente acarretará a violação positiva do contrato⁴⁵³. Essa divisão será importante ao tratar-se das consequências do inadimplemento⁴⁵⁴.

Denota-se, ainda, que os deveres laterais vinculados de maneira *imediata* à prestação, como ocorre, em regra, com os deveres de informação e lealdade, sempre apresentarão finalidade positiva, qual seja, permitir o melhor adimplemento dos fins do contrato. Já os deveres vinculados de forma *mediata* à prestação, como ocorre com os deveres de proteção⁴⁵⁵, caracterizar-se-ão por uma finalidade, em regra, negativa: não causar danos ao outro contratante durante a execução do contrato.

Em sua obra, Judith Martins⁴⁵⁶ propõe classificação diversa, porém consentânea com a utilizada neste trabalho. A autora diferencia os conceitos de deveres anexos e deveres de proteção (em sentido estrito). Os primeiros consubstanciar-se-iam nos até aqui denominados deveres laterais imediatamente vinculados ao interesse de prestar, porquanto, *anexos* às obrigações principais e secundárias. Já os últimos, corresponderiam aos deveres laterais com vinculação mediata.

Os deveres laterais possuem, ainda, fonte diversa. Segundo Jorge Cesa a fonte normativa destes é preponderantemente o princípio da boa-fé, em especial, seu vetor material de proteção da confiança. Já sua fonte fática consiste no momento genético do contrato. Não têm por base as declarações de vontade das partes, mas sim mera atuação destas⁴⁵⁷; a partir do simples contato já incidem os deveres laterais.

Consequentemente, por antecederem a própria formação do contrato, impõem-se já na fase pré-contratual. Projetam-se, igualmente, para a fase posterior ao cumprimento do dever principal, subsistindo ao término da fase contratual propriamente dita, e ingressando na fase pós-contratual⁴⁵⁸.

A diferença de fontes acarreta, ainda, diversidade subjetiva. Os deveres de prestação situam-se na esfera jurídica do devedor e são exigíveis, à princípio, para a satisfação do interesse de prestação. Por outro lado, os deveres laterais situam-se na esfera jurídica de

⁴⁵³PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 342.

⁴⁵⁴O que será realizado no Cap. 4.5.

⁴⁵⁵Judith Martins-Costa chega a afirmar que o dever lateral de proteção sempre será mediatamente vinculado à prestação (in *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 598).

⁴⁵⁶*Id. Ibid.*, p. 243-244.

⁴⁵⁷SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 95-96.

⁴⁵⁸GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 106.

ambos os contratantes – credor e devedor – caracterizando-se por servirem à finalidade negocial, visando, além da proteção da pessoa e dos bens dos contratantes, a satisfação completa dos interesses envolvidos⁴⁵⁹.

Outra característica decorrente da diversidade de fonte consiste no fato dos deveres laterais não serem passíveis de enumerações apriorísticas, dependendo da situação concreta apresentada. Existem potencialmente desde o início da relação, e atualizam-se à medida que esta se desenvolve, assumindo um papel instrumental na obrigação e apresentando um grau escalonado de proximidade com a prestação principal. Os deveres de prestação são direcionados mediamente à finalidade contratual e imediatamente à satisfação do interesse de prestação; já os deveres laterais, mesmo pós-eficazes, buscam de forma direta o fim visado pelo contrato.⁴⁶⁰

Por essa razão, existem autores, como Antunes Varela⁴⁶¹, Mota Pinto⁴⁶² e Larenz⁴⁶³, que defendem a inviabilidade de ação judicial de cumprimento, de modo que seu inadimplemento apenas daria lugar à indenização ou ao direito formativo extintivo, ressalvada, por certo, a possibilidade das partes elevarem algum dever anexo ao plano dos deveres de prestação emergentes do contrato, atribuindo-lhe executoriedade.

Entretanto, comungando do entendimento de Jorge Cesa, entende-se com maior razão a doutrina que visualiza a possibilidade de tal ação, em especial, com relação aos deveres vinculados imediatamente ao interesse de prestar. Seja por sua relevância para a prestação principal, ou até mesmo pela reiteração da jurisprudência em reconhecê-los, tais deveres laterais tornam-se plenamente conhecidos e previsíveis pelas partes, não havendo razão para negar-lhes a exigibilidade.

Até porque, malgrado a existência de vozes em contrário, tem-se reconhecido a contratualidade dos deveres laterais.

Conforme bem explica Mota Pinto⁴⁶⁴, o regime da responsabilidade contratual é o mais ajustado à ponderação dos interesses, colhendo seu fundamento no artigo 227º do Código Civil Português. Como bem pontua Antunes Varela é possível o cumprimento

⁴⁵⁹HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever lateral advindo da boa-fé objetiva, *cit.*, p. 62.

⁴⁶⁰PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, *cit.*, p. 347-348.

⁴⁶¹VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*, *cit.*, v. 1, 2018, p. 127.

⁴⁶²PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, *cit.*, p. 347.

⁴⁶³LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, *cit.*, p. 22.

⁴⁶⁴PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, *cit.*, p. 349-353.

defeituoso da obrigação, pela infração de dever lateral, que integra, por força de lei, a relação contratual especial.⁴⁶⁵

Essas seriam, em linhas gerais, a delimitação e características dos deveres laterais. E, feita a vinculação entre eles e a violação positiva do contrato, impõe-se o estudo do seu regime na fase pós-contratual – objeto do presente estudo. Somente assim poder-se-á adentrar no exame quanto à possibilidade de responsabilização por sua inobservância

4.1.2.1. Deveres laterais em espécie e sua incidência na fase pós-contratual

Ao longo do texto, dispôs-se sobre deveres de informação, esclarecimento, colaboração, proteção, sigilo e lealdade como espécies de deveres laterais. Contudo, não se extrai da doutrina uniformidade de tratamento, segundo já se teve a oportunidade de discorrer no capítulo 2.2. Em síntese sobre tais deveres laterais, Cláudio Luiz Bueno de Godoy resume as variadas classificações da seguinte forma:

“de maneira geral, todas essas classificações têm constantes os deveres de informar, de sigilo, de colaboração e de cuidado. Pelo dever de informar se entende seja indispensável, na relação contratual, a conduta de transparência (...). Pelo dever de sigilo se exige a reserva da parte sobre o que tenha sabido em razão do contrato (...) Pelo dever de colaboração, está a parte obrigada, de um lado, a não criar dificuldades para o cumprimento da prestação (...) Pelo dever de cuidado, impõe-se ao contratante a cautela de não contratar ou agir de forma a causar exacerbados riscos de danos à pessoa ou ao patrimônio do outro contratante”⁴⁶⁶

Malgrado essa diversidade de nomenclaturas e subdivisões, Menezes Cordeiro, em festejada classificação, alcançou uma visão panorâmica do assunto alocando-os em três grandes grupos, quais sejam: deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade⁴⁶⁷. Observa-se que não se trata de classificação técnica, mas sim didática, com vistas a facilitar a compreensão do fenômeno. Esta será adotada no pelo presente trabalho porque, apesar de mais sucinta, é suficiente para o agrupamento das diversas manifestações do fenômeno.

Cumprir reiterar, também, dois aspectos tratados no capítulo precedente. O primeiro, no fato dos deveres laterais existirem em todas as obrigações, mas com variações de

⁴⁶⁵ VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 2, 2018, p. 130.

⁴⁶⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, cit., p. 80.

⁴⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 604-606.

intensidade, conforme a espécie de relação jurídica⁴⁶⁸. O segundo, na característica de serem exigíveis, independentemente da existência de um dever principal.

Com efeito, ainda que este já tenha sido adimplido – e conseqüentemente extinto – torna-se possível a manutenção de alguns efeitos da relação jurídica. Larenz, já mencionava que, mesmo após sua extinção, a relação pretérita continua a atuar como fundamento para a prestação realizada, evitando a repetição do indébito⁴⁶⁹.

Mas, mais que isso, mantidos certos efeitos obrigacionais, há a possibilidade do surgimento de um dever de indenizar, por força de um comportamento realizado após o adimplemento da prestação principal, que viole deveres laterais.

Em formulação genérica, Mota Pinto resume seu pensamento, reafirmando o dever das partes de omitirem comportamentos suscetíveis de prejudicar a finalidade contratual, com fulcro na integração promovida pelos ditames da boa-fé objetiva⁴⁷⁰. Diz-se genérica a formulação acima, porque, como será abordado adiante⁴⁷¹, nem toda manifestação após o cumprimento do dever principal será considerada como verdadeira pós-eficácia, entendida em seu sentido estrito.

No entanto, para os fins do presente subcapítulo, que visa demonstrar a subsistência dos deveres laterais após o término da fase contratual, serão consideradas todas as manifestações pós-contratuais.

4.1.2.1.1. Deveres de proteção

Os deveres laterais de proteção ao patrimônio e pessoa do contratante já se encontravam na doutrina de H. Stoll, que os contrapôs aos deveres de prestação. A diferença, aqui, consiste no fato de que, após o alargamento do conceito de deveres laterais, com a inclusão de condutas com finalidades positivas, o dever de proteção passou a ser entendido

⁴⁶⁸Sobre o tema da variação de graus de intensidade, remete-se o leitor à seção 2.4.2, no qual se discorrerá com mais vagar.

⁴⁶⁹LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 40-41.

⁴⁷⁰PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 354-356.

⁴⁷¹Nos Capítulos 3.1 e 3.3.1.

como espécie deste. Tanto que alguns autores, como Judith Martins-Costa⁴⁷², chegam a denominá-lo de dever de proteção em sentido estrito.

Presente em todas as relações, consiste no dever das partes de não infligir danos ao outro contratante, enquanto perdurar a fenômeno contratual. Sendo independentes da prestação principal e secundária, devem ser observados durante toda a vida do contrato: iniciam com o simples contato das partes, passando pela fase de negociações, formação, execução e cumprimento, mantendo sua vigência também na fase pós-contratual.

A independência em relação ao dever de prestação é bem demonstrada no famoso caso do linóleo, malgrado seja hipótese de responsabilidade pré-contratual, e não pós-contratual. Neste julgado de 1911, o armazém de linóleo foi condenado porque seu funcionário deixou que os rolos do produto caíssem sobre a cabeça de uma potencial cliente e do filho desta⁴⁷³. Como é possível observar, ainda não havia dever de prestar principal, o qual talvez nem viesse a ser constituído, demonstrando a independência em relação ao interesse de prestação.

Também é possível verificar sua incidência no decorrer do programa contratual, em especial nas hipóteses em que um dos contratantes permite a utilização, ou cede ao outro, objetos, instrumentos ou locais para utilização. Neste último estaria a responsabilidade dos titulares de estalagens e recintos desportivos pelos danos que seus clientes venham a sofrer, por falta de segurança no local⁴⁷⁴. Na legislação brasileira, o dever de segurança do recinto, em eventos esportivos, foi alçado a dever legal pelo artigo 14 do Estatuto de Defesa do Torcedor.⁴⁷⁵

Ferreira da Cruz bem assevera que o Código de Defesa Consumidor, no âmbito das relações por ele regida, elevou os deveres de proteção à condição de obrigação legal, prevendo, igualmente, a tutela aos bens e à pessoa. O primeiro caso seria abarcado pela responsabilidade por vícios do produto (art. 18 a 20). O segundo, pela responsabilidade decorrente de fato do produto (art. 12 a 14)⁴⁷⁶.

⁴⁷²Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 598-599.

⁴⁷³MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 547.

⁴⁷⁴Sempre citado pela doutrina o caso do empregado que, ao subir no telhado para tirar as medidas necessárias, sofre uma queda através de uma tabua podre. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 604.

⁴⁷⁵BRASIL. *Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Brasília, DF, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

⁴⁷⁶CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 147.

Já na fase pós-contratual o descumprimento dos deveres laterais de proteção poderá ser utilizado como fundamento para *culpa post pactum finitum*. Findo o contrato, as partes não se desincumbem de cuidar do patrimônio e da integridade da pessoa do outro contratante.

Essa responsabilidade é bem retratada no caso dos herdeiros impedidos de fazer concorrência com a editora, mediante a tiragem de novos exemplares, mesmo findo contrato de cessão⁴⁷⁷. O Tribunal, na ocasião, conclui que essa abstenção era necessária para preservar as vantagens oriundas do negócio jurídico, protegendo o patrimônio do outro contratante.

Enéas Garcia⁴⁷⁸ cita o caso de uma empresa que locou espaço para instalação de equipamentos de propaganda. Existindo descentendimentos quanto ao valor devido, a locadora invocou a cláusula resolutória expressa e retirou os bens do local. Contudo, ao fazê-lo, agiu de forma brusca, danificando-os.

Como bem pontua o autor, ainda que se considerasse resolvido o contrato pelo inadimplemento, sua atuação violou o dever de proteção decorrente da boa-fé, que impõe a guarda e cuidado dos bens da parte contrária, ainda que em mora. Malgrado o art. 400 indique que a mora do credor subtraia a do devedor, também se exige que este seja isento de dolo. Logo, não escusa o abandono dos bens da outra parte, deixando-os perecer.

Como pode ser notar, encontram-se, aqui, obrigações de segurança, prudência, garantia, aviso, dentre outras voltadas à proteção dos contraentes, sendo, portanto, uma categoria “*totalement hétérogène*”, nas palavras de Jaluzot⁴⁷⁹.

Outras hipóteses serão ainda acrescentadas ao abordar-se especificamente a *culpa post pactum finitum*. Não obstante, os casos narrados bastam para demonstrar, neste tópico, a possibilidade de sua subsistência na fase pós-contratual em razão de sua vinculação com os interesses de proteção, estando ligado apenas de maneira mediata à finalidade do contrato (interesse de prestação).

⁴⁷⁷MELO, Diogo L. Machado de. Notas sobre a responsabilidade civil pós-contratual. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil: estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 422-423.

⁴⁷⁸GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 238-239.

⁴⁷⁹JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 520.

4.1.2.1.2. Deveres de lealdade

O dever de lealdade ou cooperação, consiste na abstenção de comportamentos, comissivos ou omissivos, capazes de desequilibrar, dificultar ou frustrar o fim negocial objetivado pelas partes. Tratam-se de deveres decorrentes diretamente da boa-fé, impondo aos contratantes que, em certa medida, malgrado figurem em polos diversos da relação jurídica, atuem como parceiros na busca da finalidade contratual.

Mota Pinto elenca exemplos da jurisprudência portuguesa, expondo haver inadimplemento contratual quando um indivíduo, após celebrado contrato de assistência técnica e comercial com sociedade, passa a dificultar sistematicamente o contato, não atendendo a diversos telefonemas, tampouco respondendo a pedidos de entrevista e cartas enviadas⁴⁸⁰.

A casuística permite apontar outras hipóteses, como o dever de sigilo das informações recebidas (o qual, em parte confunde-se com o dever de proteção); o dever de não concorrência na alienação de estabelecimento comercial e de não celebração de contratos incompatíveis.⁴⁸¹

Nas relações de emprego igualmente impõe a observância dos deveres de colaboração e lealdade pós-eficazes. Os empregados não podem utilizar os conhecimentos obtidos para negociarem, em nome próprio, fazendo concorrência ao empregador⁴⁸². Ou o dirigente demitido não pode revelar os segredos industriais de seu antigo empregador para o concorrente.⁴⁸³

Preciso o alerta de Jaluzot ao ressaltar que não se pode exigir um altruísmo absoluto que nega os próprios interesses, ou mesmo uma devoção ilimitada. Na realidade, em vez de levar em conta os próprios interesses, trata-se de não prejudicar os interesses do outro.⁴⁸⁴

Com relação ao dever de sigilo pós-contratual em sentido lato, é possível tomar-se o exemplo de Fernando Campos Scaff que menciona a confidencialidade do prontuário médico, com informações ligadas a intimidade do paciente, excepcionada apenas pela

⁴⁸⁰PORTUGAL. S.T.J. de 2-x-65, in BMJ, 151, p. 210 e segs. (in PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 339-340, nota 2).

⁴⁸¹MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 607.

⁴⁸²PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 340.

⁴⁸³GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 237.

⁴⁸⁴JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 516.

necessidade de comunicação aos órgãos públicos⁴⁸⁵ e que pode sobreviver ao adimplemento da prestação principal (tratamento médico).

Por vezes, a existência de uma relação contratual permite que um dos contratantes tenha acesso a dados da vida particular do outro. E, o cumprimento da prestação principal não põe cabo à confiança que foi depositada durante a fase de execução do contrato⁴⁸⁶.

Na jurisprudência pátria, Haical elenca aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre a venda de curso profissionalizante de massoterapia, cuja vendedora, logo após a venda, instala-se em endereço próximo, desenvolvendo idêntico ramo empresarial, em evidente infração ao dever pós-contratual de colaboração⁴⁸⁷.

Especial incidência terá, ainda, nos ditos contratos de longa duração. Essas relações, como enfatiza Jaluzot, impõem grande flexibilidade na execução do contrato, porque é impossível elaborar um acordo que regule com precisão todo o relacionamento⁴⁸⁸. A boa-fé atua aqui possibilitando que o regulamento contratual se adapte às naturais alterações das circunstâncias decorrentes do passar do tempo, e preservando o equilíbrio contratual.

Os casos acima evidenciam que esses deveres possuem grau significativo de vinculação com o interesse de prestação, posto que permitem o melhor adimplemento desta, alcançando a finalidade negocial. Sua gênese e configuração são estabelecidas, em grande medida, em atenção à consecução dos fins do contrato, de modo que este que determinará à medida da lealdade ou cooperação necessária no caso concreto. Acaso descumpridos, em virtude da vinculação imediata, não é de se estranhar fique prejudicada toda a prestação principal.

4.1.2.1.3. Deveres de esclarecimento ou informação

O dever de esclarecimento ou informação consiste na obrigação das partes de transmitirem as informações necessárias concernentes próprio vínculo contratual, às intercorrências que possam gerar qualquer tipo de influência na relação jurídica, bem como

⁴⁸⁵SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58/189. Edição Digital.

⁴⁸⁶GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 236-237.

⁴⁸⁷TJRS, Apelação cível nº 70006628994, (in HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever lateral advindo da boa-fé objetiva, cit., p. 58).

⁴⁸⁸JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 517.

os efeitos que resultam de sua execução. Seria possível, acrescentar, ainda, os esclarecimentos e advertências sobre os riscos com relação ao funcionamento e a fruição dos bens adquiridos.

Hodiernamente, há uma tendência de independentizar o dever de informação, do prévio conhecimento pelo agente. Jorge Cesa narra que a jurisprudência francesa, para responsabilizar os comerciantes, aplicava a regra dos vícios redibitórios. Contudo, esse instituto pressupõe o prévio conhecimento pelo devedor. Assim, passaram a distinguir vendedores ocasionais, dos vendedores profissionais. Para estes, haveria presunção de conhecimento do vício. É o que ocorre hoje nas relações de consumo, nas quais criou-se a presunção de conhecimento, pelo fornecedor, das características do produto⁴⁸⁹.

Jaluzot colaciona aresto datado de 1894, que talvez seja a primeira manifestação desse dever em solo Francês. Trata-se de decisão, em contrato de concessão, pelo qual se reconheceu que a concessionária estava virtualmente comprometida com a cidade para informá-la dos fatos que tinha ocorrido no imóvel, e que, pelo descumprimento dessa obrigação, ela incorrera na responsabilidade direta e pessoal pelos danos causados.⁴⁹⁰

O dever de informar é retratado, em especial, nas relações entre paciente e os profissionais da saúde. Apesar de lateral, esse dever revela o inato direito à personalidade do paciente que, lúcido e autônomo, pode optar pela negativa de intervenção.⁴⁹¹ Pretendendo o tratamento, o profissional da saúde deverá, como alerta Fernando C. Scaff, tomar o consentimento informado do paciente para tornar legítima sua atuação, materializando-se como verdadeira condição *sine qua non*.⁴⁹²

Transpondo-o para a fase pós-contratual, Enéas Garcia salienta que mesmo após o tratamento os médicos devem fornecer as informações constantes da documentação médica (v.g. prontuário médico).⁴⁹³ Até porque, em várias situações, é nesse momento que as informações tornam-se necessárias. Mas não basta a simples entrega. Forte na lição de Fabian, Enéas Garcia aduz que há um dever de organização da documentação, que pode ser

⁴⁸⁹SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 115-116.

⁴⁹⁰JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 517.

⁴⁹¹CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 143.

⁴⁹²SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*, cit., p. 56/189.

⁴⁹³GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 232.

imputado, inclusive, a qualquer fornecedor de serviços da área da saúde, e não apenas médico⁴⁹⁴.

O verbete 548 das Súmulas do Colendo Superior Tribunal de Justiça também colaciona hipótese relacionada ao dever lateral de informação. Segundo o entendimento da Corte, “*incumbe ao credor a exclusão do registro da dívida em nome do devedor no cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, a partir do integral e efetivo pagamento do débito*”.

Em uma leitura rápida, seria possível concluir que o aludido enunciado se vincularia apenas ao dever de colaboração. Mas também é possível vislumbrar algum vínculo com o dever de informação. Note-se que este não se restringe às partes, podendo abranger a publicidade decorrente dos cadastros de proteção ao crédito. Quitando o devedor sua dívida, há o dever pós-eficaz do credor de proceder à devida exclusão do apontamento, expondo à terceiros informações corretas sobre seu antigo parceiro contratual.

Em todas essas hipóteses, as consequências podem ser diversas. Nas fases pré e pós-contratual, de forma geral, poderá falar-se que o descumprimento acarretará o dever de indenizar⁴⁹⁵. Agora, se já formado o contrato, a inobservância do dever de informar poderá acarretar a anulação por vício do consentimento, posto que a informação pode ser essencial para sua conclusão.⁴⁹⁶

Outro aspecto que se extrai dos deveres de informação, é que são os mais próximos do dever de prestar. Por vezes, confundem-se com a própria prestação, mormente quando a utilização do bem adquirido exige prévias explicações. Nessas hipóteses, a ausência de informação poderia se equiparar ao próprio inadimplemento. Pelo artigo 12 do CDC, nas relações consumeristas a insuficiência ou inadequação da informação equivale ao próprio defeito do produto.

Destaca-se, ainda, que nem sempre é possível individualizar a deficiência de informação em relação aos demais deveres laterais. Isto porque, a ausência de informação pode se consubstanciar também no descumprimento do dever de lealdade. Tome-se o caso do vendedor que não informa o reparo na pintura do veículo⁴⁹⁷: além de descumprir o dever

⁴⁹⁴GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 233.

⁴⁹⁵Malgrado exista divergência com relação à espécie de responsabilidade: contratual ou delitual.

⁴⁹⁶JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 519.

⁴⁹⁷HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever lateral advindo da boa-fé objetiva, cit., p. 59.

de informação, igualmente age de forma desleal. No entanto, não se vislumbra qualquer relevância nessa dificuldade de separação, posto que, conforme exposto, trata-se de classificação meramente enunciativa e não técnica.

4.2. A boa-fé nas diversas espécies de relações jurídicas: Pontos de aproximação e a diferença de densidade na criação dos deveres

Nos subcapítulos acima, ao se demonstrar a atuação dos deveres laterais na fase pós-contratual, elencaram-se hipóteses de concreção. Contudo, na perquirição e identificação destes, é de especial importância atentar-se à espécie de relação jurídica travada.

Note-se que, partindo da ordinária divisão entre contratos empresariais, comuns e consumeristas, embora não se excluam os objetivos próprios de cada espécie, certo é que os princípios gerais que os orientam não diferem tanto em espécie, mas sim em intensidade.

Isso não significa, como bem pontua Godoy, a absoluta coincidência de princípios e objetivos, mas indica, por certo, uma convergência principiológica⁴⁹⁸. Malgrado possa se observar alguns princípios específicos das relações de consumo, tal como a presunção de vulnerabilidade, denota-se igualmente que o Código Civil não descurou da tutela de situações de desigualdade, como se extrai dos institutos da lesão, abusividade da cláusula penal e contratos de adesão – mesmo após a edição da Lei nº 13.874/2019 (conhecida como lei da liberdade econômica).

O mesmo ocorre com o princípio da boa-fé objetiva. No sistema consumerista é como princípio, no art. 4º, inciso III, e como cláusula geral no art. 51, inciso IV, ambos do CDC, tendo por função viabilizar, através da imposição comportamentos leais, a composição de interesses aparentemente contrapostos, como a proteção ao consumidor e o desenvolvimento econômico.⁴⁹⁹

Contudo, tal *standard* de conduta, como já se teve a oportunidade de expor no presente trabalho, também foi incorporado pelo Código Civil 2002 em seus artigos 113, 187 e 422, correspondentes às funções interpretativa, corretiva e supletiva.

⁴⁹⁸GODOY, *Claudio* Luiz Bueno de. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor: convergência de princípios e distinção de sua modulação: um paralelo entre os deveres que criam. In: MELGARÉ, Plínio (Org.). *O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 116.

⁴⁹⁹NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 203-205 e 728.

Assim, independentemente da espécie de relação jurídica, não se duvida da presença da boa-fé objetiva. Entretanto, não escapa ao leitor mais arguto a conclusão no sentido de que a distinção “*não está, essencialmente, nesta previsão de princípios comuns, está, sim, na modulação, na intensidade, na extensão de sua incidência.*”⁵⁰⁰

Mesmo na classificação proposta por Junqueira de Azevedo, consistente na divisão entre contratos de lucro (empresariais) e existenciais, a conclusão acima é mantida.

Os primeiros teriam um regime de menor interferência judicial, até porque, a entidade empresarial ineficiente pode, e deve, ser retirada do mercado. Entende-se como o contrato firmado entre empresários ou, entre esses e um não-empresário, mas com intuito de obtenção de lucro (por isso, igualmente são denominados contratos de lucro). Já os contratos existenciais é possível um maior controle judicial, porque firmados entre não-empresários, ou pelo menos, uma não-empresária sem o intuito de auferir lucros – tal como ocorre nos contratos de consumo, trabalho e aquisição da casa própria.⁵⁰¹

Morsello salienta, ainda, a possibilidade de coligação entre essas espécies de contrato. Nesse caso, o escopo existencial, ainda que de um dos contratos-satélite, contagia toda a relação, passando a ser o escopo do próprio conjunto contratual.⁵⁰² Conclui, assim, que nos contratos de lucro, a autonomia privada terá maior peso e interesse quando sopesada com os demais princípios, em especial com a boa-fé objetiva.⁵⁰³

Entretanto, mesmo no âmbito dos contratos empresariais, essa área sofrerá variações de intensidade. Analise-se os contratos de representação comercial e distribuição-intermediação. O primeiro, regulado pela Lei nº 4.886/65, proíbe alterações que resultam em diminuição da remuneração do representante. Não há margem para atuação da autonomia privada. No segundo, essa margem é mais larga. Não há lei de regência, de modo que, se por aditamento contratual, as partes reduzirem o preço pago ao distribuidor, este novo pacto será válido.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor: convergência de princípios e distinção de sua modulação: um paralelo entre os deveres que criam, *cit.*, p. 120.

⁵⁰¹JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Relatório brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185-186.

⁵⁰²MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 533.

⁵⁰³*Id.* *Ibid.*, p. 528.

⁵⁰⁴COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 31-32.

Tome-se, ainda, como exemplo, o princípio da boa-fé objetiva: os deveres laterais dele oriundos variarão conforme a espécie de relação jurídica. O dever lateral de informação e esclarecimento nos contratos de franquia, por exemplo, incidem de maneira mais intensa do que nas demais relações interempresariais, em especial, quanto às informações constantes da Circular de Oferta de Franquia – COF.

Como salienta Sidnei Amendoeira Junior, o COF constitui um mecanismo de transparência excepcional, que não encontra correspondência em nenhum outro contrato empresarial. Além da previsão normativa, a necessidade de sua entrega antes da assinatura do contrato decorre do princípio basilar da boa-fé objetiva e da eticidade contratual, que surgiram para suplantam o antigo sistema formalista e positivista.⁵⁰⁵

Nas relações consumeristas, por sua vez, extrai-se ainda maior densidade normativa. A informação é elevada a dever qualificado, cuja ausência poderá configurar, inclusive, fato do serviço ou produto (art. 12 do CDC)⁵⁰⁶. Recai igualmente sobre o conteúdo do contrato, cuja ausência de conhecimento tem por consequência a não obrigação dos consumidores (art. 46 do CDC).

Em interessante análise, Godoy cita a “oferta” para demonstrar a diferença de incidência⁵⁰⁷. Tanto o Código Civil, como o Código de Defesa do Consumidor a disciplinam. Contudo, para o primeiro, a oferta apenas vinculará o ofertante se contiver os elementos essenciais do contrato. Por outro lado, a legislação consumerista considera-se oferta, e, portanto, com vinculação do fornecedor, “*toda informação ou publicidade, suficientemente precisa*” (art. 30 do CDC). Ou seja, exige-se menos, basta precisão em relação ao produto oferecido, o que, na legislação civil, é tida como mero convite a contratar.

Extraí-se, ainda, a diferença de intensidade de regulamentação no dever lateral de proteção. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o legislador buscou um modelo mais rigoroso que o tradicional, prevendo a responsabilização por defeito de segurança do produto ou do serviço, independentemente de culpa. Entretanto, como pondera

⁵⁰⁵BRUSCHI, Gilberto G.; COUTO, Mônica B.; SILVA, Ruth M. J. de A.; PEREIRA, Thomaz H. J. de A. (Coords.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 948.

⁵⁰⁶Rizzatto Nunes cita o caso do consumidor, diabético, que adquiriu produto *diet* acreditando não ter açúcar. Ao ingerir, passo mal e quase falece. Posteriormente, descobre-se que o produto foi considerado *diet*, porque continha baixa caloria, mas com um pouco de açúcar. (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 264-265).

⁵⁰⁷GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor: convergência de princípios e distinção de sua modulação: um paralelo entre os deveres que criam, cit., p. 123-124.

Godoy, a própria disciplina da responsabilidade civil geral já superou a adstrição exclusiva à culpa.⁵⁰⁸

Apesar da regra constante do artigo 186, certo é que o Código Civil possui variadas hipóteses de responsabilização objetiva, a demonstrar a referida convergência principiológica. No mais, tratando-se de produtos postos em circulação, o Código Civil acabou por ampliar a noção de fato do produto, conforme bem pontuado por Ferreira da Cruz, forte na lição de Godoy. O artigo 931 do Código Civil, ao silenciar sobre a existência do defeito, dispensou-o como pressuposto para a responsabilização civil.⁵⁰⁹

A intensidade dos deveres laterais será ainda maior em relações duradouras, como no contrato de fornecimento periódico de materiais, do que em uma operação instantânea de compra e venda.⁵¹⁰

Transportando essas conclusões com relação aos princípios, para o âmbito dos deveres laterais, fácil concluir que os deveres de proteção, lealdade e esclarecimento não serão sempre os mesmos. Porém, a depender da espécie de relação jurídica examinada, diferentes serão os deveres identificados.

Consequentemente, nas relações existenciais, os deveres laterais mostrar-se-ão mais intensos, exigindo maiores cuidados por parte dos contratantes, mormente das partes empresárias que contratam com não-empresários. Essa maior intensidade igualmente é projetada para a fase pós-contratual, consoante se denota do famoso caso da “vista eterna”, na qual a própria vendedora-empresária atua para construir, obstruindo a vista que tinha servido como razão para venda anterior⁵¹¹.

Isto posto, conclui-se que a boa-fé orienta quaisquer relações jurídicas, independentemente de serem empresariais, comuns ou consumeristas; de lucro ou existenciais; inclusive cominando deveres laterais à todas elas, com vistas à obtenção da finalidade contratual, mas com grau diverso.

Cumpre, agora, adentrar no campo da pós-eficácia destes deveres e dos fundamentos para a *culpa post pactum finitum*. É o que se passa a fazer.

⁵⁰⁸GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor: convergência de princípios e distinção de sua modulação: um paralelo entre os deveres que criam, *cit.*, p. 132-133.

⁵⁰⁹CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, *cit.*, p. 240-241.

⁵¹⁰PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, *cit.*, p. 346.

⁵¹¹Para evitar repetições desnecessárias, remete-se o leitor ao capítulo 3.3, no qual se exporá o julgado com maior exatidão.

CAPÍTULO III. PÓS-EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES: ASPECTOS CONCEITUAIS

1. Identificação do período e noção de relação pós-contratual

Nos capítulos precedentes, o intuito da presente dissertação foi o de fincar as bases fundamentais para o desenvolvimento da noção de *culpa post pactum finitum*. Com relação às fontes, observou-se que o regulamento de um contrato não se limita à vontade das partes, havendo fontes heterônomas que concorrem para sua construção. Dentre elas, destacou-se a cláusula geral da boa-fé objetiva, que visa a tutela da confiança e a primazia da relação material subjacente.

Observou-se, ainda, que por meio de sua função supletiva, complementa-se o contrato com uma série de deveres laterais que visam não apenas o melhor adimplemento da prestação, mas igualmente a proteção aos bens e à pessoa dos contratantes, assegurando a vantagem decorrente do contrato. Tais deveres podem ultrapassar os limites da fase de execução, alcançando as fases pré e pós-contratuais.

Uma vez criada, a obrigação é composta por *deveres principais*, consistentes na operação econômica fruto da autonomia privada, que dá conteúdo à relação e identifica sua espécie, e *deveres secundários*, decorrentes da própria obrigação, mas como resultado da operação interpretativa. Ambos, ligam-se ao interesse de prestação porque visam a satisfação dos interesses do credor.

Identificam-se, ainda, deveres laterais de conduta, os quais podem vincular-se de forma imediata aos interesses de prestação ou aos interesses de proteção (nessa hipótese, sendo apenas mediadamente vinculados ao interesse de prestação), estes concebidos como mecanismos de resguardo da satisfação dos contratantes⁵¹².

Assim, como já se concluiu no capítulo precedente, os *interesses de prestação* englobam deveres principais, secundários e laterais⁵¹³; já os *interesses de proteção* incluem

⁵¹²SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

⁵¹³Judith Martins-Costa denomina-os, quando vinculados aos interesses de prestação, como deveres anexos. Os demais, designa como deveres de proteção. (MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, *cit.*, p. 573).

somente alguns desses deveres laterais, radicando-se na esfera jurídica de ambos os contratantes.

Extinto o contrato e iniciada a fase pós-contratual – ao menos em sentido lato – alguns desses deveres laterais permanecem vigentes, podendo ocorrer, inclusive, o surgimento de novos comportamentos exigíveis.

Feita essa breve digressão surgem questões: se os deveres laterais remanescem obrigatórios, é possível falar em contrato findo? Existindo deveres a serem cumpridos, no que consiste, então, a fase pós-contratual? Essas são as indagações que norteiam o presente subcapítulo.

A expressão "pós-contratual" chama atenção porque, se o adjetivo "contratual" lembra o vínculo com um contrato, o prefixo "pós" introduz uma noção de posteridade. A definição depende de um contrato, porque o sucede, mas ao mesmo tempo o exclui, posto que, se ainda existisse, estar-se-ia na fase contratual⁵¹⁴.

Logo, a identificação do período pós-contratual exige a existência de um contrato que foi extinto. E a causa de sua extinção influenciará nessa definição.

O primeiro aspecto na definição do período pós-contratual, consistente em verificar a existência de eventual prorrogação. Os negócios jurídicos de execução sucessiva, não se extinguem pelo cumprimento de uma prestação singular. A relação contratual perdurará até o advento do termo ou pela denúncia realizada por umas das partes.

No primeiro caso, se estiver previsto no instrumento contratual que, apesar do advento do termo, o contrato prorroga-se por prazo indeterminado na ausência de manifestação das partes, é certo que não se estará na fase pós-contratual, mas sim de execução do próprio contrato. É possível também que as partes acordem expressamente por prorrogá-lo, ainda que ausente qualquer cláusula nesse sentido. Contudo, é importante sublinhar que, neste caso, a prorrogação deve ocorrer antes do advento do termo, pois, do contrário, o contrato já terá sido extinto⁵¹⁵ nos termos dos artigos 128 e 135, ambos do Código Civil, e o acordo posterior se consubstanciará em novo contrato.

A prorrogação do contrato pode resultar ainda da lei ou de decisão judicial. O artigo 46, §§1º e 2º da Lei nº 8.245/91 dispõe que o contrato de locação é prorrogado

⁵¹⁴SEIBT-FOMBART, Fabiola Oliveira. *Les relations post-contractuelles*. Memoire pour le Diplome d'Études Approfondis. Strasbourg: Faculté de Droit. Université Robert Schuman de Strasbourg, 2002. p. 16. Disponível em: <http://www-cde.u-strasbg.fr/da/da/AnnexesMemoires/Promo2002/seibt.pdf>.

⁵¹⁵*Id. Ibid.*, p. 20.

automaticamente por prazo indeterminado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de 30 (trinta) dias sem oposição do locador (prorrogação legal). Por outro lado, como hipótese de prorrogação judicial, Seibt-Fombaron menciona a possibilidade do juiz, em tutela de urgência, determinar a manutenção da relação contratual. É o que ocorre, especialmente, nos contratos de longa duração, cuja ruptura abrupta pode ensejar danos à contraparte⁵¹⁶.

Nesse período de prorrogação, o contrato permanece em vigor com todas as suas cláusulas, de modo que as relações entre as partes se localizam na fase contratual. Por outro lado, não ocorrendo a prorrogação, o advento do termo porá fim ao contrato, com o potencial surgimento de deveres pós-eficazes.

Nos contratos em geral a forma mais recorrente de término da relação consiste no pagamento, com a satisfação do credor e liberação do devedor. Porém, esta é apenas uma de suas formas. Hamid Charaf Bdine Junior designa-a como meio direto de extinção, ao lado dos meios anormais: a inexistência e a invalidade; e os indiretos: a consignação em pagamento; a dação em pagamento; a novação; a compensação; a confusão e a remissão⁵¹⁷.

Antunes Varela refere-se ao pagamento e aos meios indiretos como *causas extintivas da relação obrigacional simples*, posto que não a atingem em toda sua espessura⁵¹⁸. Ao lado dessas, tem-se as *causas extintivas da relação obrigacional complexa*⁵¹⁹, as quais atuam na fonte da relação – como a inexistência ou invalidade – ou em seus efeitos – v.g. a resolução e resilição.

Nos limites da presente dissertação, não é dado expor o tema de forma completa, porém, cumpre abordar as diversas formas de extinção do contrato, com vistas à definição de eventual momento pós-eficaz.

Nas *causas extintivas da relação obrigacional complexa* que atuam desconstituindo a própria fonte do negócio jurídico – em regra, o contrato – não haveria de falar, propriamente, em fase pós-contratual.

⁵¹⁶SEIBT-FOMBART, Fabiola Oliveira. *Les relations post-contractuelles*, cit., p. 29-30. A autora cita decisão de 7.11.2000, da 1ª Câmara cível do Tribunal de Cassação, que reconheceu a possibilidade do juiz determinar a manutenção de um contrato de seguro denunciado pela Seguradora, como medida cautelar de urgência, nos termos do artigo 873, al. I, do *Code de Procédure Civile*.

⁵¹⁷PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 244.

⁵¹⁸VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 2, 2018, p. 169. O autor exclui a prescrição como forma de extinção da obrigação, porque constitui verdadeira exceção, aplicável também a outros direitos.

⁵¹⁹*Id. Ibid.*, p. 273-274.

No contrato inexistente faltam os elementos necessários para seu ingresso no mundo jurídico⁵²⁰. Inexiste situação socialmente qualificada como contrato⁵²¹. Esse seria o grau mais alto de ‘contaminação’. Consiste apenas em uma aparência de contrato, porque não foi estabelecido qualquer acordo de vontade, ainda que viciado. Sequer é necessária, portanto, uma manifestação judicial para seu reconhecimento, malgrado os franceses, alocando-o ao lado da nulidade, tem-na exigido⁵²².

A invalidade, por sua vez, pode ser subdividida em nulidade e anulabilidade. Trata-se de qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico. O contrato é nulo nos casos que lhe falta requisito de ordem pública, negando-lhe definitivamente a consequência jurídica pretendida⁵²³. Por essa razão, não é passível de convalidação e pode ser reconhecido de ofício pelo juiz (art. 168 e 169 do C.C.).

Na anulabilidade, o vício existente interessa, basicamente, à ordem privada. Por isso, o ato é eficaz até sua decretação pelo juiz. Não podendo ser declarada de ofício, a anulabilidade depende da provocação por algum interessado, sujeito a prazo decadencial⁵²⁴. Possível, pelas mesmas razões, a convalidação expressa ou tácita do negócio jurídico.

Ressalta-se que, tratando-se do vício da lesão, reconhecida no código Civil como causa de anulabilidade do contrato, a doutrina refere-se ao seu reconhecimento como rescisão contratual; e não anulação⁵²⁵.

Em ambas hipóteses, trata-se da qualidade que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico, referindo-se, portanto, à fonte da relação obrigacional.

Como afirma Junqueira de Azevedo, o plano da existência trata da substância: o negócio existe e os elementos são. Já o plano da validade, refere-se aos adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as qualidades dos elementos⁵²⁶.

⁵²⁰JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 23-24.

⁵²¹BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, cit., p. 616.

⁵²²Como afirma Junqueira de Azevedo não é lógico que se continue a colocar a inexistência ao lado do nulo ou do anulável, como se fosse um *tertius genus*, porquanto, não há uma gradação de invalidade. A dicotomia “negócio inexistência – negócio existente” está em plano diverso da tricotomia “negócio válido – negócio inválido – negócio nulo”. (in JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 63).

⁵²³AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004. p. 65.

⁵²⁴*Id. Ibid.*, p. 66-67.

⁵²⁵*Id. Ibid.*, p. 68-71.

⁵²⁶JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 42.

O período após a declaração de inexistência ou reconhecimento da invalidade do contrato poderia ser chamado de "pós-contratual". Contudo, examinando-se mais detidamente a questão, denota-se ser uma afirmação falsa.

Na inexistência o contrato sequer adentrou no mundo jurídico, logo, não há se falar em período posterior. O reconhecimento da invalidade, por sua vez, retroage à formação do ato, retirando-lhe igualmente todos os efeitos. Por isso, Seibt-Fombaron⁵²⁷ afirma que estes não desempenham nenhum papel nas relações entre as partes, não sendo pós-contratuais os efeitos de seu reconhecimento (v.g. a devolução dos valores pagos).

Tal assertiva deve ser lida com cautela. De fato, como regra geral o contrato inválido ou inexistente não produzirá efeitos, e as partes serão reconduzidas ao *status quo ante*.

Entretanto, existem cláusulas contratuais que podem subsistir, mesmo nesses casos. Pense-se na cláusula compromissória de arbitragem, que por expressa disposição legal é autônoma em relação ao contrato em que está inserida (art. 8º, da Lei nº 9.307/96). Caberá apenas ao arbitro decidir “*as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória*” (art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96).

Na anulabilidade a questão é mais simples. Isto porque, como se sabe, os contratos anuláveis são passíveis de confirmação, ainda que tácita, na forma dos artigos 172 e 174 do Código Civil, atingindo todos os efeitos pretéritos e vindouros do ato⁵²⁸. Nesse caso, sana-se o vício, passando a ser válida a avença. Do contrário, a decretação de sua anulação possui efeitos retroativos, deixando o contrato de regular a relação entre as partes (art. 182 do Código Civil)⁵²⁹.

Têm-se, ainda, hipóteses excepcionais de produção de efeitos por atos nulos ou inexistentes. Conforme já se teve a oportunidade de dispor nesta dissertação, umas das consequências oriundas da cláusula geral da boa-fé objetiva, em sua função corretiva, é obstar a alegação de nulidades substanciais ou formais, se contrárias à tutela da confiança, ou melhor, se consistirem em *venire contra factum proprium*.

⁵²⁷SEIBT-FOMBART, Fabiola Oliveira. *Les relations post-contractuelles*, cit., p. 18.

⁵²⁸DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (Coord.) *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 113.

⁵²⁹Essa regra, no entanto, possui algumas exceções, todas vinculadas à boa-fé da parte inocente, consoante se depreende dos artigos 181, 1.214, 1.217, 1.219 do Código Civil.

Nos dizeres de Menezes Cordeiro, a proibição ao comportamento contraditório incita o cumprimento dos negócios livremente celebrados, ainda que sem observância da forma legal⁵³⁰. Malgrado a nulidade absoluta possa ser alegada por qualquer interessado, Judith Martins ressalta, com fulcro nas lições de Pontes de Miranda, que o artigo 168 do Código Civil exige o ‘interesse’ para a arguição. Na sua ausência, ou sendo ele torpe, o suporte fático – interesse – não se fará presente, obstando a arguição⁵³¹. Logo, o beneficiário da nulidade, para justificar seu interesse, não pode tê-la dado causa, por dolo ou culpa grave. Se o fez, lhe faltará interesse em razão do comportamento contrário à boa-fé.

É possível também extrair da jurisprudência casos de manutenção dos efeitos gerados por contrato inexistente, mormente como decorrência da aplicação da teoria da aparência. Tome-se, como exemplo, o mandatário aparente. Nesses casos, inexiste representação e, conseqüentemente, não há manifestação de vontade pelo representado (mandante), o que conduz à inexistência contratual. Entretanto é possível a vinculação do mandante ao ato praticado pelo mandatário aparente, mormente quando a conduta daquele, objetivamente considerada, contribuiu para formação dessa convicção⁵³².

Esse posicionamento já foi adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial interposto pelo Grêmio Football Porto Alegre em face do Sport Club Corinthians Paulista⁵³³, no qual mantiveram-se os efeitos do contrato de compra e venda

⁵³⁰MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 771.

⁵³¹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 700-701.

⁵³²Nesse sentido: “*TEORIA DA APARÊNCIA. Investimento. Agente captador de recursos. Terceiro de boa-fé. Comprovado que o emitente do recibo de aplicação no mercado financeiro era notoriamente agente autorizado a captar recursos para aplicar em certa instituição financeira, responde esta pelo desvio do numerário, uma vez que a teoria da aparência protege o terceiro de boa-fé. Recurso conhecido e provido.* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 276.025/SP*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 12 de dezembro de 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=248411&num_registro=200000899844&data=20010312&formato=PDF).

⁵³³CÍVEL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DOS DIREITOS FEDERATIVOS DE ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. VÍCIO NA CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXEQÜENDO. AUSÊNCIA DA ASSINATURA DO VICE-PRESIDENTE FINANCEIRO DO CLUBE. IMPOSIÇÃO DO ESTATUTO. FORÇA EXECUTIVA RECONHECIDA. TEORIA DA APARÊNCIA. BOA-FÉ OBJETIVA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Incensurável o tratamento dado ao caso pela Corte de origem, não só pela distinção feita entre a natureza do contrato exequendo (art. 585, II, do CPC), face aos títulos executivos extrajudiciais relacionados na regra estatutária, cujo descumprimento teria o condão de inviabilizar o processo executivo, mas, principalmente, pela repulsa à invocação de suposto vício na constituição do pacto, levado a efeito pelo próprio executado, uma vez havendo o recorrido agido de boa-fé e alicerçado na teoria da aparência, que legitimava a representação social por quem se apresentava como habilitado à negociação empreendida. 2. Denota-se, assim, que a almejada declaração de nulidade do título exequendo está nitidamente em descompasso com o proceder anterior do recorrente (a ninguém é lícito venire contra factum proprium). 3. Interpretação que conferisse o desate pretendido pelo recorrente, no sentido de que se declare a inexequibilidade do contrato entabulado entre as partes, em razão de vício formal, afrontaria o princípio da razoabilidade, assim como o da própria boa-fé objetiva, que deve nortear tanto o ajuste, como o cumprimento

pactuado, malgrado a ausência da assinatura do Vice-Presidente do recorrente, conforme exigido pelo estatuto social. Constatou-se do acórdão que a almejada declaração de nulidade (acredita-se que melhor seria referir-se à inexistência) do título exequendo estava em descompasso com a conduta anterior do recorrente, e a ninguém é lícito *venire contra factum proprio*. Logo não se poderia afastar a força executiva do título extrajudicial, por um vício que o próprio recorrente deu causa.

Roppo aduz, ainda, que malgrado não seja possível a convalidação do nulo, esta é apenas uma das formas de recuperação do contrato. Existem outros mecanismos que dispensam a vontade qualificada para a produção de efeitos. São atos ou fatos, aos quais a lei vincula, objetivamente, a produção dos efeitos programados com o contrato, ou pelo menos alguns deles. Alguns desses mecanismos podem ser até processuais. No caso de uma escritura com assinatura falsa, caso o suposto assinante seja acionado judicialmente, e não a impugne, esta não poderá mais ser declarada nula⁵³⁴.

Nessas hipóteses excepcionais de manutenção dos efeitos do negócio jurídico inexistente ou inválido é possível pensar-se na imposição de deveres laterais às partes e, conseqüentemente, em sua projeção para a fase pós-contratual, resguardando as vantagens do acordo.

Mas é importante notar que nesses casos ocorreu a manutenção de seus efeitos, atingindo a finalidade contratual, e não sua desconstrução em virtude do vício que o inquinava. Logo, não há qualquer contradição com a assertiva anterior. Excepcionados tais casos, nos contratos inexistentes ou nulos as partes retornam ao estado anterior, e aquele negócio jurídico não mais regulará a relação entre elas. E, não havendo vantagens oriundas do contrato a serem tuteladas, não há se falar na existência de deveres laterais pós-contratuais.

Porém, aqui deve-se tomar nova cautela. A ausência dos elementos de existência, ou a presença de uma invalidade, de maneira alguma deve conduzir à ideia de não imposição de deveres laterais.

dos negócios jurídicos em geral. 4. Recurso especial não conhecido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 681.856/RS*. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 12 de junho de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3235624&num_registro=200401143593&data=20070806&tipo=5&formato=PDF).

⁵³⁴ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 804. O autor afirma ser caso de nulidade. Contudo, entende-se que melhor seria a referência à inexistência.

O simples contato das partes já impõe a observância da boa-fé objetiva, com a presença de deveres laterais pré-contratuais. Como afirmado no capítulo precedente⁵³⁵, a invalidade do contrato não os atinge, os quais podem ser autônomos e permanecer incólumes. O que se afirmou acima, apenas, é que estes não serão pós-eficazes. Mas, ressalta-se, podem ser pré-contratuais. Judith-Martins, inclusive, aloca a conclusão de negócios jurídicos nulos ou anuláveis como hipótese de responsabilidade civil pré-contratual – fundada na *culpa in contrahendo*, portanto⁵³⁶.

Logo, conclui-se que, para haver período pós-contratual, é necessário que o contrato exista e seja válido (ressalvado, no entanto, os casos produção de efeitos pelos atos nulos e anulados), além de não ter ocorrido a prorrogação. Deve, ainda, ter produzido efeitos, consistente na operação econômica pretendida pelas partes, cujas vantagens, mesmo após a extinção da relação, devem ser resguardadas em face da ação do outro contratante.

Com relação às *causas extintivas da relação obrigacional complexa*, que atuam em seus efeitos, a doutrina elenca a resilição, o arrependimento, e a resolução. Nelson Rosenvald bem pontua que elas predem-se às situações posteriores a formação, atuando, assim, no plano da eficácia do negócio jurídico⁵³⁷ - tal como ocorre com o pagamento.

A resilição pode ser unilateral ou bilateral (distrato). A primeira consiste em negócio jurídico unilateral receptício com a finalidade de encerrar contratos. Pode ser exercida por meio da revogação, renúncia e denúncia. Deveriam ser previstas no instrumento contratual, haja vista que os acordos devem ser cumprimentos (princípio da *pacta sunt servanda*) e a parte não pode, por vontade própria, retirar-se da relação obrigacional que voluntariamente ingressou.

Contudo, tratando-se de negócios jurídicos que dependam da confiança, a possibilidade de revogação ou renúncia lhe é inerente. No contrato de mandato, ao mandante é facultado, a todo tempo, revogar os poderes outorgados; tirar a voz do mandatário. Este, por sua vez, pode renunciar aos poderes que lhe foram atribuídos. Sem prejuízo, em ambos os casos, de eventuais perdas e danos em virtude do ato.

Nos demais contratos, ainda que não prevista expressamente, também é possível o exercício da denúncia quando fixado por prazo indeterminado, em virtude da vedação à

⁵³⁵Remete-se o leitor à seção 2.4.1.2.

⁵³⁶MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 459.

⁵³⁷PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 495.

pactuação de vínculos perpétuos⁵³⁸. Aliás, nesses casos, a extinção da relação obrigacional exige a observância de uma boa-fé qualificada, para evitar prejuízos ao outro contratante que não pôde redirecionar seus negócios, ou que já realizou investimentos de vulto sem tempo para o retorno financeiro, consoante reconhecido no artigo 473, parágrafo único, do Código Civil⁵³⁹.

O distrato (resilição bilateral), por sua vez, consiste em um novo negócio jurídico bilateral – contrato – cujo desiderato é encerrar a relação jurídica anterior que ainda produz efeitos. Em regra, possuirá efeito retroativo, exceto se realizado em negócio de execução continuada ou periódica, hipóteses na qual terá aplicação analógica o artigo 128 do Código Civil, sempre ressalvando, no entanto, eventual disposição em contrário pelas partes⁵⁴⁰.

O arrependimento, por sua vez, dá-se nas hipóteses do artigo 420 do Código Civil, sendo modo pelo qual a parte sai do contrato, perdendo as arras dadas ou devolvendo-as em dobro⁵⁴¹.

Pode ocorrer, também, que o contrato se extinga pela resolução, que decorre de fato superveniente à sua celebração.

Na dicção do artigo 474 do Código Civil, a cláusula resolutiva expressa independe de qualquer pronunciamento judicial, bastando seu exercício pelo contratante prejudicado⁵⁴². Em sua ausência, subentende-se a existência de uma cláusula tácita, com a finalidade de permitir a resolução pelo contratante inocente, em virtude de fato imputável ao outro, contudo, nesse caso, faz-se necessária a intervenção judicial.

Consoante ensina Antunes Varela a cláusula resolutiva distingue-se da condição resolutiva. Esta opera-se de pleno direito com a ocorrência do fato futuro e incerto; ao passo que a cláusula resolutiva apenas concede ao beneficiário o poder de resolver o contrato.⁵⁴³

⁵³⁸Entretanto, como bem ressalta Cristiano de Sousa Zanetti: “*excepcionalmente, no entanto, admite-se a celebração de negócios que vijam pela vida inteira de uma pessoa ou por tempo indeterminado, sem que haja possibilidade de denuncia. A constituição de renda, por exemplo, pode durar por toda a vida do rendeiro, conforme previsto no art. 806 do Código Civil.*” (in NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 764).

⁵³⁹MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 731.

⁵⁴⁰NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, cit., p. 762-763.

⁵⁴¹AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., p. 73.

⁵⁴²Nesse sentido, o Enunciado 436 das Jornadas de Direito Civil do CJF/STJ: “*A cláusula resolutiva expressa produz efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial.*”. Essa, ainda, a posição adotada pela Lei nº 13.097/2015 que, para os contratos de imóveis não loteados passou a exigir apenas a interpelação.

⁵⁴³VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. 12. reimp. Coimbra: Almedina, 2017. v. 2, p. 278.

Classifica-se, quanto à causa, em: por fato imputável ao devedor; por fato não imputável ao devedor; por inadimplemento do credor, ou pela alteração das circunstâncias (seja pela teoria da base do negócio jurídico, seja pela teoria da imprevisão)⁵⁴⁴. Nesta última, se a modificação não puder ser qualificada como integrante do risco, natural ou assumido por um dos contratantes, permitir-se-á a revisão, se ainda for possível manter o vínculo contratual. Caso isto não seja possível, abrir-se-á as portas da resolução, nos termos do artigo 317 e 479 do Código Civil. Aludida hipótese não se confunde com a impossibilidade absoluta da prestação, por fato não imputável ao devedor. Nesses casos, a própria lei já extingue, incontinenti, os efeitos do contrato.⁵⁴⁵

Com relação aos seus efeitos da resolução, Ruy Rosado aduz que, em regra, retroagem à data da celebração do contrato. Isto porque, trata-se do desfazimento da relação obrigacional, com a recuperação, pela restituição, de tudo o quanto foi prestado no cumprimento do contrato⁵⁴⁶. Mas cabe uma ressalva: tratando-se de relação de trato sucessivo, a retroatividade não atinge as prestações já realizadas, em analogia ao artigo 128 do Código Civil⁵⁴⁷.

Em verdade, salienta Ruy Rosado que a resolução decorre de um direito formativo que integra a relação obrigacional complexa. O seu exercício relaciona-se apenas com a obrigação afetada pelo incumprimento, mas o contrato continua existindo e serve de fundamento para a nova situação. Nesta, o dever primário de prestação será convertido em deveres secundários de restituição e indenização⁵⁴⁸.

Enquadra-se, ainda, como espécie de resolução, o exercício do direito de desistir do contrato firmado fora do estabelecimento, na forma do artigo 49 do C.D.C (denominado

⁵⁴⁴Rui Rosado, em trabalho específico sobre o tema, propõe a seguinte classificação: “a resolução pode ser: a) quanto à fonte: legal ou convencional; (b) quanto ao procedimento: judicial ou extrajudicial; (c) quanto à extensão: total ou parcial; (d) quanto à causa: por incumprimento do devedor imputável ou não imputável, por incumprimento do credor e por modificação superveniente das circunstâncias (teoria da alteração da base do negócio, da onerosidade excessiva ou da imprevisão); (e) quanto à legitimidade ativa: promovida pelo credor, pelo devedor ou por qualquer um deles; (f) quanto aos efeitos no tempo: ex nunc e ex tunc; (g) quanto aos efeitos no conteúdo: com indenização, havendo culpa, ou sem indenização.” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., p. 54).

⁵⁴⁵*Id Ibid.*, p. 73.

⁵⁴⁶*Id Ibid.*, p. 258. Havendo culpa, será devida, além da restituição, indenização pelas perdas e danos (art. 389 do C.C.).

⁵⁴⁷Nesse sentido também 1.458 do *Codice Civile: La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. La risoluzione, anche se e' stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione.*

⁵⁴⁸AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., p. 46-48.

prazo de reflexão). Segundo Cláudia Lima Marques *et al*⁵⁴⁹, cujas conclusões são adotadas também por Ferreira da Cruz⁵⁵⁰, nessa hipótese resolve-se o contrato por atuação desta cláusula resolutiva tácita, liberando os contratantes. Contudo, apesar de tácita, esta espécie de resolução ocorre de pleno direito, não necessitando da atuação do Poder Judiciário.

A resolução, por localizar-se no plano da eficácia, pressupõe que o contrato existiu e era válido. Com efeito, é possível vislumbrar uma fase dita pós-contratual, em especial nos casos de contratos de longa duração, cuja extinção apenas opera efeitos posteriores; e não retroativos. No mais, os deveres secundários de restituição e indenização, produzindo efeitos apenas com a extinção da obrigação principal, também poderá integrar a categoria da pós-eficácia em sentido lato, como se procurará demonstrar linhas abaixo.

Por fim, as *causas extintivas da relação obrigacional simples*, também situadas também no plano da eficácia, são assim denominadas por atuarem em cada uma das obrigações singulares oriundas do contrato. Porém, nada impede, consoante bem ressalta Antunes Varela, que toda a relação obrigacional complexa seja extinta por atos simultâneos e sucessivos de pagamento (ou outra forma indireta de adimplemento) das várias relações simples que a compõe⁵⁵¹.

Com fulcro na noção complexa de obrigação, Massimo Bianca sustenta que o pagamento integra a fase de execução do contrato, envolvendo o cumprimento do programa contratual; não se tratando, assim, de forma de extinção do negócio jurídico. A ideia do pagamento como forma extintiva está ligada a noção de que, com o cumprimento, o contratante recuperaria sua liberdade⁵⁵². Mas, na verdade, a parte apenas é liberada da prestação simples que cumpriu, e o contrato continua a justificar os poderes já conferidos.

Com efeito, ao longo da relação obrigacional, as partes, por meio das formas de adimplemento das obrigações, vão cumprindo as prestações singulares, até o completo cumprimento do contrato. E, aqui, retoma-se a indagação do início do capítulo: estando as prestações satisfeitas, então como falar em obrigações pós-eficazes?

Em verdade, o objetivo das partes é alcançar, por meio do acordo de vontades, um determinado fim. A finalidade integra a teoria da causa do negócio jurídico, constituindo um

⁵⁴⁹MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1082.

⁵⁵⁰CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*, cit., p. 170-171.

⁵⁵¹VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 2, 2017, p. 273, nota (2).

⁵⁵²Liberdade essa que teria sido tolhida ao adentrar na relação contratual.

plus que se exige para o adimplemento⁵⁵³. É a causa concreta, que a doutrina italiana aponta como a função prática que as partes realmente atribuíram ao seu acordo⁵⁵⁴; o resultado prático que se busca extrair, em vista da espécie de negócio e as circunstâncias da celebração.

As obrigações que correspondem a esta finalidade, ligam-se aos interesses de prestação. Não se limitam ao próprio dever de prestar principal, existindo também deveres secundários e laterais vinculados ao interesse no crédito (dependentes do dever primário, na nomenclatura utilizada por Marco Trevisan⁵⁵⁵).

No exemplo de Couto e Silva, se um comerciante convencionou com um publicitário a confecção e colocação de anúncio luminoso, este não poderá instalá-lo em local pouco frequentado. Caso o faça, o adimplemento não será satisfatório, malgrado observado os termos expressos do contrato. Ou ainda, no contrato de transporte, o transportador tem o dever de custódia da coisa, embalando-a e promovendo seu envio com os devidos cuidados. Sua inobservância afetará a própria prestação.

Nessa ordem de ideais, e respondendo as indagações iniciais, considera-se cumprido o contrato com a obtenção de sua finalidade, ou seja, quando o credor tenha sido totalmente satisfeito em seu interesse na prestação⁵⁵⁶.

Mas isso não significa que a relação obrigacional deixou de existir como um todo. A obrigação complexa representa mais que soma das prestações singulares. Ela subsiste, ainda que alguns deveres tenham sido extintos pelo cumprimento. É o que ocorre com os deveres laterais: sendo independentes, podem remanescerem eficazes (pós-eficácia).

Larenz já defendia essa ideia ao afirmar que o contrato, mesmo com o cumprimento do dever de prestar, continua a ter o efeito de servir como ‘fundamento jurídico’ para a prestação realizada⁵⁵⁷.

A boa-fé, na fase pós-contratual, é chamada a impor aos antigos contratantes, em razão do negócio jurídico anterior, que continua a produzir determinados efeitos, a abstenção de condutas que possam afetar as vantagens aferidas por ele. Essa obrigação negativa integra os chamados deveres laterais, em especial, os vinculados ao interesse de proteção. Contudo,

⁵⁵³SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 41.

⁵⁵⁴BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, cit., p. 452-453.

⁵⁵⁵TREVISAN, Marco Antônio Responsabilidade civil pós-contratual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 205, out./dez. 2003.

⁵⁵⁶LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 39.

⁵⁵⁷*Id. Ibid.*, p. 40.

como se demonstrará, nada obsta a pós-eficácia também deveres vinculados ao interesse de prestação.

Desta feita, o que se denomina pós-contratual, em verdade, será a fase posterior à obtenção ao interesse de prestação – ainda que atingido por uma série cumprimentos de obrigações singulares – e não à extinção do contrato propriamente dito.

A expressa *pós-contratual*, portanto, diz respeito, como já afirmava Mota Pinto, à extinção dos deveres vinculados à prestação principal⁵⁵⁸.

Ao final do estudo desses movimentos, é possível identificar o período pós-contratual: o contrato existia e era válido; produziu efeitos, com a satisfação do interesse de prestação, e não ocorreu a prorrogação da relação contratual. A partir desse momento, então, começa, ao menos potencialmente, o período pós-contratual⁵⁵⁹, no qual permanecem eficazes os deveres laterais, especialmente, mas não exclusivamente, os vinculados ao interesse de proteção⁵⁶⁰.

2. Da culpa post pactum finitum

Reconhecida a obrigação como uma relação jurídica complexa, ultrapassando a mera relação de crédito-débito primários, ela passa a albergar direitos e deveres secundários, laterais de conduta; potestativos; formativos e extintivos; estados de sujeição; direitos eventuais; ações; ônus; faculdades e, por óbvio, a situação jurídica alcançada.

A cláusula geral da boa-fé objetiva, ao impor padrões de comportamento definidos com base na legítima expectativa criada no outro contratante, deu origem aos denominados “deveres laterais”. Estes se estendem desde as tratativas preliminares até à fase denominada pós-contratual – identificada no subcapítulo precedente.

⁵⁵⁸PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 356.

⁵⁵⁹SEIBT-FOMBART, Fabiola Oliveira. *Les relations post-contractuelles*, cit., p. 21.

⁵⁶⁰Trevisan, denominando-os deveres anexos independentes, expõe que “são aqueles que podem ser acionados isoladamente, sem tocarem à execução do dever principal — característica que o dever anexo dependente não tem —, e se caracterizam, sobretudo, pela eficácia ulterior à extinção do contrato pelo cumprimento do dever principal.” (TREVISAN, Marco Antônio Responsabilidade civil pós-contratual, cit., p. 205).

Como salienta Jaluzot, a utilização da expressão “extinção do contrato” pode mascarar a manutenção subsequente de obrigações convencionais, bem como a entrada em vigor de novas obrigações, criadas em decorrência do contrato⁵⁶¹.

Na lição de Menezes Cordeiro⁵⁶², a *culpa post pactum finitum* corresponderia à projeção, para a fase pós-contratual, da *culpa in contrahendo* descoberta por Jhering. Enquanto nesta, o simples contato social já ensejaria a existência dos referidos deveres laterais de proteção, lealdade e esclarecimento; naquela, quando já adimplido o contrato – ou melhor, já realizada sua finalidade consistente no interesse de prestação – sobreviveriam deveres laterais com o escopo de proteção da satisfação dos contratantes.

Consoante afirma Judith Martins-Costa, extinto o contrato, os figurantes devem guardar, como expressão dos interesses de proteção, o dever lateral de não o inviabilizaros fins por eles perseguidos⁵⁶³. A *culpa post pactum finitum* exige dos figurantes, em linhas gerais, um dever de omitir comportamentos que possam prejudicar o fim do contrato⁵⁶⁴.

Decorre, portanto, da particularidade de alguns deveres laterais, de poderem ser acionados independentemente da obrigação principal e, possuindo fim próprio, perdurem ainda após o término da prestação. Como já afirmava Couto e Silva, o fim comanda toda a relação jurídica, conformando os “direitos e deveres que a relação jurídica produz em contato com a realidade social, no curso de seu desenvolvimento”⁵⁶⁵.

Malgrado tais construções doutrinárias, certo é que sua origem, diferentemente do ocorrido com a *culpa in contrahendo*, não adveio do exame, em tese, de situações jurídicas ou de reflexões doutrinárias, mas sim da necessidade judicial de solucionar demandas concretas submetidas ao Judiciário, possuindo, dessa forma, origem pretoriana, o que contribuiu para uma dificuldade inicial na sua conceituação.

Seu estudo, portanto, deve ser iniciado pelo exame das primeiras manifestações jurisprudências sobre o tema, buscando extrair seu fundamento e conteúdo.

Menezes Cordeiro⁵⁶⁶ relata que o instituto foi objeto de exame pela jurisprudência alemã ainda na primeira década do século passado, sendo rejeitado. Em um primeiro caso, o

⁵⁶¹JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 359.

⁵⁶²MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, cit., p. 146.

⁵⁶³MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 473.

⁵⁶⁴PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 354.

⁵⁶⁵SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 97.

⁵⁶⁶MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, cit., p. 150.

*Kammergericht*⁵⁶⁷ decidiu que o proprietário não era obrigado a tolerar, em seu imóvel, letreiro indicativo do novo endereço do locatário. A sua aplicação foi igualmente rejeitada pelo *Reichsgericht* em decisão de 1912, que não vislumbrou a obrigação do antigo empregador de fornecer indicações sobre o ex-funcionário⁵⁶⁸.

Este mesmo Tribunal, em menos de dez anos, alterou seu posicionamento, passando a acolhê-lo, porém sem o aprofundamento de seus elementos estruturantes, o que acarretou contradições de julgados. Malgrado certa dificuldade histórica, a doutrina, valendo-se de profundo estudo realizado por Menezes Cordeiro, é concorde no sentido de o primeiro reconhecimento formal da pós-eficácia foi realizado pelo *Reichsgericht (RG)*, em julgamento que data de 26 de setembro de 1925⁵⁶⁹. No caso, o Tribunal decidiu que, após o término de uma cessão de crédito, o cedente não poderia impor obstáculos ao recebimento da prestação. Entretanto, cumpre ressaltar que o Tribunal não chegou a mencionar expressamente a existência da *culpa post pactum finitum*, apenas reconhecendo a existência de deveres laterais que ainda não haviam sido adimplidos.

Estas, ainda, as conclusões de Oertmann, citado por Menezes Cordeiro, pronunciando-se favoravelmente ao julgado pelo *Reichsgericht (RG)*, mas sem reconhecer, também, o fenômeno da pós-eficácia, afirmando que não teria ocorrido o adimplemento integral, em razão da subsistência dos deveres laterais contratuais.⁵⁷⁰

Posteriormente, acolheu-se ainda o instituto em uma demanda envolvendo contrato de edição, cuja decisão data de 03 de fevereiro de 1926, envolvendo os herdeiros do poeta francês Gustave Flaubert⁵⁷¹ e a editora que havia publicado obras, em alemão, do poeta. Na ocasião, o *Reichsgericht (RG)* decidiu que, mesmo após o término do contrato de cessão dos direitos de edição, os herdeiros estavam impedidos de fazer concorrência com a editora, mediante a tiragem de novos exemplares, enquanto não esgotados os anteriores⁵⁷².

Menezes Cordeiro, elenca, ainda, outros três casos da jurisprudência Alemã, todos ocorridos em meados do Século XX. No primeiro caso narrado, a autora da demanda havia comprado do réu um terreno para construção, com vista para um monte. Nas negociações

⁵⁶⁷Tribunal Superior de Berlim.

⁵⁶⁸MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 147. O autor menciona que o resumo da decisão consta de DJZ, 1910, 1412.

⁵⁶⁹RGZ 111 (1926), 298-305=JW 1926, 981-983 (*Id. Ibid.*, p. 148).

⁵⁷⁰*Id. Ibid.*, p. 148, nota de rodapé nº 14.

⁵⁷¹Autor, dentre outras, da famosa obra “Madame Bovary”.

⁵⁷²RGZ 113 (1926) 70-78 (*in* MELO, Diogo L. Machado de. Notas sobre a responsabilidade civil pós-contratual, *cit.*, p. 422-423).

preliminares, o réu assegurou à autora que, no espaço entre o terreno e o monte não seriam feitas construções, em razão do plano de urbanização então vigente. Passados alguns meses da venda, o réu adquiriu a área entre o terreno da autora e o monte, bem como solicitou, na Prefeitura, alteração do plano de urbanização, com a concessão de licença para construir naquele espaço. Obtendo êxito no pedido, edifica naquele espaço, prejudicando a vista do monte pelo terreno da Autora. Esta, pleiteia judicialmente indenização pela perda da vista – motivo pelo qual realizou a compra. Apesar de perder em primeira instância, o *Reichsgericht (RG)* dá procedência ao seu pedido⁵⁷³

No segundo, a autora dedica-se ao comércio de casacos e, assim, encarregou ao réu, trabalhando autonomamente, a confecção de 120 peças, conforme modelo expressamente concebido com base em desenho encomendado pertencente a ela. Posteriormente ao cumprimento do contrato, e não havendo proteção no plano da propriedade industrial, o réu fornece o mesmo modelo de casaco a um dos concorrentes da autora, posto que, no contrato, não havia cláusula de exclusividade ou não concorrência. A autora pleiteia indenizações pelos prejuízos. Ganha em primeira instância; perde na segunda, porém, obtém êxito no Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*)⁵⁷⁴.

E, no terceiro processo, pelo que se infere da narrativa, o réu explorava o ramo de hotelaria, e decidiu adquirir um carpete. O autor – vendedor do carpete – indicou a empresa para instalação. Contudo, dias depois, em razão de falhas técnicas na instalação, aparecem manchas no carpete. O réu reteve o pagamento. Acionado pelo autor (vendedor), o réu vê prosperar sua exceção no *Bundesgerichtshof*⁵⁷⁵.

Ainda no exame da jurisprudência de meados do Século XX, o Tribunal Federal do Trabalho Alemão (BAG) pressupôs a legitimidade dos deveres laterais pós-eficazes *latu sensu*, ao decidir pela nulidade da cláusula contratual que vedava a utilização dos conhecimentos adquiridos do antigo empregador⁵⁷⁶. Para os contratos translativos de

⁵⁷³RGZ 161 (1939), (330-331) = DR 10 (1940), 246/248 (in MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 143).

⁵⁷⁴NJW, 1855, p. 461 (in PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, *cit.*, p. 355).

⁵⁷⁵BGH 14-Out-1958. DB 1958, 1324 (in MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 143).

⁵⁷⁶Betriebsberater, nº 14 (1959), 633 (in PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, *cit.*, p. 354-355, nota 1). No caso, concluiu-se que a vedação a utilização dos conhecimentos não consiste em dever de fidelidade pós-contratual, o que seria legítimo; mas sim em restrição significativa da atuação profissional e, por isso, seria nula.

mercadorias, o dever pós-eficaz de omitir condutas que possam pôr em perigo ou prejudicar o fim do contrato, igualmente foi reconhecido pelo *Bundesgerichtshof* (BGH)⁵⁷⁷

Denota-se, portanto, que na primeira metade do Século XX a jurisprudência alemã enfrentou o tema à luz dos deveres oriundos da boa-fé disposta no §242 do *BGB*, mas sem qualquer respaldo doutrinário que pudesse lhe dar uniformidade de tratamento.

Alguns anos mais tarde, já na década de oitenta, tem-se outro caso oriundo da jurisprudência francesa, narrado por Beatrice Jaluzot. Na demanda, reconheceu-se a obrigação do concedente de entregar os automóveis encomendados, mesmo após o término do contrato de concessão⁵⁷⁸.

O que se extrai dos julgados é o traço comum quanto à existência de um contrato que foi, ao menos com relação ao interesse de prestação, devidamente cumprido, mas com a manutenção de determinados efeitos, consistentes em deveres laterais pós-eficazes.

A inobservância destes, centrados na proteção contratual, podem ensejar responsabilidade civil do contratante. A extensão dessa responsabilidade, no entanto, não foi uniforme entre julgados, ora consistindo em perdas e danos; ora em obrigação de fazer (como a entrega dos veículos), ou em justificativa para a retenção do pagamento.

Menezes Cordeiro identifica também outro marco da fraqueza inicial da doutrina da *culpa post pactum finitum*, consistente na incapacidade de ultrapassar as fronteiras alemãs.

Assiste-lhe razão. Consta no repertório da jurisprudência pátria do início do Século XX, processo judicial que comportaria solução pela adoção da *culpa post pactum finitum*. Trata-se do processo⁵⁷⁹ envolvendo um acordo comercial realizado em 09 de setembro de 1907 entre o conde Alvares Penteado e os industriários Jorge Street, Ildefonso Dutra e Alexandre Leslie, com a finalidade de fundir as fábricas Juta Santana, São João, e Santa Luzia, constituindo uma sociedade anônima denominada Companhia Nacional de Tecidos de Juta. Para tanto, fixou-se um valor pelas instalações – 7.500 contos de réis – e outro pela posição no mercado – 3.000 contos de réis.

⁵⁷⁷NJW, 1952, p. 867 (in PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 354-355, nota 1).

⁵⁷⁸Cass. Com. 10/06/86, Sté Ets Lacampagne c. General Motors France, Bull civ. IV, nº 123; RTD com. 1987, in JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 358.

⁵⁷⁹BARBOSA, Ruy. *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. t. 1, p. XI-XXXII. (Obras Completas de Rui Barbosa; 40).

Um ano depois da alienação, o conde Álvares Penteado fundou, no mesmo bairro, e explorando o mesmo ramo comercial, a Companhia Paulista de Aniagens. Por isso, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta intentou ação judicial pleiteando a condenação do Conde e da Companhia Paulista da Aniagens à restituição da quantia de 3.000 contos de réis, além de perdas e danos.

O pedido foi julgado improcedente na instância ordinária. Considerou que na escritura de alienação não constava cláusula ou condição limitativa do estabelecimento de indústria similar pelos alienantes e não ser hipótese de aplicação o artigo 214 e 215 do Código Comercial⁵⁸⁰. Aduziu, ainda, que a renúncia não poderia ser presumida, isto porque, esta espécie de cláusula apenas seria válida se com limitação de tempo e lugar.

A autora apelou e obteve provimento do recurso no Supremo Tribunal Federal, que entendeu terem os peritos incluído a clientela na avaliação dos bens. Considerou, ainda, que o transmitente está sujeito à garantia dos artigos 214 e 215 do Código Comercial, os quais impunham ao vendedor a garantia contra fato de terceiro; e mais ainda quando se tratar de fato próprio. Dessa forma, constituindo novo comércio, deveria arcar com as perdas e danos consequentes.

Contudo, posteriormente, o Tribunal acolheu os Embargos de declaração opostos por Rui Barbosa, julgando improcedente a ação, sob os seguintes fundamentos por ele articulados: a) a constituição da sociedade deu-se apenas com imóveis, sem inclusão da clientela; b) os peritos, ao avaliarem os bens, não incluíram também a clientela, tomando-a apenas como referência; c) a renúncia não pode ser presumida, sob pena de ofensa ao princípio da livre concorrência; d) a renúncia, diferentemente do sustentado por alguns autores (como Aubry & Rau⁵⁸¹), tampouco está implícita na cessão do fundo de comércio;

⁵⁸⁰Esses artigos, já revogados, possuíam a seguinte redação: “Art. 214 - O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente no instrumento do contrato, que toma sobre si o risco; devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que, por algum título, possa pertencer a terceiro.

Art. 215 - Se o comprador for inquietado sobre a posse ou domínio da coisa comprada, o vendedor é obrigado à evicção em juízo, defendendo à sua custa a validade da venda; e se for vencido, não só restituirá o preço com os juros e custas do processo, mas poderá ser condenado à composição das perdas e danos consequentes, e até às penas criminais, quais no caso couberem. A restituição do preço tem lugar, posto que a coisa vendida se ache depreciada na quantidade ou na qualidade ao tempo da evicção por culpa do comprador ou força maior. Se, porém, o comprador auferir proveito da depreciação por ele causada, o vendedor tem direito para reter a parte do preço que for estimada por arbitradores.”

⁵⁸¹AUBRY, Charles; RAU, Greta. *Cours de droit français*. 5. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – L.G.D.J., 1907. t. 5. *Apud* BARBOSA, Ruy. As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais, *cit.*, t. 1.

e) aliás, fundo de comércio não se confunde com estabelecimento, de modo que ainda que se presume a inclusão da clientela para aquela, não seria aplicável ao caso; f) Ainda que se presumisse tal cláusula, esta seria nula, porque sem limitação de tempo ou espaço.

Como se denota deste julgado, a doutrina da pós-eficácia manteve-se obstaculizada no direito nacional, ante a hipertrofia da noção de autonomia privada vigente na época⁵⁸². Entendia-se que apenas expressamente as partes poderiam vincular-se, cujas exceções (vinculação sem cláusula expressa) estariam limitadas aos aspectos da própria natureza do contrato (*naturalia negotii*).

A doutrina da *culpa post pactum finitum* alcançaria a jurisprudência nacional somente décadas mais tarde. Fator sintomático desta constatação é a recorrente menção ao ineditismo do acórdão de lavra do então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, admitindo a existência da responsabilidade pós-contratual, com fundamento na boa-fé, pela violação de deveres laterais, proferido apenas em 16/08/1988; muito depois de seu reconhecimento pelos Tribunais tedescos. Veja-se:

“Compra e venda. Resolução. Culpa post pactum finitum. O vendedor que imediatamente após a venda torna inviável à compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e escorraçando-a do lugar, para aproveitar-se disto e vender a casa para outrem, descumpre uma obrigação secundária do contrato e dá motivo à resolução. Princípio da boa-fé. Preliminar de nulidade rejeitada”⁵⁸³.

Examinando o julgado acima, Marco Trevisan⁵⁸⁴ afirma que seria prescindível o recurso à teoria da *culpa post pactum finitum*, tendo em vista que o próprio ato praticado (retirada, à força, da nova proprietária do imóvel, obrigando-a ao distrato) configura, por si só, um ilícito, de modo que suficiente a aplicação da regra geral de responsabilidade civil do artigo 186 do Código Civil (antigo 159 do CC/16).

Entretanto, não se pode deixar de observar que, no caso, ao ser expulsa do imóvel, o novo comprador demoliu o bem, de modo que a autora perdeu o interesse na reintegração de posse, razão pela qual buscava a declaração de inadimplemento pelo cumprimento imperfeito, com a consequente resolução do contrato, devolução do preço e perdas e danos.

⁵⁸²MOTA, Maurício J. P. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 206.

⁵⁸³BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS. Quinta Câmara Cível. *Apelação Cível nº 588.042.580/RS*. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 16 de agosto de 1988. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>.

⁵⁸⁴TREVISAN, Marco Antônio Responsabilidade civil pós-contratual, *cit.*, p. 213.

Para tal desiderato, a via da *culpa post pactum finitum* mostra-se adequada. A regra geral da responsabilidade civil delitual não conduziria à resolução, mas tão-somente ao pagamento de perdas e danos pela destruição do imóvel (acrescido de eventual dano moral), cuja posse, perdida, teria que ser retomada por meio de ação possessória. Com efeito, ante tais considerações, afigura-se correto o recurso à *culpa post pactum finitum*.

Como bem aponta Rogério Donini, este acórdão de lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior inseriu o Brasil em um círculo restrito de arestos que acolheram a doutrina da *culpa post pactum finitum*⁵⁸⁵.

Já no Século XXI, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto de lavra do Des. Francisco Loureiro, reconheceu a existência do dever pós-contratual do ex-empregador de prestar informações corretas sobre os antigos empregados. A ação, contudo, foi julgada improcedente, por entender-se que o mero erro com relação às datas de admissão e demissão não é capaz de ensejar danos morais⁵⁸⁶.

Mais recentemente, em voto de lavra do Des. Hamid Bdine, o mesmo Tribunal voltou a admitir a existência de deveres pós-contratuais. No aresto consignou-se que o locador deve observar se o novo locatário promoveu a alteração da titularidade das contas de consumo, excluindo o nome do antigo locatário e, na inércia daquele, promover a aludida alteração. Consta do acórdão⁵⁸⁷:

⁵⁸⁵DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo, cit., p. 144.

⁵⁸⁶O julgado possui a seguinte ementa: *INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Informações contendo erro material quanto ao período trabalhado prestadas pela empresa ré a respeito de antiga empregada - Competência da Justiça Comum, em razão da sentença de Primeiro Grau ter sido proferida antes da EC 45/04 - Responsabilidade pós-contratual e violação de deveres laterais com origem na boa-fé objetiva - Informações prestadas cinco anos após o desligamento e sem seguro nexo de causalidade com prolongado período de desemprego - Carteira de trabalho da autora que continha corretas informações e poderia ser usada para dirimir qualquer dúvida - Ausência de nexo de causalidade entre o erro material e os danos alegados pela autora - Recurso provido, para o fim de julgar a ação improcedente - Recurso adesivo prejudicado.* (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível 9113042-35.2004.8.26.0000*. Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 13/11/2008; Data de Registro: 26/11/2008. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>).

⁵⁸⁷O acórdão está assim ementado: “*DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVAÇÃO DECORRENTE DO INADIMPLENTO DE CONTAS DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA POSTERIORES À DESOCUPAÇÃO DO LOCATÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS-CONTRATUAL (CC, ART. 422). Preliminar. Ilegitimidade de parte passiva. Declaratória de débito. Configuração. Pedido que afeta a esfera jurídica de terceiro, fornecedor do serviço de energia elétrica, não incluído na lide. Mérito. Compensação por danos morais. Responsabilidade civil pós-contratual. Configuração. Viola dever anexo da boa-fé objetiva (CC, art. 422), exigível mesmo após a extinção do contrato, o locador que mantém de modo prolongado no tempo (nove anos após a extinção do contrato de locação) o nome do ex-locatário na conta de consumo, quando ciente da omissão na transferência pelo locatário. Concorrência de causas. Afastamento. Conduta determinante da ré. Quantificação (R\$ 4.000,00). Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Correção monetária (STJ,*

“tem-se que a omissão do dever objetivo de cuidado da locadora consistente em não transferir a titularidade da conta de consumo de energia elétrica do seu imóvel àquele locado, por extenso período (nove anos depois da extinção do contrato, com presumida sucessão de locatários), infringiu dever de proteção decorrente da boa-fé objetiva, causando ao outro contratante, em decorrência da relação contratual mantida, prejuízo ao seu nome junto ao crédito.”

No mesmo período, o Tribunal do Estado de Rio de Janeiro julgou o interessante caso do Condomínio São Conrado Green, com relação ao “*direito eterno de vista*”⁵⁸⁸. Tal como no julgado de meados do Século XX pelo Tribunal de Revista Alemão, a lide consistia na conduta da vendedora que, após a promessa de vista eterna, atua para alteração da política de urbanização. No caso, a incorporadora-ré, nos anos setenta, alienou os apartamentos de uma incorporação imobiliária, sob a promessa de possuírem vista eterna, em razão de Termo de Obrigações firmado entre a Estado da Guanabara e a proprietária do terreno defronte ao edifício – Sociedade Gávea-Hotelaria e Turismo.

Decorridos aproximadamente trinta anos, a mesma incorporadora atuou perante o Poder Público, logrando êxito em obter a concessão para construção naquele terreno. Inconformados, os moradores ajuizaram ação popular julgada improcedente pelo Juízo de primeira instância. Em recurso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento à apelação para julgar procedente a ação e declarar a nulidade das licenças expedidas, com fulcro no artigo 2º, alíneas “c” e “e”, da Lei 4.717/65, baseando-se, assim, em violações às normas administrativas e restrições convencionais decorrentes da lei de parcelamento do solo⁵⁸⁹.

Entretanto, não se desconhece que haveria campo fértil para a discussão da responsabilização sob a veste da *culpa post pactum finitum*, como vedação a comportamentos que prejudicassem a finalidade negocial. Vê-se, portanto, que ainda hoje o instituto não é explorado em todo seu potencial no âmbito jurisdicional.

súmula n. 362) e juros de mora (CC, art. 398). Sucumbência. Honorários (CPC, art. 20, §3º). Recurso parcialmente provido.” (TJSP; Apelação Cível 0010282-51.2009.8.26.0077; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Birigui - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/05/2014; Data de Registro: 28/05/2014).

⁵⁸⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ 6ª Câmara Cível. *Apelação Cível. Processo nº 013611341.2009.8.19.0001*. Relatora: Desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo. Julgado em 31 de maio de 2017. Não se acosta a íntegra da ementa, em razão de sua extensão e porque a fundamentação não faz referência à *culpa post pactum finitum*.

⁵⁸⁹O processo, na data de fechamento desta dissertação, encontrava-se pendente de julgamento do Agravo contra decisão denegatória do Recurso Especial (AREsp nº 1587240).

Tal como nos julgados proferidos pelos Tribunais tedescos, o traço comum que se extrai é a existência de um contrato cumprido com relação interesse de prestação, mas no qual permaneceram eficazes deveres de proteção decorrentes dessa relação.

No plano legislativo, de seu turno, percebe-se bem a origem pretoriana do instituto. Algumas legislações dispuseram de forma expressa sobre a responsabilidade pré-contratual, porém quedaram-se silentes com relação à *culpa post pactum finitum*. É o que ocorre na Itália e em Portugal. O artigo 1.337 do *Codice Civile*⁵⁹⁰ e 227º do Código Civil Português⁵⁹¹ disciplinam a *culpa in contrahendo*, porém tais diplomas não possuem previsão sobre a responsabilidade pós-contratual. Apenas disciplinam, de forma geral, o dever de observar a boa-fé na execução dos contratos⁵⁹², nada mencionando sobre o momento posterior ao cumprimento da obrigação de prestar.

Mesmo no ordenamento jurídico da Alemanha, donde provieram as primeiras manifestações da *culpa post pactum finitum*, não há referência expressa à fase pós-contratual⁵⁹³.

O *Code Civil* é igualmente silente quanto ao instituto, malgrado tenha, ao dispor em seu artigo 1.104 que “*les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*”, abarcado, de certa forma, a responsabilidade pré-contratual.

Por sua vez, o direito norte-americano, apesar de inserido no sistema da *common law*, igualmente possui normas relativas à obrigação de boa-fé. No entanto, como se denota do Restatement §205⁵⁹⁴ e do UCC §1-304⁵⁹⁵ – que possuem redações similares – apenas dispôs-se sobre a fase conclusão e execução do contrato.

No território nacional, o Código Comercial de 1850 já fazia referência à boa-fé, mas sem menção à fase pós-contratual, o que é justificável, posto que anterior ao *BGB* e aos primeiros julgados sobre o tema.

⁵⁹⁰“**Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale:** Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.

⁵⁹¹“Artigo 227º (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498º”.

⁵⁹²Vide os artigos 762º do Código Civil Português e 1.375 do *Codice Civile*.

⁵⁹³Como já exposto neste trabalho, o §242 do *BGB* possui a seguinte redação: “§. 242. *Leistung nach Treu und Glauben Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”. Tradução livre: O devedor é obrigado a efetuar o cumprimento, da forma que a boa-fé o exija, em consideração aos usos do tráfico.

⁵⁹⁴Restatement § 205. *Duty of Good Faith and Fair Dealing: Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.*

⁵⁹⁵UCC: § 1-304. *Obligation of Good Faith. Every contract or duty within [the Uniform Commercial Code] imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.*

O Código Civil de 1916, decorrente do projeto de Clóvis Beviláqua, datado de 1899, não continha cláusula geral de boa-fé objetiva, malgrado o *BGB* já o tivesse feito vinte anos antes. Mas é certo que os primeiros julgados sobre tema, ainda em terras tedescas, são posteriores ao seu projeto, o que, de certa forma, justifica a ausência da pós-eficácia.

Diferentemente, o Código Civil atual, sancionado em 10.01.2002, positivou a boa-fé objetiva, porém, olvidou-se outrossim de prever a *culpa post pactum finitum*, não obstante já existisse jurisprudência nacional sobre o tema, sendo, por isso, objeto de famosa crítica – ainda enquanto projeto – de Junqueira de Azevedo, que o reputou insuficiente, deficiente e desatualizado, arrematando que, apesar de possuir melhor técnica, não seria mais avançado que o anterior⁵⁹⁶.

Até porque, pouco mais de dez anos antes, já havia sido aprovado o Código de Defesa do Consumidor, reiterando a obrigação das partes de agirem conforme a boa-fé (art. 4º, III e 51, IV, ambos do CDC). É bem verdade que seu texto não menciona o fenômeno da *culpa post pactum finitum*, malgrado tenha positivado regras legais de pós-eficácia, como o dever de assegurar a oferta de peças sobressalentes (art. 32 do CDC) ou de comunicar a periculosidade posteriormente descoberta (Art. 10, §1º, do CDC)⁵⁹⁷.

Os princípios do Unidroit, no artigo 1.7, apenas fazem referência ao dever de agir conforme a boa-fé. Mas também foram um pouco adiante, regulamentando, no artigo 7.3.5⁵⁹⁸, os efeitos da rescisão em geral. Na parte final do aludido artigo, dispõem que o

⁵⁹⁶JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código Aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos, *cit.*, p. 157-158. O Deputado Ricardo Fiuza, logo após a aprovação do novo Código Civil apresentou o PL 6960/02 que pretendia atualizá-lo. Neste, prevê-se a modificação do texto do artigo 422 para o seguinte: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”. Cumpre observar, contudo, que o houve parecer pela rejeição, sob o fundamento de que “Não devemos ceder à tentação de deixar tudo explícito, até mesmo o óbvio.” (Inteiro teor do Projeto de Lei e do parecer disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>). A Lei nº 13.874/2019 alterou a redação do artigo 421 do C.C., atendendo aos reclamos de parte da doutrina. Perdeu-se, aí, uma oportunidade para também suprir a insuficiência do artigo 422 do referido código.

⁵⁹⁷Como se procurará demonstrar no capítulo subsequente, tais deveres pós-eficazes em sentido amplo, não se confundem com a *culpa post pactum finitum*.

⁵⁹⁸Art. 7.3.5 UNIDROIT PRINCIPLES 2016: (*Effects of termination in general*) (1) *Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance.* (2) *Termination does not preclude a claim for damages for non-performance.* (3) *Termination does not affect any provision in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination.*” UNIDROIT Principles of international commercial contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT, 2016, *cit.*

término do contrato não afeta “*any other term of the contract which is to operate even after termination*”.

O *comment 4* ao referido artigo aduz que as partes devem considerar as quais provisões que sobreviverão à extinção; se tais disposições são vinculativas para uma ou ambas as partes; por quanto tempo permanecerão vigentes; quem arcará com os custos e quais as consequências do inadimplemento. Expõe, ainda, que podem previstos de várias formas: podem constar de uma cláusula geral do instrumento, declarando as disposições que, por sua natureza, devam produzir efeitos após o término (v.g. o sigilo das informações); elencando determinadas obrigações como pós-eficazes; ou declarando, na própria cláusula, que ela produzirá efeitos após o término do contrato. Ilustrando tais obrigações, menciona o dever do provedor de telecomunicações auxiliar seu ex-cliente na migração dos sistemas; e o dever deste de arcar com os respectivos custos⁵⁹⁹.

As formas expostas no *comment 4*, como procurar-se-á demonstrar abaixo, não se relacionam com a *culpa post pactum finitum* propriamente dita. De toda forma, trata-se de regulamentação legal do fenômeno da pós-eficácia, ao menos em sentido amplo.

Por fim, o Código Civil de Quebec destoa da maioria das codificações acima, ao prever expressamente em seu artigo 1.375, que a boa-fé objetiva deve conduzir a conduta das partes tanto no nascimento, como na execução e extinção da obrigação⁶⁰⁰.

Feita essa digressão sobre o estado atual da jurisprudência e legislações sobre o tema, fácil concluir que coube à doutrina – como é seu papel – identificar e estruturar da *culpa post pactum finitum*.

Ausente, na maioria das legislações, a cláusula geral dispendo sobre a incidência da boa-fé objetiva – e conseqüentemente de seus deveres laterais – no momento posterior ao cumprimento do interesse de prestação, a aplicação da responsabilidade civil pós-contratual decorreu da interpretação sistemática das Constituições e das funções atribuídas à boa-fé objetiva.

Na literatura Italiana, apesar da parca doutrina, Mota Pinto cita as lições de Breccia e Gambigliani-Zoccolli, que transcenderam os comentários sobre os julgados dos Tribunais

⁵⁹⁹UNIDROIT Principles of international commercial contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT, 2016, *cit.*, p. 262.

⁶⁰⁰Código Civil de Quebec, art. 1.375: “*La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l’obligation qu’à celui de son exécution ou de son extinction*”. (CANADA. *Code Civil du Québec* (à jour au 1er décembre 2019). Disponível em: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991>. Acesso em: 13 dez. 2019).

Alemães, buscando o reconhecimento de situações geradoras da responsabilidade pós-contratual⁶⁰¹. Noutro lado, Vincenzo Roppo⁶⁰², apesar de abordar a parelha teoria da *culpa in contrahendo*, não discorre sobre a responsabilidade civil pós-contratual.

No âmbito do direito alemão, donde proveio o instituto na primeira metade no século XX, sua fundamentação doutrinária – ou ao menos sua tentativa – apenas ocorreria no segundo pós-guerra, em especial nas décadas de cinquenta e sessenta, mas em sua maioria limitados ao direito alemão⁶⁰³.

Alguns autores, como relata Menezes Cordeiro, até chegarem a examinar a questão em períodos anteriores, porém limitados a simples comentários da jurisprudência ou no âmbito do direito laboral, não ultrapassando, em qualquer caso, meros alinhamentos gerais do instituto⁶⁰⁴.

Larenz, em sua obra sobre Obrigações, já reconhecia que os deveres fundados na boa-fé poderiam sobreviver à liquidação do contrato. Seriam deveres pós-contratuais, no sentido de que a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes omitam qualquer conduta que possa reduzir ou eliminar as vantagens oferecidas pelo contrato⁶⁰⁵.

A doutrina francesa também desenvolveu o tema. Geneviève Viney⁶⁰⁶, em sua introdução à responsabilidade, aborda a figura da responsabilidade civil pós-contratual, que poderia decorrer tanto de contratos que imponham obrigações para depois de seu término, como também da ausência de prorrogação (impondo, *v.g.*, a obrigação de devolução da coisa, nos contratos de depósito). Menciona, ainda, julgado da Corte de Cassação que deferiu indenização pelo descumprimento do dever de não-concorrência e a situação do inquilino que se torna um ocupante ilegal.

⁶⁰¹PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, *cit.*, p. 355, nota (1).

⁶⁰²ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, *cit.*

⁶⁰³Menezes Cordeiro cita os trabalhos de Knorr, Kull, Christensen e Kreyenberg, Käuffer, Greulich, Mohnen e Mavridis, mas todos de pouca repercussão. Acrescenta outros, de Schwarze, Emmermann, Molito/Söllner/Meyer e Zöllner, porém, voltados ao direito do Trabalho. Já os artigos de Ramm, Strätz e Von Bar, apesar de ultrapassar os limites do direito obreiro, tomaram posições críticas do instituto. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 152-153).

⁶⁰⁴O autor menciona Wilhelm Herschel; Hermann Elger; Willi Heil e Kurt Kalberlah, afirmando que: “Herschel, Heil e Kalberlah situam-se, praticamente, no âmbito do Direito do Trabalho e estão presos de uma concepção do direito algo limitativa; Elger, por seu turno, chega a resultados muito modestos” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 151).

⁶⁰⁵LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, *cit.*, p. 156.

⁶⁰⁶VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3. éd. Paris: *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence* - L.G.D.J., 2008. p. 545.

Em Portugal, Mota Pinto, ao expor os diversos deveres decorrentes do negócio jurídico, chega a conclusão mais restrita, entendendo que as manifestações pós-eficazes se radicariam nos deveres laterais não vinculados à prestação primária⁶⁰⁷.

Da doutrina nacional⁶⁰⁸, extrai-se as lições de Couto e Silva que, ainda na década de sessenta – juntamente com a néofita doutrina alemã – abordou o tema da pós-eficácia. Localizava seu fundamento, outrossim, na observância dos deveres secundários (ou laterais), decorrentes da boa-fé objetiva, que comportariam tratamento jurídico durante toda a relação jurídica. Nas palavras do autor, esses deveres “*podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento*”⁶⁰⁹.

No mesmo sentido, a obra de Enéas Costa Garcia⁶¹⁰ e Maurício Mota⁶¹¹, sendo que este opõe-se às conclusões de Menezes Cordeiro e Mota Pinto, entendendo subsistir, tão-somente, o dever lateral de lealdade para com a prestação como um todo.

O exame da doutrina sobre o tema é capaz de demonstrar o reconhecimento da *culpa post pactum finitum*, como expressão da cláusula geral da boa-fé objetiva, malgrado não haja incompatibilidade com alguns dos outros fundamentos elencados

Neste capítulo, dedicado à investigação dogmática da responsabilidade civil pós-contratual, definiu-se, em um primeiro momento, parâmetros para identificar o que seria a fase pós-contratual e os possíveis efeitos que nela podem manifestar-se. Agora, cumpre seja exposto o fundamento desses efeitos, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

3. Fundamentos da *culpa post pactum finitum*

Pelo exame dos julgados acima, fácil perceber que, em sua maioria, a doutrina da *culpa post pactum finitum* está fundamentada nos deveres laterais oriundos da cláusula geral

⁶⁰⁷PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 354.

⁶⁰⁸Aponta-se, ainda, os artigos de Diogo L. Machado de Melo, MELO, Diogo L. Machado de. Notas sobre a responsabilidade civil pós-contratual, cit., p. 400-442; e TREVISAN, Marco Antônio Responsabilidade civil pós-contratual, cit., p. 199-215.

⁶⁰⁹SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 93. Contudo, cumpre ressaltar que o autor, apesar de reconhecer a sobrevivência desses deveres, não se utiliza da nomenclatura *culpa post pactum finitum*.

⁶¹⁰GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 274.

⁶¹¹MOTA, Maurício J. P. Responsabilidade civil pós-contratual. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Sílvia R. (Coords.). *Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão: direito privado*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2, p. 153.

da boa-fé objetiva. De fato, parece ser este o argumento mais convincente para a responsabilidade civil pós-contratual⁶¹², posto conceder-lhe um regime jurídico próprio, individualizado de outros institutos.

Com efeito, assiste razão à Menezes Cordeiro ao criticar a utilização da expressa previsão legal; da analogia ou da natureza específica de algumas relações, como fundamentos desse fenômeno⁶¹³.

O primeiro, antes de significar hipótese de pós-eficácia, trata-se de eficácia atual do comando normativo. É bem verdade que algumas das obrigações inicialmente identificadas como pós-eficazes foram incorporadas pela legislação. O caso mais evidente é o dever de não concorrência – o qual, aliás, não foi reconhecido no famoso caso da cessão de clientela⁶¹⁴ – previsto hodiernamente no artigo 1.147 do Código Civil⁶¹⁵.

Certo ainda que algumas disposições legais concedem eficácia a situações jurídicas extintas. No contrato de locação, finda esta, o locatário é obrigado à restituição da coisa, no estado em que a recebeu (art. 569, IV, do C.C.). O casamento, extinto pelo divórcio, faz subsistir os vínculos da afinidade (art. 1.595, §2º, do C.C.) e o direito ao nome (art. 1.571, §2º, do C.C.). No contrato de mandato⁶¹⁶, tem-se a obrigação de prestar contas ao seu término (art. 668 do C.C.); a necessidade de concluir negócios já iniciados se, ciente da morte do mandante, houver perigo na demora (art. 674 do C.C.) e a validade dos negócios concluídos com terceiros de boa-fé, que desconheciam a revogação do mandato (art. 689 do C.C.). Há, nessas hipóteses, pós-eficácia legalmente reconhecida.

O Código de Defesa do Consumidor abriga outrossim dispositivos contempladores da pós-eficácia, tais como o dever de assegurar a oferta de peças sobressalentes (art. 32 do CDC) ou de comunicar a periculosidade posteriormente descoberta (Art. 10, §1º, do CDC).

Entretanto, em tais hipóteses legais, a noção de pós-eficácia é meramente descritiva em relação ao contrato anterior; trata-se de eficácia atual da nova situação presente. O dever

⁶¹²GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 278.

⁶¹³O autor critica tais fundamentos em duas obras: *Da pós-eficácia das obrigações*, cit., p. 155 e ss.; e *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 628.

⁶¹⁴BARBOSA, Ruy. *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*, cit., p. XI-XXXII.

⁶¹⁵O aludido artigo dispõe apenas sobre o aspecto temporal, e não espacial. A boa-fé, portanto, deve ser chamada para delimitar seu exato cumprimento, exigindo que a não concorrência estenda-se pela mesma área geográfica abrangida pelo estabelecimento alienado.

⁶¹⁶PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 217-218.

imposto ao contratante não decorre do complexo obrigacional do contrato anterior, mas sim da vigência atual da lei. Haveria, aqui, mera pós-eficácia aparente⁶¹⁷, e não real.

A analogia, para o autor⁶¹⁸, também não prospera. Os fundamentos dos efeitos posteriores legalmente previstos são diversos, o que torna inviável extrair, por meio de pensamento indutivo, uma regra ou princípio geral aplicável à todas as obrigações. No contrato de mandato, por exemplo, o dever de prestar contas decorre da administração de negócios alheios; já no casamento, a manutenção do nome após o divórcio é oriunda da proteção aos direitos da personalidade, mormente quando adquirida notoriedade profissional. O legislador utilizou-se, aqui, da técnica da casuística, franqueando a entrada de casos com soluções específicas e excepcionais. E, não há como tornar regra, tais exceções.

Mesmo o recurso à teoria parelha da *culpa in contrahendo* não se mostra possível. Em países como a Itália, que consagraram a regra legal da responsabilidade civil pré-contratual, seria possível admitir, em tese, o uso da analogia. Mas o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 422, é silente tanto quanto à fase pós-contratual, como pré-contratual, de modo que sequer há paradigma a ser seguido.

Logo, não sendo possível encontrar uma razão comum nas excepcionais disposições legais – necessária para o uso da analogia legal – é inviabilizada sua utilização.

O fundamento da natureza específica de algumas relações também não é capaz de dar corpo à teoria da *culpa post pactum finitum*.

Relata Menezes Cordeiro⁶¹⁹, com base em estudos desenvolvidos a partir do direito laboral, que algumas relações, v.g. familiares, trabalhistas e duradouras, possuem características que as impedem de serem abruptamente extintas. Por meio de tais contratos, formar-se-ia uma comunidade entre as partes, que não pode ser desconsiderada. Contudo, estas relações possuem características próprias que impedem sua expansão para todo o campo das obrigações; e a pós-eficácia não se limita a estas relações de natureza comunitária-pessoal.

Para justificar sua crítica, o autor projeta a natureza comunitária-pessoal dessas relações sob quatro modalidades: a existência de previsões legais específicas; a constituição de um *status* jurídico permanente (como a manutenção do nome após o divórcio); a formação

⁶¹⁷O tema será melhor abordado na seção 3.3.1.1.

⁶¹⁸MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 159.

⁶¹⁹*Id. Ibid.*, p. 161.

de relações de conteúdo complexo, pelo qual a extinção de uma obrigação, não significa a desaparecimento do todo; e o acionamento da boa-fé para provocar a pós-eficácia⁶²⁰.

A primeira já foi refutada acima, por se tratar de eficácia atual da legislação. A segunda e terceira projeções podem, em parte, confundir-se com os efeitos decorrentes da própria atuação do princípio da boa-fé objetiva em sua função integrativa.

Tomada a obrigação como relação complexa, o cumprimento pode não significar sua extinção. Subsistindo apenas os deveres laterais, ter-se-á, em verdade, a atuação do princípio da boa-fé objetiva, e não uma característica específica de determinada relação. Estas, por meio do processo interpretativo⁶²¹, permitem tão-somente a identificação de obrigações decorrentes da própria natureza do contrato (*naturalia negotii*), representando, quando muito, deveres secundários; mas não laterais. E, nesse espaço de diferenciação da boa-fé objetiva, não há se falar em pós-eficácia.

A manutenção do *status* jurídico, ademais, antes de ser hipótese de pós-eficácia, é caso de eficácia atual da nova situação – tal como ocorre com a manutenção do nome de casado após o divórcio.

Com efeito, Menezes Cordeiro igualmente refuta o argumento da natureza específica de algumas relações. No entanto, não há como negar que essas projeções representam alguma forma de pós-eficácia, ainda que limitadas⁶²², podendo ser qualificadas como pós-eficácia em sentido amplo, o que será examinado no subcapítulo abaixo.

Afastados estes outros argumentos, conclui-se que o fundamento da *culpa post pactum finitum* reside nos deveres laterais oriundos da boa-fé objetiva. O fenômeno da pós-eficácia pode ser observado nas mais diversas áreas do direito; e a boa-fé objetiva, apesar do *locus* em que prevista sua cláusula geral no Código Civil, é um princípio geral de todas as obrigações, não limitando sua atuação aos contratos.

O desafio que se põe, como já escreveu Enéas Costa Garcia⁶²³, é transpô-la para o direito positivo brasileiro. A boa-fé objetiva, se devidamente trabalhada em sua função supletiva, poderá dar forma à teoria da responsabilidade civil pós-contratual.

⁶²⁰MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 165.

⁶²¹Como já se discorreu nesta dissertação, a função interpretativa tem a tarefa de colmatar as lacunas do conteúdo contratual, identificando deveres contratuais não regulamentados expressamente. Vide capítulo 2.4.1.1.

⁶²²MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 166.

⁶²³GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, *cit.*, p. 278.

Consoante já abordado, nem toda manifestação de efeitos posteriores à extinção do contrato poderá ser qualificada como pós-eficácia em sentido estrito. Convém, portanto, identificar tais manifestações, para que, pela negativa, obtenha-se a fundamentação adequada da responsabilidade civil pós-contratual, delineando a forma de seu próprio regime jurídico.

3.1. Teses negativistas e a identificação das variadas espécies de pós-eficácia *latu sensu* das obrigações

Um das dificuldades no estudo da pós-eficácia, e que deve ser enfrentada especialmente no campo do ordenamento jurídico brasileiro, consiste no fato de que, por vezes, ainda em tempos atuais, atribui-se à *culpa post pactum finitum*, quaisquer efeitos manifestados após a extinção do contrato – leia-se: após satisfação do interesse de prestação.

Estas, podem consistir em *situações exclusivas da fase pós-contratual* que não se confundem com a *culpa post pactum finitum*, por vincularem-se às prestações principais e secundárias. É o que ocorre com a operação de liquidação da relação contratual, que apenas em sentido amplo pode integrar da fase pós-contratual. O mesmo se dá com as garantias legais que, por sua natureza, apenas podem manifestar-se na fase posterior à sua extinção, tal como o vício redibitório e a evicção, positivados no Código Civil, nos artigos 441 e 447, respectivamente.

Esses deveres têm sua fonte diretamente do contrato, e não da cláusula geral de boa-fé. Assim, com acerto, Menezes Cordeiro⁶²⁴ rejeita as teses negativistas de Peter Ramm e Hans-Wolfgang Strätz que consideravam todas essas manifestações como efeitos continuados do próprio contrato.

Partindo da noção da obrigação como relação jurídica complexa, é possível identificar um campo residual para a *culpa post pactum finitum*. Esta relaciona-se tão-somente com a imposição de deveres laterais oriundos da boa-fé objetiva; já os demais efeitos, consistindo em prestações principais ou secundárias, são apenas deveres pós-eficazes meramente aparentes, virtuais ou, até mesmo, continuados da própria fase execução do contrato.

⁶²⁴MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 169.

3.1.1. Pós-eficácia aparente

A primeira dessas manifestações já foi objeto de estudo nessa dissertação. Como salientado, a forma mais segura para a imposição de deveres laterais – sejam eles anteriores, contemporâneos ou posteriores à extinção do contrato – seria por sua previsão legal. É uma tendência, atualmente, que em campos mais vulneráveis, haja a normatização de deveres laterais, como medida de conferir maior proteção.

Essas cominações legais podem contemplar deveres laterais pós-eficazes, impostos em decorrência do desaparecimento da situação anterior. Isto é, a própria lei associa as consequências decorrentes da extinção de certas obrigações. O fato extintivo da avença é o próprio fato jurídico que faz incidir a norma.

Seu descumprimento, antes de ensejar a quebra de um dever lateral, representa infração do comando legal. Destarte, não se trata de pós-eficácia, mas de eficácia atual da norma jurídica.

É o caso das situações disciplinadas nos artigos 10, §1º e 32 do Código de Defesa do Consumidor. No primeiro caso – art. 10, §1º, do CDC – estabelece-se o dever de realizar aviso público a todo fabricante que, após a venda, tomar ciência de algum fato que possa prejudicar o consumidor.

Na segunda situação – art. 32 do CDC – impõe-se a obrigação de venda de peças de reposição por tempo razoável em caso de suspensão da fabricação ou importação de produto. O artigo faz referência aos termos da lei, ainda não editada. Assim, Morais *et al*⁶²⁵, sustentam a aplicação do artigo 13, inciso XXI, do Decreto nº 2.181/97, que determina:

“XXI – a oferta de componentes e peças de reposição, enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto, e, caso cessadas, de manter a oferta de componentes e peças de reposição por período razoável de tempo, nunca inferior à vida útil do produto ou serviço.” Sem destaque no original.

Essas obrigações não decorrem diretamente do contrato. A sua anterior existência serve apenas de justificativa para a incidência da norma legal; integra o seu suporte fático, razão pela qual há falar-se em eficácia atual da lei.

⁶²⁵MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado de acordo de com o CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 224-225.

Do mesmo modo, a conservação do nome de casado após divórcio (art. 1.571, §2º, do C.C.); o dever dos ex-cônjuges de pagar alimentos (art. 1.704 do C.C.), e a validade, em face de terceiros de boa-fé, dos negócios firmados após a revogação do mandato, sem ciência do mandatário (art. 689 do C.C.).

A vedação à concorrência pelo alienante do estabelecimento, malgrado seja citada recorrentemente como hipótese de *culpa post pactum finitum*, no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, configura como hipótese de pós-eficácia aparente, porquanto, prevista no artigo 1.147 do Código Civil. Entretanto, como já salientado, o referido artigo apenas aborda o aspecto temporal, e não espacial. Este, será o agir conforme a boa-fé que o determinará, na ausência previsão das partes.

As obrigações de indenização e restituição, decorrentes da resolução por impossibilidade da prestação também figuram como hipótese de pós-eficácia aparente. Extinta a prestação principal, surgirá uma nova relação para restituir às partes ao *status quo ante* e, eventualmente, indenizar o contratante lesado. O exercício do direito formativo de resolução é extintivo, mas também criador. Na lição de Von Tuhr, citado por Ruy Rosado, dos direitos negativos nascem créditos novos, consistente na pretensão à reversão dos efeitos até então verificados⁶²⁶.

Como se percebe, a pós-eficácia aparente não se confunde com a *culpa post pactum finitum*, porquanto não decorre da boa-fé objetiva, mas sim de previsões esparsas e específicas da legislação, que associa efeitos para o momento após a extinção, total ou parcial, do conteúdo da obrigação.

3.1.2. Pós-eficácia virtual

Nas obrigações complexas existem prestações secundárias que podem consistir em deveres com prestação autônoma – como indenização pela mora – ou acessórias da prestação principal – v.g. o dever de cuidado com a coisa depositada.⁶²⁷

⁶²⁶AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução, cit.*, p. 48-49.

⁶²⁷PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual, cit.*, p. 337.

Seu conteúdo é extraído da própria fonte da prestação principal, via de regra o contrato, ainda que por meio de uma interpretação-integrativa. Assim, não tem sua origem da lei – como a pós-eficácia aparente – e tampouco a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Ocorre que algumas dessas prestações secundárias somente poderão ser executadas após extinção da obrigação principal. Sua eficácia está obstada pela existência da obrigação principal, surgindo com a extinção desta.⁶²⁸ É a situação do advogado que, destituído, possui a obrigação de devolver documentos ou papéis que tenha recebido do cliente no curso da lide.

Cite-se, outrossim, a obrigação do credor de excluir o apontamento negativo, conforme já reconhecido na Súmula 548 do STJ: “*Incumbe ao credor a exclusão do registro da dívida em nome do devedor no cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, a partir do integral e efetivo pagamento do débito.*”. Isto porque, este dever pós-eficaz em sentido amplo, apenas nasceria com a extinção da obrigação principal pelo pagamento.

É recorrente, também a menção à obrigação do locador de devolver a coisa locada. Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, essa obrigação decorre da imposição legal: artigo 569, inciso IV, do C.C. para bem móveis; artigo 23, inciso III, para bens imóveis urbanos e artigo 41, inciso V, do Decreto nº 59.566/66, para imóveis rurais⁶²⁹. Com efeito, é caso de pós-eficácia aparente, e não virtual.

3.1.3. Pós-eficácia continuada

A identificação da pós-eficácia continuada demanda, outrossim, o exame da obrigação como relação jurídica complexa. No curso do programa contratual, existem deveres de prestar principais e secundários⁶³⁰ que manifestam-se ao longo da fase de execução do contrato. Estes, na medida em que haja seu cumprimento, vão extinguindo-se. É possível, portanto, em especial nas relações duradouras, o adimplemento da prestação

⁶²⁸MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 178.

⁶²⁹A distinção entre urbano e rural não se dá pela localização, mas sim pela destinação do uso. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 32ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível. Processo nº 0015762-17.2013.8.26.0482. Relator: Luis Fernando Nishi. Julgado em 26 de novembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>.

⁶³⁰Esses deveres desenvolvem-se a partir da própria fonte da obrigação, por meio operações de interpretação (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., *cit.*, p. 592).

principal, mas a manutenção da eficácia de um dever secundário, vinculado ao interesse de prestação.

É o que se percebe nas formas de previsão elencadas pelo *comment 4* ao artigo 7.3.5 do UNIDROIT *Principles*⁶³¹. Segundo consta, os contratantes podem inserir cláusulas no instrumento, declarando quais disposições permanecerão em vigor após a extinção. É o caso do dever de sigilo previsto em cláusula específica no contrato de *know-how*⁶³² que, servindo à prestação principal, é considerado dever secundário. Realizada a transferência do conhecimento, o dever de sigilo é mantido.

Maurício Jorge cita também o caso do banqueiro que aliena seu banco, ficando obrigado por cláusula contratual (logo, dever secundário), a não constituir nova sociedade neste ramo, por determinado prazo⁶³³.

Tratando-se de prestações extraídas da própria fonte da obrigação, estes subsomem-se em deveres secundários. Não são decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva, razão pela qual não constituem hipótese de *culpa post pactum finitum*, malgrado integrem a noção ampla de pós-eficácia.

3.2. Pós-eficácia em sentido estrito: a boa-fé objetiva como fundamento da *culpa post pactum finitum*

Por último há a pós-eficácia *stricto sensu*, que seria o cerne que *culpa post pactum finitum*. Distingue-se das prestações principais e secundárias, inerentes às outras espécies de pós-eficácia, por não decorrerem de previsão contratual expressa ou da atividade interpretativa.

⁶³¹Art. 7.3.5 UNIDROIT PRINCIPLES 2016: (*Effects of termination in general*): (1) *Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance. (2) Termination does not preclude a claim for damages for non-performance. (3) Termination does not affect any provision in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination.*”. UNIDROIT Principles of international commercial contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT, 2016, *cit.*

⁶³²Como assinala Orlando Gomes: “o *know-how* não constitui segredo absoluto, sendo, por isso mesmo, objeto de transmissão por via de contrato através do qual é revelado à outra parte um processo de fabricação que não conhecia e passa a utilizar. (...) Objeto do *know-how* é a transmissão onerosa de conhecimentos ou técnicas originais e não-reveladas. Para obtê-los, o licenciado paga certa remuneração, cash ou calculada proporcionalmente sobre cada produto fabricado segundo o processo transmitido. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 577).

⁶³³MOTA, Maurício J. P. A pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 224.

A utilização da boa-fé objetiva como fundamento da *culpa post pactum finitum*, isolada ou em conjunto com outros argumentos, é recorrente na jurisprudência e na doutrina dos tempos atuais.

Malgrado tenha se observado uma tendência doutrinária inicial de buscar seu fundamento dogmático em outros locais, o que se conclui, pelo até aqui exposto, é que apenas a boa-fé, por meio da imposição de deveres laterais, possui condão de fundamentar uma teoria da *culpa post pactum finitum*. Além de padrão de comportamento, ela consiste também em princípio jurídico, segundo o qual a inter-relação humana deve pautar-se com um “*padrão ético de confiança e lealdade*”⁶³⁴.

Não representa a boa-fé mero recurso linguístico ou remissão para a equidade, possuindo vetores precisos de concretização, a saber: a *tutela da confiança e primazia da materialidade subjacente*, que atuam em três funções primordiais, sobre as quais já se discorreu linhas acima.

Jabour salienta que, pela promessa contida do contrato, emergem deveres particulares que obrigam as partes. Colaborar ou renegociar um contrato são deveres induzidos pela força vinculativa do contrato, na extensão da boa-fé contratual. Materializa-se pela obtenção dos benefícios razoavelmente esperados pelo parceiro contratual. A implementação dos deveres laterais, em suas variadas espécies, sempre busca o mesmo objetivo, qual seja, a conclusão do projeto contratual⁶³⁵.

A pós-eficácia constitui um dever lateral de conduta segundo a boa-fé, que impõe aos contratantes o dever de omitirem toda conduta mediante a qual possa ser frustrada, ou essencialmente reduzida, as vantagens oferecidas pelo contrato, como já aduzia Karl Larenz⁶³⁶. Pelas exigências da boa-fé, derivam para os contratantes a adoção de condutas necessárias à satisfação dos interesses, com vistas à confiança depositada.

Em sua função integrativa, enriquece-se o vínculo contratual, Na perspectiva complexa, ele compreende o dever de prestar principal, representada pelo interesse de prestação, com a satisfação do credor; as prestações secundárias, que derivam da mesma fonte dos deveres principais, em regra como resultado da atividade interpretativa, podendo assumir um papel acessório da obrigação principal, ou configurarem prestações autônomas;

⁶³⁴AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., p. 244.

⁶³⁵JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, cit., p. 179-180.

⁶³⁶LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 148 e 156.

e, por fim, os deveres laterais, que podem achar-se vinculados de maneira imediata ou mediata ao interesse de prestação, mas sempre com o escopo de assegurar a finalidade pela qual as partes manifestaram a suas vontades com eficácia jurídica.

E não é obstáculo à pós-eficácia o fato do artigo 422 do Código Civil ser silente quanto à fase pós-contratual. Tais deveres, por serem autônomos em relação à prestação principal, podem subsistir mesmo depois de cumpridas as obrigações e extinta a relação, e “*cujo descumprimento enseja ação de indenização; excepcionalmente, até a de resolução*”⁶³⁷.

Isto porque, como já propugnava Larenz, o contrato deixa de ser uma regulação dotada de sentido, pela perda de sua base objetiva, quando a relação de prestação e contraprestação tenha sido destruída, ou quando a comum finalidade objetiva torne-se inútil para o credor.⁶³⁸ Assim, existirão deveres pós-eficazes sempre que a conduta de um dos contraentes possa macular, pela inobservância da boa-fé, a base objetiva do negócio.

Pela cláusula geral da boa-fé objetiva impõe-se deveres laterais para obstar que o formalismo jurídico desvirtue o sentido das obrigações, com cumprimentos vazios. Nessa ideia, se após o cumprimento da obrigação principal, “*mas mercê das circunstancias por ela criadas, se mantiverem ou surgirem condições que, na sua vigência, podem motivar a constituição de deveres acessórios, eles mantem-se*”.⁶³⁹

Toda essa noção do conteúdo; subsistência e criação de novos deveres laterais após a satisfação do interesse de prestação, já foi abordada no capítulo dedicado ao estudo da boa-fé, no qual é possível concluir que a insuficiência da redação do Código Civil não afasta a possibilidade de seu reconhecimento.

A responsabilidade civil pós-contratual, assim, decorre da imposição, pela boa-fé objetiva, de deveres laterais de proteção, lealdade e informação, não previstos no instrumento contratual, mas que devem ser observados pelas partes para tutela das vantagens oferecidas pelo contrato. Seu descumprimento, poderá dar azo à responsabilidade civil pós-contratual.

⁶³⁷AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução, cit.*, p. 253.

⁶³⁸LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernandez Rodriguez. Buenos Aires, AR: Editorial Olejnik, 2018. (Colección: Biblioteca de Derecho Privado), p. 196-197.

⁶³⁹MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 181.

Sem pretender repisar o exposto no capítulo 2.4.1.2, reforça-se que o dever proteção impõe a vedação de condutas que possam provocar danos às pessoas e patrimônios uns dos outros. A informação consiste na manutenção e esclarecimentos quanto atos anteriores, ainda que findo o contrato. E, o pelo dever de lealdade, as partes devem abster-se de adotar condutas que possam frustrar os objetivos perseguidos pelo parceiro contratual, ou que lhe diminuam suas vantagens.

Essa é a conclusão de Menezes Cordeiro, ao afirmar que podem subsistir, “*a cargo das antigas partes, deveres de proteção, de informação e lealdade*”⁶⁴⁰, malgrado o Código Civil Português igualmente não preveja a fase pós-contratual em seu artigo 762º (2).

Maurício Mota, no final do século passado, valendo-se das lições de Menezes Cordeiro, já inseria a responsabilidade civil pós-contratual no âmbito dos deveres laterais oriundos da boa-fé⁶⁴¹. Contudo, discordando parcialmente do autor, a aloca como decorrência tão-somente do dever de lealdade; mas não a lealdade com o outro, posto que, segundo sustenta, com a extinção com contrato, não haveria mais se falar em alteridade, mas sim em lealdade para com a obrigação como um todo⁶⁴².

Embora compreensíveis suas razões, não se pode deixar de observar que a divisão dos deveres laterais, nas três categoriais acima, não representa qualquer exigência técnica. Consiste, em classificação simplesmente discricionária, com vistas à facilitação do estudo. Tanto que a nomenclatura utilizada pelos doutrinadores e pela jurisprudência não é uníssona⁶⁴³. Note-se que há autores, como Jaluzot⁶⁴⁴, que não se valem da denominação “lealdade”. Na Itália, Guido Alpa⁶⁴⁵ menciona apenas a criação de obrigações acessórias, sem subdividi-las, e Massimo Bianca⁶⁴⁶ trata apenas das obrigações de boa-fé. Stoll, em sua contribuição apenas os dividiu em interesses de prestação e proteção.

Por tais razões, inclusive, é que, por vezes, haverá certa dificuldade em se estabelecer em qual categoria se enquadraria determinada manifestação. Como assinala Ferreira da

⁶⁴⁰MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 628.

⁶⁴¹MOTA, Maurício J. P. A pós-eficácia das obrigações, cit., p. 223. Contudo, o autor utiliza a denominação “deveres acessórios”.

⁶⁴²MOTA, Maurício J. P. Responsabilidade civil pós-contratual, cit., v. 2, p. 154.

⁶⁴³Sobre a diversidade de nomenclaturas vide subcapítulo 2.4.1.2.1.

⁶⁴⁴JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*, cit., p. 511-512.

⁶⁴⁵ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale: fonti, teorie, metodo*, cit., p. 517.

⁶⁴⁶BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, cit., p. 505-506.

Silva, a *proteção* da parte, pode concretizar-se por meio de uma *informação* ou de um comportamento *leal*⁶⁴⁷.

No exame da pós-eficácia dos deveres laterais é possível observar sua ocorrência em quaisquer das espécies classificativas propostas. Tome-se, ainda, a hipótese relatada por Christoph Fabian, e reproduzido por Enéas Garcia, do paciente que pretende ter acesso ao seu prontuário médico, ficha de evolução clínica e laudos de exames, após o término do tratamento⁶⁴⁸. O direito ao acesso, malgrado seja pós-eficaz, vincular-se-ia mais apropriadamente ao dever de informação. Logo, não há como limitar o fenômeno da pós-eficácia apenas ao que se classificou como “lealdade”.

Isto posto, o fenômeno da pós-eficácia em sentido estrito decorre da subsistência, ou criação, de deveres laterais oriundos das exigências do agir conforme a boa-fé, no período posterior à satisfação do interesse de prestação. Estes, no entanto, possuem variados graus de intensidade. Alguns serão imediatamente vinculados ao interesse de prestação; outros, vincular-se-ão apenas de forma mediata – nesse caso, possuirão relação íntima com os interesses de proteção. Não obstante, ambos podem dar azo à responsabilidade civil pós-contratual.

Os casos citados por Menezes Cordeiro, julgados em meados do século passado, e expostos no capítulo 3.2, bem demonstram a atuação da boa-fé objetiva. No primeiro, o dever de não afetar a paisagem decorre das bases nas quais foram realizadas as negociações, e a boa-fé exige uma execução material da obrigação, e não meramente formal. No segundo, a proibição de concorrência na venda de casacos decorre igualmente da *bonae fidei*, assim como, no último, constitui dever de informação pós-eficaz a indicação, após a venda, das técnicas necessárias à instalação do carpete⁶⁴⁹.

Nas relações de consumo, a garantia de fabricação de peças sobressalentes, como já observado nessa dissertação, decorre de previsão expressa do código consumerista, razão pela qual, subsume-se em pós-eficácia aparente. Contudo, tratando-se de relação civil ou empresarial, inexistente em nosso ordenamento jurídico qualquer norma determinando-a. Logo, extrai-se ser, nessa hipótese, um dever lateral de conduta pós-eficaz, oriundo da cláusula geral da boa-fé objetiva.

⁶⁴⁷SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 107.

⁶⁴⁸GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 234-233.

⁶⁴⁹MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da pós-eficácia das obrigações*, cit., p. 196-197.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, já teve a oportunidade de apreciar a quebra do dever pós-eficaz de manter a fabricação de peças sobressalentes⁶⁵⁰. No caso, a autora adquiriu, em 18.12.2007, aparelho de ressonância magnética, fabricado pela requerida. Aos 15.08.2011, a fabricante enviou comunicado de *end of life* informando que a produção de peças sobressalentes cessaria aos 31.12.2011. Por tal razão, a autora ajuizou ação, pleiteando a continuidade da produção, pelo período de pelo menos dez anos.

Em primeiro grau, a ação foi julgada parcialmente procedente apenas para determinar o fornecimento da última bobina faltante. Considerou-se a existência de um contrato apartado de assistência técnica (com contraprestação diversa da realizada no contrato de compra e venda) que, ao tempo da sentença, já havia atingido seu termo final (13.04.2014), de modo que apenas faltaria o cumprimento da última prestação dele decorrente; não havendo direito à continuidade de fabricação.

Interposto recurso de apelação, o v. acórdão o Des. Sá Duarte debruçou-se sobre o próprio contrato de compra e venda. Verificou-se a inexistência, neste, de cláusula contratual prevendo a continuação da produção pelo período mínimo de dez anos. Constatou igualmente a inexistência, no instrumento contratual, de observação ou informação no sentido de que o equipamento teria sua fabricação descontinuada. A única garantia prevista contratualmente relacionava-se ao preço, garantindo-o pelo “*FOB - porto/aeroporto europeu em vigor na data de cada pedido*”, pelo período de cinco anos. Desta feita, a turma julgadora, com fulcro nos deveres laterais oriundos da boa-fé objetiva, reconheceu ser exigível da apelada que fizesse constar do contrato a possibilidade de término da produção. Como tal informação não constou da avença, deram provimento ao recurso, condenando a apelada/requerida ao fornecimento de peças de reposição ao equipamento adquirido, pelo prazo de dez anos contados da assinatura desse contrato.

Também verifica-se ser hipótese de *culpa post pactum finitum* o oferecimento de dados falsos sobre o antigo funcionário. O empregador possui o dever pós-eficaz, com base

⁶⁵⁰BEM MÓVEL – Compra e venda de equipamento de ressonância magnética, prestação de serviços de manutenção, fornecimento de peças e licença de uso de software – Pretensões condenatória ao cumprimento de obrigação de fazer e de indenização julgadas parcialmente procedentes – Obrigação da vendedora e fabricante do equipamento de garantir o fornecimento de peças de reposição durante, ao menos, dez anos da assinatura do contrato de compra e venda, em atenção à cláusula geral inserta em todos os contratos, conforme o disposto no artigo 422, do Código Civil – Recurso provido para esse fim, com reflexo na distribuição dos encargos da sucumbência. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 33ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível 0226727-23.2011.8.26.0100*. Relator (a): Sá Duarte; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 25ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/05/2015, Data de Registro: 12/05/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>).

na boa-fé objetiva, de prestar informações corretas sobre seus ex-empregados, tal como reconhecido pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo (em data anterior à EC nº 45/04). Pelo eminente relator foi positivado que:

“No caso concreto, apesar de já extinto o contrato de trabalho, projetam-se, em sua decorrência, certos deveres de conduta de parte a parte. Tomem-se como exemplo os deveres de sigilo de estratégias empresariais, por parte do empregado, e do dever de prestar referências, por parte do empregador. Alguns desses deveres persistem até mesmo após a cessação do contrato, integrando o campo da responsabilidade pós-contratual, como no presente caso (...) Houve violação do dever anexo e pós-contratual do empregador de prestar informações e dar corretas referências do empregado.”⁶⁵¹

Na maioria das hipóteses, assim como nos casos acima, os deveres pós-eficazes relacionar-se-ão com os interesses de proteção. Contudo, é possível também verificar a existência de julgados envolvendo deveres pós-eficazes que vinculam-se imediatamente ao próprio interesse de prestação.

Essa a hipótese retratada no caso da compradora de um imóvel que, logo após a venda, foi esbulhada pelo vendedor, que aproveitando-se disso, alienou novamente o imóvel, destruindo a construção⁶⁵². Normalmente a parte prejudicada poderia utilizar a ação possessória com pedido de perdas e danos. Porém, o descumprimento do dever lateral de omitir qualquer conduta que impeça a livre disposição do bem pela compradora, atingiu o próprio interesse de prestação – aquisição do bem. Essa diferença de intensidade, ocasionará consequências diversas ao descumprimento. No caso concreto, gerou a resolução por fato imputável ao vendedor, malgrado tenha infringido tão-somente deveres laterais.

⁶⁵¹O julgado possui a seguinte ementa: *INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Informações contendo erro material quanto ao período trabalhado prestadas pela empresa ré a respeito de antiga empregada - Competência da Justiça Comum, em razão da sentença de Primeiro Grau ter sido proferida antes da EC 45/04 - Responsabilidade pós-contratual e violação de deveres laterais com origem na boa-fé objetiva - Informações prestadas cinco anos após o desligamento e sem seguro nexo de causalidade com prolongado período de desemprego - Carteira de trabalho da autora que continha corretas informações e poderia ser usada para dirimir qualquer dúvida - Ausência de nexo de causalidade entre o erro material e os danos alegados pela autora - Recurso provido, para o fim de julgar a ação improcedente - Recurso adesivo prejudicado.* (TJSP; Apelação Cível 9113042-35.2004.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 13/11/2008; Data de Registro: 26/11/2008).

⁶⁵²*Compra e venda. Resolução. Culpa post pactum finitum. O vendedor que imediatamente após a venda torna inviável à compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e escoraçando-a do lugar, para aproveitar-se disto e vender a casa para outrem, descumpra uma obrigação secundária do contrato e dá motivo à resolução. Princípio da boa-fé. Preliminar de nulidade rejeitada* (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS. Quinta Câmara Cível. *Apelação Cível nº 588.042.580/RS.* Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 16 de agosto de 1988. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>).

O mesmo verifica-se no descumprimento do dever lateral pós-eficaz de prestar assessoramento e suporte para o agente de vendas. Apesar de considerado nulo por envolver objeto ilícito, consistente em sistema de pirâmide ou cadeia, cuja prática é condenada pelo disposto no art. 2º, IX, da Lei 1.521/51, constou da sentença, reproduzida parcialmente no acórdão, que, ainda que o contrato fosse válido:

“O caso é típico de ruptura de dever post factum finitum e que o mestre português MENEZES CORDEIRO situou como “deveres de proteção, de informação e de lealdade”, mencionando “o dever de explicar o funcionamento de uma máquina de tipo antes vendida, ou de prevenir perigos comportados pelo objeto de uma transação encerrada” (Da boa-fé no Direito Civil, Almedina, Coimbra, 2a reimpressão, 2001, p. 629). (...) O autor ficou órfão do parceiro que lhe devia estímulo e colaboração, o que impossibilitou o cumprimento (caso fosse lícito o objeto) do acordado”⁶⁵³.

Ao manter a sentença de primeiro grau, o E. Tribunal de Justiça acrescentou que cumpria à requerida dar orientação a seu agente de vendas. A ausência de assessoramento ocasionou a ruptura de dever lateral pós-eficazes, que justificariam à ruptura.

Denota-se, portanto, que tanto os deveres laterais vinculados ao interesse de proteção, como os vinculados ao interesse de prestação podem subsistir para a fase pós-contratual, não havendo como restringi-los *ab initio*.

Identificado seu fundamento, é possível conceituar a responsabilidade pós-contratual como a obrigação decorrente do descumprimento de deveres laterais de proteção, lealdade e esclarecimento, não previstos expressamente no instrumento contratual, mas impostos pelo princípio da boa-fé objetiva para o momento posterior à satisfação do interesse de prestação,

⁶⁵³O aresto possui a seguinte ementa: *CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE MEGA LOJA VIRTUAL E 'SITE' INSTITUCIONAL COM SISTEMA DE AUTO GESTÃO TERMOS E CONDIÇÕES DO CONTRATO DE AGENTE DE VENDAS POR INDICAÇÃO PIRÂMIDE. 1. Não incorre em cerceamento de defesa a decisão que afasta a oitiva de representante de pessoa jurídica, em depoimento pessoal, quando não se vislumbra utilidade dessa prova. Agravo retido não provido. 2. É ilícito o objeto de contrato que esconde sistema de pirâmide ou cadeia, no qual o aderente precisa arremeter novos subscritores para receber bonificação. A prática é condenada pelo disposto no art. 2º, IX, da Lei 1.521/51. 3. Ainda que o objeto do contrato fosse lícito, a Omni faltou com boa-fé objetiva (dever “post factum finitum”), porque deveria dar suporte a seu agente de vendas, assessorando-o minimamente. 4. Está configurado o dano moral contra pessoa que ingressa em sistema de pirâmide e, sem suporte mínimo da empresa que representa, acaba também perdendo suporte familiar, diante das dívidas que coleciona para dar prosseguimento ao fim contratual prometido. 5. O valor do dano moral, em casos semelhantes, deve ser moderado, para evitar possíveis aderentes de má-fé, além de se observar a própria cobiça e incúria da vítima. 6. No arbitramento do dano moral, há que se observar as circunstâncias da causa, a capacidade econômica das partes e as finalidades reparatória e pedagógica desse arbitramento. Essa fixação é realizada dentro do prudente arbítrio do juízo. Recurso provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 14ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível. Processo nº 0011836-20.2008.8.26.0606. Relator: Melo Colombi. Julgado em 19 de outubro de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>).*

e com o desiderato de tutela das vantagens oferecidas pelo contrato; do patrimônio e integridade dos antigos parceiros contratuais.

Resta, agora, perquirir sobre a espécie da responsabilidade civil proveniente da *culpa post pactum finitum*. Mas antes, expõe-se alguns fundamentos adicionais, identificados pela doutrina, para a pós-eficácia,

3.3. Fundamentos adicionais para a *culpa post pactum finitum* elencados pela doutrina

Por todo o exposto, já foi possível identificar que o fundamento mais idôneo para a responsabilidade civil pós-contratual é o princípio da boa-fé objetiva.

Sem prejuízo, a doutrina nacional elenca outros dois fundamentos, consistentes na função social do contrato, nos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade e justiça social⁶⁵⁴. Acrescente-se, ainda, a própria vontade das partes, criadora de negócios jurídicos⁶⁵⁵.

Quanto a este último, já se teve a oportunidade de refutá-lo. Constando do próprio acordo que determinada cláusula, com prestação secundária, produzirá efeito tão-somente após extinção do dever de prestar principal, estar-se-ia, quando muito, no campo da pós-eficácia virtual. Por outro lado, se a cláusula prescrever verdadeiro dever de prestação, sequer haveria de se falar em pós-eficácia. Logo, tal hipótese não deve servir de fundamento para a *culpa post pactum finitum*.

Com relação à função social do contrato, Godoy, valendo-se das lições de Comparato, esclarece que “função” consistiria na noção de um poder de dar um destino a determinado objeto; de vinculá-los a certos objetivos. E o adjetivo social significa dizer que este objetivo ultrapassa a esfera de interesse de seu titular⁶⁵⁶.

Ela não se apresenta, apenas, como limite negativo à liberdade contratual, vedando cláusula abusivas, mas servindo também a um papel positivo, de promoção de valores. O

⁶⁵⁴DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo, *cit.*, p. 172-175.

⁶⁵⁵Menezes Cordeiro menciona o trabalho de Klaus Schwarze, que em sua obra “*Inwieweit sind Nachwirkungen eines privaten Arbeitsverhältnisses anzuerkennen?*” apontaria para a lei, a vontade das partes e a boa-fé como fundamento da responsabilidade civil pós-contratual (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 155, nota 57).

⁶⁵⁶GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, *cit.*, p. 114.

poder de auto-regulamentação encontra sua proteção jurídica no ordenamento, apenas quando este reconhece que aquele ato exprime um conteúdo consonante com os valores do sistema⁶⁵⁷.

De fato, considerada como elemento de promoção dos valores básicos da ordem jurídica e de uma liberdade social, a função social promove a realização de relações contratuais mais justas e éticas, o que abarca o conceito de pós-eficácia das obrigações.

Relacionando-a com a *culpa post pactum finitum*, seria possível argumentar que uma cláusula abusiva que continua a produzir efeitos mesmo após a extinção do contrato, fere a sua função social, permitindo a responsabilização pós-contratual do ex-contratante. Também pelo fundamento da função social do contrato, torna-se possível a revisão de cláusulas contratuais após o término sua extinção⁶⁵⁸.

Nessa ordem de ideias, o juiz poderia, ainda que no campo das relações contratuais não emolduradas como de consumo⁶⁵⁹, por meio da função social do contrato, nulificar cláusulas contratuais que atentassem contra os comandos desta, impedindo que a liberdade contratual seja exercida sem peias⁶⁶⁰. Malgrado seja possível constatar a existência de um efeito posterior ao cumprimento do interesse de prestação, apenas em sentido amplo poder-se-ia falar em pós-eficácia.

Como já discorrido, a existência da cláusula contratual determinada a produzir efeitos após a prestação principal qualifica-se como pós-eficácia virtual, posto que a extinção em causa, não é extinção integral da obrigação, mas apenas daquela.

Mesmo a revisão judicial de cláusulas abusivas constantes de contratos já extintos pelo cumprimento não se entende esteja compreendida no âmbito da *culpa post pactum finitum*. Decorre, como se denota do REsp nº 293.778-RS, muito mais da impossibilidade de convalidação ou novação do ato nulo, do que imposição de deveres laterais de informação, lealdade e proteção.

Como salienta Luis Renato Ferreira Silva⁶⁶¹, se a cláusula abusiva permitiu uma vantagem excessiva, a parte poderá requerer a repetição do indébito, em razão nulidade dessa

⁶⁵⁷GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, cit., p. 123.

⁶⁵⁸DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo, cit., p. 171.

⁶⁵⁹Nestas, há norma expressa dispondo sobre a nulidade das cláusulas consideradas abusivas, como se denota da leitura do artigo 51 do C.D.C.

⁶⁶⁰GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, cit., p. 169-170.

⁶⁶¹SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão dos contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore;

cláusula. Até porque, do contrário, estar-se-ia instituindo uma condição à revisão contratual: ser inadimplente, o que não se mostra salutar ou adequado⁶⁶².

Sustenta-se, ainda, que a *culpa post pactum finitum* encontra sustentáculo nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade e justiça social.

O primeiro é conceituado, na Declaração Universal dos Direitos do homem, com o sentido de respeito; consideração pelos direitos da pessoa. Bittar e Almeida adunam que o ser humano possui liberdade de determinar seu “dever-ser”; e esta determinação que deve ser considerada, respeitada⁶⁶³. Ao ser prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição, na forma de cláusula geral – como reconhecida por Gustavo Tepedino⁶⁶⁴ – definiu-se uma nova ordem pública, funcionalizando a atividade econômica aos valores existenciais também na Carta Magna.

Já quanto solidariedade, Godoy afirma que deve ser levado em consideração as diferentes condições sociais, impondo a todos deveres positivos de colaboração, tal como ocorre, hodiernamente, com os deveres laterais⁶⁶⁵. Segundo Bianca, o reconhecimento da liberdade dos indivíduos está inserido em uma concepção do ordenamento que inspira o valor predominante da solidariedade social, como um valor fundamental, também previsto na Constituição Brasileira. Esse valor encontra sua primeira expressão no princípio da igualdade material⁶⁶⁶.

Esta se revela na própria essência dos seres humanos; em sua aptidão para existir. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras outras desigualdades: naturais, políticas, sociais e físicas. Como positiva José Afonso da Silva, a igualdade está preconizada no artigo 5º,

MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 380-382.

⁶⁶²Nesse sentido, o REsp nº 293.778-RS, que possui a seguinte ementa: *CONTRATOS BANCÁRIOS. Contrato de adesão. Revisão. Continuidade negocial. Contratos pagos. O fato de o obrigado cumprir com a sua prestação prevista em contrato de adesão não o impede de vir a Juízo discutir a legalidade da exigência feita e que ele, diante das circunstâncias, julgou mais conveniente cumprir. Se proibida a sua iniciativa, estará sendo instituída, como condição da ação no direito contratual, a de ser inadimplente, o que serviria de incentivo ao descumprimento dos contratos. Além disso, submeteria o devedor à alternativa de pagar e perder qualquer possibilidade de revisão, ou não pagar e se submeter às dificuldades que sabidamente decorrem da inadimplência. Recurso conhecido e provido.* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 293.778/RS*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 29 de maio de 2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=190994&num_registro=200001353420&data=20010820&formato=PDF).

⁶⁶³BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 541.

⁶⁶⁴TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 774.

⁶⁶⁵GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato, cit.*, p. 129.

⁶⁶⁶BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto, cit.*, p. 32-33.

caput, da Constituição, como instrumento para de justiça social (art. 170, *caput*, da C.F.); é mais que uma expressão do direito, sendo um modo justo de viver em sociedade, ciente de que leis meramente gerais, abstratas e impessoais, que incidam em todos indistintamente acabam por gerar mais desigualdade⁶⁶⁷.

Com efeito, o princípio da boa-fé objetiva, com seus variados graus de intensidade a depender da relação jurídica que lhe é posta, encontra sua base inspiradora nos princípios acima, mormente na dignidade da pessoa humana. O desrespeito à conduta ética; a infração aos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, por tais razões, também caracterizaria ofensa aos aludidos princípios.

Tratam-se, assim, de fundamentos indiretos da *culpa post pactum finitum*. Tais princípios tem por desiderato direto o desenvolvimento e respeito à pessoa humana, e, de fato, não há justiça social no cumprimento meramente formal do contrato⁶⁶⁸, sem satisfação para o credor da prestação.

⁶⁶⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 215-216.

⁶⁶⁸DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*, *cit.*, p. 175.

CAPÍTULO IV. PÓS-EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL

No capítulo precedente definiu-se os pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil pós-contratual, conceituando-a como o descumprimento de deveres laterais de proteção, lealdade e informação, não previstos expressamente no instrumento contratual, mas impostos pela boa-fé objetiva, para o momento posterior à satisfação do interesse de prestação e com o desiderato de tutela das vantagens oferecidas pelo contrato; do patrimônio e da integridade dos antigos parceiros contratuais.

Neste capítulo, por sua vez, se examinará a natureza jurídica da responsabilidade pós-contratual, e a influência dessa classificação nas consequências decorrentes do descumprimento dos deveres pós-eficazes.

Para tanto, é necessário o prévio estabelecimento dos conceitos de responsabilidade civil extracontratual e contratual; bem como das noções de mora, inadimplemento e violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro.

1. Responsabilidade civil extracontratual e contratual: semelhanças e diferenças

No instituto da responsabilidade civil é possível identificar duas espécies: uma proveniente do descumprimento de obrigações emergentes dos contratos, atos unilaterais ou da lei; e outra resultante da violação de direitos absolutos ou da prática de atos lícitos que importem em prejuízos alheios⁶⁶⁹. É com base nessa dicotomia que se divide a responsabilidade civil em contratual, na primeira hipótese; e extracontratual, na segunda⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral, cit.*, v. 2, 2017, *cit.*, p. 519-520.

⁶⁷⁰A expressão responsabilidade contratual não é inteiramente correta, posto que nem sempre a obrigação de reparar o dano terá como fato gerador o descumprimento de um contrato. Poderá decorrer também, v.g., de atos unilaterais. Por isso, alguns autores, como Farias, Rosenvald e Braga Netto (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe P. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. v. 3, p. 84-85), preferem, por ser mais abrangente, a expressão “responsabilidade negocial”. Antunes Varela (*Das obrigações em geral, cit.*, v. 2, 2017, *cit.*, p. 519, nota (1)), além de rejeitar a expressão “responsabilidade obrigacional”, por não distinguir o dever de prestar do dever de indenizar, também critica a adoção da expressão “negocial”. Sustenta que também é limitativa, referindo-se apenas aos negócios jurídicos, e excluindo os atos jurídicos em sentido estrito. No mais, ambas expressões não gozam de tradição jurídica e tampouco são consagradas pela doutrina em geral, diferentemente do que ocorre com a expressão “responsabilidade contratual” que, além do Brasil, também é adotada em Portugal (por todos: VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral, cit.*, v. 2, 2017, *cit.*); Itália (por todos:

O termo *responsabilidade civil* pode abarcar, portanto, essas duas espécies, porém, como salienta Agostinho Alvim, em seu sentido estrito, ele designa apenas a responsabilidade civil fora do contrato⁶⁷¹.

O Código Civil adotou essa divisão. Em seu artigo 186 possui uma cláusula geral de responsabilidade aquiliana, dispondo que comete *ato ilícito* a pessoa que, por “*ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (...)*”. E, por meio do artigo 927, impõe-lhe o dever de reparar o prejuízo.

Já na responsabilidade contratual não há referência ao ato ilícito. Consta no artigo 389 que “*não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*”.

Ocorre que ninguém afirmará que é lícito violar um contrato, conforme já advertia Agostinho Alvim. E, se tal ato é ilícito, confundir-se-ia com a responsabilidade extracontratual. Todavia não é este o sentido que a legislação adota. O fato do descumprimento do contrato não ser lícito, não significa que será ato ilícito na forma que emprega o artigo 186 do Código Civil. Assim, conclui o autor, que o ato ilícito caracteriza-se pelo dolo ou culpa aquiliana, ao passo que a violação do contrato decorre da culpa contratual. Apesar de ambas serem contrárias ao direito, a menção ao ato ilícito, na última, ocorre apenas de forma imprópria⁶⁷².

Não obstante, nem sempre a responsabilidade extracontratual terá como pressuposto um ato ilícito culposo ou doloso. Trata-se de gênero que pode ser subdividido em *delitual* que tem por pressuposto o dolo ou culpa aquiliana; e *legal* decorrente da imposição a uma pessoa de um dano não resultante de sua culpa⁶⁷³. Estas últimas são hipóteses de responsabilidade civil extracontratual objetiva, previstas em três cláusulas gerais do Código Civil de 2002.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012. v. 5) e França (por todos: VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité, cit.*). Por tais razões, nesta dissertação, adotou-se a expressão “responsabilidade contratual” em contraposição à “responsabilidade extracontratual”.

⁶⁷¹ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 128.

⁶⁷²*Id. Ibid.*, p. 129. O autor refere-se ao delito civil, conforme constava no texto do artigo 962 do Código Civil de 1916.

⁶⁷³*Id. Ibid.*, p. 128.

A primeira delas é o artigo 187, que trata do abuso de direito⁶⁷⁴. Não consiste em violação de direitos ou ofensa a interesses de outrem, mas sim do exercício anormal do direito próprio. Apesar de também qualificado de *ato ilícito* pelo Código Civil – e logo, responsabilidade delitual – trata-se de categoria própria, dissociada da culpa.

Adotada a classificação de Agostinho Alvim, no sentido de que o ato ilícito se caracteriza apenas pela existência da culpa extracontratual ou aquiliana⁶⁷⁵, a qualificação do abuso de direito como ato ilícito seria incoerente. Contudo, essa foi a classificação acolhida pelo Código Civil e os conceitos de culpa e ilicitude não são indissociáveis. Este consiste na lesão a interesse juridicamente tutelado, acolhendo tanto a ilicitude subjetiva, baseada no ato culposo (art. 186 do C.C.), como a ilicitude objetiva, caracterizada pelo exercício disfuncional ou abusivo de posições jurídicas⁶⁷⁶.

Assim, ao lado da culpa como elemento caracterizador da ilicitude, tem-se o abuso de direito⁶⁷⁷. Para sua aferição utiliza-se uma concepção objetiva⁶⁷⁸. Estará configurado o abuso de direito sempre que o titular, ao exercê-lo, embora com observância de sua estrutura formal, exceda os limites impostos pela boa-fé, bons costumes ou pelos seus fins econômico e social, os quais dão o contorno dos interesses que legitimaram sua concessão⁶⁷⁹, sendo despiciendo o exame quanto ao elemento subjetivo, ou seja, a consciência do abuso pelo agente. Trata-se, portanto, de responsabilidade independentemente da existência da culpa.

Note-se que não basta a simples ocorrência do dano. O exercício de certos direitos pode gerar prejuízos à terceiros; o que se veda é exercício disfuncional. Aliás, até mesmo a necessidade de ocorrência do dano, para configuração da responsabilidade tem sido posta em dúvida. O Enunciado 539 aprovado na VI Jornada de Direito Civil do C.F.J./S.T.J. informa que “*o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano*”. Em sua justificativa consta que o abuso de direito possui uma função repressiva e preventiva. Nesta, possibilita a adoção de medidas para inibir condutas.

⁶⁷⁴CC, art. 187: “*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*”.

⁶⁷⁵ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 128.

⁶⁷⁶MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 667.

⁶⁷⁷BONINI, Paulo R. Responsabilidade civil por ato lícito. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.), *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015. p. 166.

⁶⁷⁸O Enunciado 37 das Jornadas de Direito Civil possui a seguinte redação: “*A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.*”

⁶⁷⁹VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 1, 2018, p. 544-545.

Naquela, permite a utilização dos meios necessários à cessação ou à imposição de um ato, independentemente de serem ou não cumuladas com perdas e danos⁶⁸⁰.

As outras duas cláusulas gerais (arts. 927, parágrafo único, e 931, ambos C.C.), por outro lado, não se qualificam como *atos ilícitos*. Pelo contrário. São hipóteses de responsabilidade civil por ato lícito, porém danoso. Consoante sustenta Antunes Varela, o ato pode ser lícito, porque visa satisfazer um interesse privado qualificado ou um interesse público, porém, não seria justo que se exigisse o sacrifício de direitos por outrem, sem nenhuma compensação⁶⁸¹.

Com efeito, não se fala apenas em dano lícito ou ilícito. Amplia-se essa noção abarcando os conceitos de dano lícito justo (não indenizável) e dano lícito injusto (indenizável)⁶⁸². Exemplo típico seriam os casos nos quais o autor do dano age em estado de perigo (art. 188, inciso II, do C.C.). O ato é lícito em face da necessidade presente, contudo, mantém-se a obrigação de indenizar, se o lesado não gerou o perigo (art. 929 do C.C.). O mesmo ocorre nas interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde no uso da propriedade imóvel ou na expropriação por utilidade pública⁶⁸³.

A cláusula geral de responsabilidade extracontratual objetiva disposta no artigo 927, parágrafo único, parte final, do C.C, filiada à teoria do risco, impõe o dever de indenizar, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A imputação do fato danoso, independentemente de culpa, decorre do risco criado pela atividade desenvolvida que, em si, possui uma potencialidade lesiva superior à normal⁶⁸⁴. Godoy considera, ainda, interpretar o artigo de forma extensiva, de modo a nele compreender também casos de responsabilidade pelo risco não da atividade propriamente dita, mas dos meios de seu desempenho. É a situação das fraudes ocorridas em serviços bancários ou telefônicos, cujo risco não integra a atividade, mas o meio pelo qual ela se

⁶⁸⁰A justificativa para a proposta do Enunciado está disponível em: JORNADA de Direito Civil, 6. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>.

⁶⁸¹VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 1, 2018, p. 715.

⁶⁸²BONINI, Paulo R. Responsabilidade civil por ato lícito, cit., p. 170.

⁶⁸³BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, cit., p. 569.

⁶⁸⁴NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1278. Nesse sentido, ainda, o Enunciado 38 das Jornadas de Direito Civil: “A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.”

exerce, com informalidade e facilitação de contratação⁶⁸⁵. A responsabilidade, nesses casos, não resulta da conduta do agente, mas de uma imputação legal, em virtude do risco envolvido na atividade. Se tivéssemos que perquirir sobre a conduta no momento da exploração da atividade, retornaríamos ao exame da culpa⁶⁸⁶.

A última cláusula geral consta no artigo 931 do Código Civil, aplicável às hipóteses não submetidas aos ditames da legislação consumerista. Nesta “*os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação*”. Trata-se de uma espécie de risco, o chamado *risco de empresa*, por meio do qual, quem exerce atividade econômica organizada, responde pelos danos que dela pode advir⁶⁸⁷.

O fornecedor, aqui, torna-se o garante dos produtos e serviços postos no mercado. A responsabilidade, como se extrai do artigo, não decorre do risco da atividade, mas sim do *fato do produto*, consistente no defeito. Mas, como adverte Cavalieri, dele necessita decorrer necessariamente um dano. Se este não tem sua origem no defeito, não há responsabilidade⁶⁸⁸.

Extraí-se, portanto, das hipóteses responsabilidade extracontratual objetiva, que não se cogita de um *culpado*, mas sim de um *responsável*. O dever de indenizar existe porque houve a escolha legislativa de um responsável pela indenização⁶⁸⁹.

O mesmo ocorre na responsabilidade civil contratual. Malgrado, via de regra, seja exigida a culpa para a configuração do inadimplemento em sentido amplo (art. 393 e 396, ambos do C.C.), certo é que existem hipóteses que prescindem de sua presença. O inadimplemento absoluto pode decorrer de fato não imputáveis ao devedor, como a onerosidade excessiva (art. 478 do C.C.) e a impossibilidade superveniente (art. 234, primeira parte, do C.C.). Também a mora poderá prescindir da culpa, v.g., quando o devedor se responsabilizar expressamente pelos prejuízos oriundos de caso fortuito ou força maior (art. 393, parte final, do C.C.) ou na hipótese de mora *accipiendi*⁶⁹⁰.

Vislumbra-se, assim, não ser o ato ilícito – em sentido impróprio –, o fator distintivo entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Na precisa lição de Agostinho Alvim,

⁶⁸⁵GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117-118. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

⁶⁸⁶BONINI, Paulo R. Responsabilidade civil por ato lícito, *cit.*, p. 176.

⁶⁸⁷PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, *cit.*, p. 877.

⁶⁸⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 227.

⁶⁸⁹GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, *cit.*, p. 32.

⁶⁹⁰ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, *cit.*, p. 36-39.

o ato ilícito “*existe quando se dá a violação de dever geral, por culpa do agente. Analisemos: dever geral, em contraposição a dever convencional; e por culpa do agente, para excluir a responsabilidade legal que prescinde dela*”⁶⁹¹

Logo, a existência da culpa contrapõe-se às hipóteses de responsabilidade objetiva. A diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual estará, em verdade, na qualidade do dever violado (geral ou convencional).

A pessoa que viola um dever jurídico em sentido amplo, resultando danos a outrem, fica obrigado a repará-lo. Esse é um ponto comum. Se há um vínculo preexistente e o dever de indenizar decorre do inadimplemento de qualquer obrigação dele emanada, a responsabilidade será contratual. Mas, se o dever surge apenas com a lesão injusta a um direito subjetivo, seja pela prática de um ato ilícito⁶⁹², seja como decorrência da imputação legal, a responsabilidade será extracontratual.

A violação, na responsabilidade contratual, é de um direito subjetivo relativo, ou seja, inerente às partes integrantes da avença, ao passo que, na extracontratual, ocorre a ofensa a direito absoluto; imposto a todas as pessoas⁶⁹³. Idêntica é a conclusão de Bianca, ao expor que, nesta há ofensa a um dever genérico; a uma norma de conduta que regula a vida social, ao passo que naquela viola-se uma obrigação específica para com o credor⁶⁹⁴.

Cavaliere adverte que a responsabilidade contratual não está no contrato. Neste existe apenas a obrigação assumida pelas partes contratante. A responsabilidade contratual surge quando uma delas descumpre essa obrigação⁶⁹⁵. Mais precisa, no entanto, é a lição de Ruy Rosado, porquanto, mesmo nos casos de resolução por inadimplemento absoluto, “*há persistência da relação obrigacional originária, extinta em parte e em parte substituída pela relação de liquidação*”⁶⁹⁶, na qual situam-se os deveres de restituição e indenização.

Não há a extinção da relação contratual global. Ela continua a justificar a existência dos deveres secundários com prestação autônoma sucedâneas do dever primário (no caso, perdas e danos pela resolução) ou coexistentes com a obrigação principal (como os encargos moratórios) – na nomenclatura utilizada por Mota Pinto⁶⁹⁷.

⁶⁹¹ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 131.

⁶⁹²Para o Código Civil o ato ilícito pode decorrer do dolo, culpa ou abuso de direito.

⁶⁹³AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 551.

⁶⁹⁴BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, cit., p. 559.

⁶⁹⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 333.

⁶⁹⁶AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., p. 266.

⁶⁹⁷PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 337.

Com efeito, na responsabilidade contratual, os deveres de restituição e indenização estão fundamentados na própria relação jurídica preexistente, o que não se verifica na responsabilidade extracontratual, cujo dever de indenizar apenas nasce com a ocorrência do dano injusto ao direito subjetivo. A diferença de tratamento no Código Civil Brasileiro, à exemplo do *Codice Civile*, justifica-se porque, na primeira há simples substituição da prestação principal, pela secundária (ressarcimento). Na segunda, o dever de indenizar é uma obrigação nova, cuja prestação consiste na reparação do dano⁶⁹⁸.

Conclui-se, desse modo, a responsabilidade contratual exige um pressuposto específico: a *existência de um contrato anterior válido*. Aguiar Dias refere-se a tal pressuposto, decompondo-o em três elementos: a existência de um contrato; sua validade e a estipulação entre o responsável e a vítima⁶⁹⁹.

Valendo-se da lição de Marton, esclarece que a obrigação preexistente – geral ou convencional – é a verdadeira fonte da responsabilidade civil. O *jus cogens* é invariável, porém, o legislador não o estipula para todos os casos, conforme se pôde constatar no primeiro capítulo dessa dissertação. Nesse espaço, intervém o *jus dispositivum*, ou seja, as disposições estipuladas pelas partes⁷⁰⁰. É a norma convencional que define, nesse espaço de atuação, o comportamento a que estão adstritos os contratantes. Para a responsabilidade contratual, portanto, é imprescindível a existência de um vínculo anterior⁷⁰¹.

A questão não oferece maiores dificuldades quando a convenção foi expressamente estabelecida pelas partes. A problemática surge, como bem pontua Aguiar Dias, em situações nas quais há que se qualificar sobre a existência, ou não, de um contrato⁷⁰².

Deve, ainda, ser válido. Este tema – assim como a própria existência do contrato – já foi abordado no capítulo precedente, ao tratar-se da identificação do momento pós-

⁶⁹⁸AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução, cit.*, p. 555-556.

⁶⁹⁹DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumen. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 137.

⁷⁰⁰*Id. Ibid.*, p. 95.

⁷⁰¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, cit.*, p. 336-337.

⁷⁰²DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil, cit.*, p. 137-138. O autor demonstra a dificuldade expondo o exemplo do contrato de transporte gratuito. Entendendo que a prestação não pode ser exigida do devedor, o Código Civil de 2002 filiou-se à corrente que advoga a não caracterização de contrato (art. 736 do C.C.). Entretanto, contrariando a doutrina majoritária, o autor sustenta a necessidade de caracterização de alguma outra convenção. Viney expõe ainda a problemática envolvendo os compromissos de honra (*engagement d'honneur*) ou exclusivamente morais (*exclusivement moral*). Narra, a autora, julgado da *chambre commerciale* da *Cour de Cassation*, que reconheceu a obrigatoriedade de um compromisso moral, porque a parte havia expressado a vontade inequívoca e deliberada de se obrigar à outra parte (VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité, cit.*, p. 492).

contratual. De qualquer forma, e sem querer repisar o já escrito, volta-se a questão apenas examiná-la à luz das diferenças entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

A nulidade, como já afirmado, é causa contemporânea à formação do contrato, de modo que este, via de regra, não produzirá efeitos. Assim, a responsabilidade pelos danos advindos do contrato nulo não encontrará neste seu fundamento. Não produzindo efeitos, não há como se identificar a substituição da prestação principal pela secundária, razão pela qual, a responsabilidade, aqui, será extracontratual.

Também na anulabilidade, como se sabe, não havendo confirmação, sua decretação possuirá efeitos retroativos, de modo que o contrato deixa de regulamentar a relação entre as partes (art. 182 do Código Civil)⁷⁰³. Com efeito, a doutrina tem apontado, com acerto, pela índole extracontratual da responsabilidade civil advinda dos danos produzidos nessas hipóteses⁷⁰⁴.

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade contratual exigirá como pressuposto um contrato anterior válido. Cavalieri acrescenta outro: *o seu inadimplemento*⁷⁰⁵. É bem verdade que o descumprimento de um dever preexistente é elemento comum às responsabilidades, não se tratando de especificidade da contratual⁷⁰⁶. No entanto, nesta, esse descumprimento consistirá no *inadimplemento em sentido amplo*⁷⁰⁷.

As obrigações, como emana do artigo 394 do Código Civil, devem ser executadas no tempo, lugar e modo determinados. Não consistem apenas na realização da prestação principal, mas abrangem também as *prestações secundárias e deveres laterais*, como já se teve a oportunidade de discorrer⁷⁰⁸. Não havendo o cumprimento satisfatório, a prestação secundária – ressarcimento e eventuais perdas e danos – substituirá a primeira.

⁷⁰³Essa regra, no entanto, possui algumas exceções, todas vinculada à boa-fé consoante se depreende dos artigos 181, 1.214, 1.217, 1.219 do Código Civil.

⁷⁰⁴DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 151. Vide ainda, no mesmo sentido: BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, cit., p. 562; GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 262-272; e SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - L.G.D.J, 1951. t. 1, p. 151-152. Este último ressalva, contudo, que, se a parte incorreu em erro por culpa própria, até poderá ser devida alguma indenização, porém, não com base da responsabilidade extracontratual, mas sim em razão do enriquecimento sem causa. A mesma solução é proposta para os casos de dolo bilateral, salvo nos casos em que a lei expressamente o vede.

⁷⁰⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 337.

⁷⁰⁶DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 95.

⁷⁰⁷O qual, como se exporá abaixo, engloba o inadimplemento absoluto; a mora e a violação positiva do contrato.

⁷⁰⁸Remete-se o leitor ao Subcapítulo 2.2.

E, eventuais limitações à autonomia privada⁷⁰⁹ – como a vedação de algumas cláusulas; imposição de outras e a atribuição de deveres laterais – não tem o condão de alterar as diferenças entre a responsabilidade contratual e responsabilidade civil *stricto sensu*. Como ensina Savatier, apesar do dirigismo contratual, a lei faz da vontade das partes a base dos contratos. E, quando impõe obrigações, mesmo legais, na estrutura contratual, as faz depender de um acordo fundamental entre elas, de modo que permanece a responsabilidade contratual⁷¹⁰.

Assim, para o correto delineamento da responsabilidade civil contratual é necessária a fixação do conceito de inadimplemento em sentido amplo. Essa empreitada será realizada no capítulo seguinte, quando retornar-se-á ao tema.

O que se tem, desde já, é que a definição do conceito de inadimplemento auxiliará na atividade classificativa ora proposta. Na aplicação do regime de responsabilidade contratual, não se pressupõe apenas a existência de um contrato válido entre a vítima e o autor do dano; mas também que este dano resulte do incumprimento de uma obrigação decorrente ou relacionada com contrato e que a responsabilidade esteja vinculada às relações entre os contratantes ou entre pessoas equiparadas a contratantes⁷¹¹.

É possível concluir, assim, como arremata Aguiar Dias, é que na responsabilidade contratual preexiste um laço de direito entre o autor do dano e a vítima, via de regra, o contrato; e na responsabilidade extracontratual não existe essa prévia relação. É o fato danoso que criará o laço entre o autor do dano e a vítima⁷¹².

Extraí-se, ainda, que a responsabilidade contratual ocupa uma área definida e limitada no âmbito da responsabilidade *lato sensu*. Na lição de Savatier, consiste na inexecução, previsível e evitável, de uma obrigação contratada, por uma parte ou seus

⁷⁰⁹Vide Capítulo 1.1 desta dissertação.

⁷¹⁰SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, cit., t. 1, p. 138-139. O autor, no entanto, ressalva algumas hipóteses, limitando a assertiva acima. Expõe que, existindo regras profissionais, previstas na lei, para os notários e oficiais de justiça, sua violação acarreta uma responsabilidade extracontratual ou delitiva, mesmo que exista contratos firmados. Afirma, ainda, que a regulamentação moderna dos contratos, especialmente quando inspirada em um dirigismo da economia, está repleta de sanções criminais. E, sempre que um ato violar, juntamente com o contrato, uma regra penal, surgirá a responsabilidade por ato ilícito extracontratual. Por fim, o declínio da autonomia da vontade pode ocasionar a substituição de uma relação de fato, sem fundamento no acordo das vontades, por um contrato, que seriam as relações paracontratuais. Geneviève Viney igualmente menciona que o Tribunal de Cassação continua a afirmar que o notário e o oficial de justiça, na qualidade de oficiais públicos, não estão perante clientes em situação contratual, de modo que a geração de um dano, é sancionada pela aplicação das regras do regime delitual (VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, cit., p. 493-494).

⁷¹¹VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, cit., p. 425-426.

⁷¹²DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 130.

sucessores, em relação a uma parte ou seus sucessores. Derivam do compromisso voluntário das partes, no exercício de sua autonomia privada - sem dúvida, cada vez mais cerceada pela lei, como demonstrou-se no primeiro capítulo dessa dissertação – mas que permanece na base de qualquer contrato⁷¹³.

Na responsabilidade extracontratual, por sua vez, não se verifica essa unidade de origem. Ela decorre de uma diversidade de fundamentos, não havendo características comuns, a não ser a não incidência das regras da responsabilidade contratual⁷¹⁴.

Entretanto, apesar da nítida distinção conceitual, a verdade é que elas constituem – na feliz expressão de Antunes Varela – verdadeiros *vasos comunicantes*⁷¹⁵. Podem nascer de um mesmo fato, e transitar de uma para outra. Na hipótese elencada pelo autor, se *Caius* agredi *Titius* responderá pelo ilícito extracontratual. Porém, se após determinada por sentença a obrigação de indenizar, *Caius* atrasar ou recusar o pagamento, haverá ilícito contratual, haja vista a existência de um vínculo anterior.

Isto porque, como já afirmado, ambas decorrem da violação de um dever jurídico. Toda obrigação de indenizar traduz, nas palavras de Francisco Amaral, a violação a deveres preexistentes, sejam subjetivos relativos, sejam absolutos, não existindo, portanto, diferença em sua natureza⁷¹⁶. Esse dado comum justifica a comunhão de causas excludentes da responsabilidade: como a força maior e o fato exclusiva da vítima ou de terceiros; bem como a existência de um remédio comum: o ressarcimento do dano⁷¹⁷.

Essa similitude se verifica também no dano, que consiste na lesão a um interesse juridicamente protegido⁷¹⁸. Não havendo prejuízo, ainda que presumido (v.g. como ocorre nos juros moratórios), não haverá responsabilidade, independente de ser contratual ou extracontratual. Mesmo o dano moral, apesar excepcional⁷¹⁹, pode decorrer do inadimplemento contratual, consoante já se reconheceu no Enunciado 411 das Jornadas de

⁷¹³SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, cit., t. 1, p. 136.

⁷¹⁴*Id. Ibid.*, p. 136-137.

⁷¹⁵VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 1, 2018, p. 522.

⁷¹⁶AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 553.

⁷¹⁷BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, cit., p. 559.

⁷¹⁸*Id. Ibid.*, p. 584.

⁷¹⁹Como regra o inadimplemento contratual acarretará, tão-somente, prejuízos patrimoniais, cujo frustração não importa em danos morais. Nesse diapasão, o enunciado 159 das Jornadas de Direito Civil do CFJ/STJ: “O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material.”

Direito Civil do CFJ/STJ: “o descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988”.

Até mesmo a culpa possuiria um conceito unitário, consistente na transgressão de um dever jurídico. Com base nessa comunhão de elementos e princípios, avulta a doutrina que sustenta a unificação da responsabilidade delitual e contratual. Segundo os irmãos Mazeaud, e Andre Tunc, defende a unidade de tratamento, não existe nada de excepcional em matéria contratual, sendo aplicáveis as mesmas regras. A única diferença diz respeito ao ônus probatório, que é questão processual, e não características que a distinguiriam⁷²⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, é exemplo dessa tendência de unificação da responsabilidade, o Código de Defesa do Consumidor, que considera consumidores por equiparação todas as vítimas de acidente de consumo (art. 17 do C.D.C.), submetendo-as a tratamento unitário perante o fornecedor⁷²¹.

Aguiar Dias, valendo-se das lições de Amézaga, igualmente sustenta que unicidade do conceito de culpa. Entretanto, vai adiante em seu estudo. Esclarece, inicialmente, que na classificação das espécies assimila-se o elemento comum (inerente ao gênero) e apontam-se as diferenças específicas. Após, expõe que na responsabilidade fundada na culpa, esta seria o princípio de um gênero. Assim aponta, com acerto, que neste gênero residem a culpa contratual e a extracontratual, bem delineadas por características específicas inerentes à natureza do direito violado.

Características estas que consistem justamente no fato de que, na responsabilidade contratual, há simples mudança do objeto da relação, ao passo que, na extracontratual, o dever será originário. Delas, decorrem importantes diferenças práticas que justificam o tratamento dicotômico da matéria.

A primeira diferença identificável diz respeito ao tratamento da *culpa*. Malgrado seja mais relacionada ao direito processual, do que à natureza dos institutos, ainda assim é recorrentemente apontada. As duas formas de responsabilidade podem tê-la por fundamento (excetuadas, obviamente, às hipóteses de responsabilização objetiva), tratando-se, como viu, de um mesmo gênero. Porém, a culpa contratual será, via de regra, presumida, na forma do artigo 389 do Código Civil, bastando a simples constatação do inadimplemento em sentido

⁷²⁰ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. Tratado *Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., p. 420.

⁷²¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 334-335.

amplo. Diversa é a dinâmica na responsabilidade extracontratual, na qual labora-se com a culpa provada pelo credor⁷²².

Como decorrência lógica, o ônus da prova também possui tratamento diverso. Presumida a culpa no inadimplemento (*lato sensu*), haverá inversão do ônus da prova. Incumbirá ao devedor provar de que o dano não lhe é imputável, seja pela efetiva inexistência de culpa, seja pela ocorrência de qualquer excludente de ilicitude⁷²³. Até mesmo o dano, em certos casos, será presumido. É o que acontece com relação aos juros da mora, cláusula penal e arras⁷²⁴. Nestes casos dispensa-se a comprovação do prejuízo pelo credor; este apenas necessitará provar outros danos por ele sofridos (se admitidos na hipótese)⁷²⁵.

Por sua vez, na responsabilidade extracontratual o ônus da prova segue a regra geral estabelecida no artigo 373 do CPC⁷²⁶. Assim, incumbe ao lesado a prova de seus pressupostos: a conduta culposa, o dano e o nexo de causal entre eles. Na espécie responsabilidade extracontratual legal (objetiva), por certo, prescinde-se do primeiro.

Outra diferença – agora material – que pode ser apontada consiste em sua gradação da culpa. Na extracontratual, o autor do dano responderá pelo prejuízo, ainda que tenha laborado com culpa levíssima, consoante já expunha Ulpiano: “*in lege aquilia et levissima culpa venit*”⁷²⁷. Apenas poderá ocorrer a redução equitativa, nos excepcionais casos de responsabilização de incapaz (Art. 928, parágrafo único, do C.C.) ou de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 944, parágrafo único, do C.C.); mas, por regra geral, a indenização mede-se exclusivamente por este (art. 944, *caput*, do C.C.)⁷²⁸.

⁷²²CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, cit.*, p. 336.

⁷²³Nesse sentido, o Enunciado 548 das Jornadas de Direito Civil CJP/STJ: “*Caracterizada a violação de dever contratual, incumbe ao devedor o ônus de demonstrar que o fato causador do dano não lhe pode ser imputado*”.

⁷²⁴DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil, cit.*, p. 87.

⁷²⁵ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências, cit.*, p. 164-167.

⁷²⁶CPC: “*Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*” Dada a dificuldade de definir-se o conceito de fato constitutivo do direito, melhor a regra exposta por Echandiá sobre a distribuição do ônus: “*‘corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como supuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable’; o, expresada de otra manera, ‘a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de supuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal’*” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1981. t. 1, p. 490).

⁷²⁷Ulpiano, Digesto, Livro 9, 2, 44. A expressão latina é traduzida por Conselheiro Vasconcellos, da seguinte forma: “*na lei aquiliana compreende-se até a culpa levíssima*. (DIGESTO ou Pandectas do Imperador Justiniano: Livros 5-11. Tradução brasileira por Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos, *cit.*, v. 2, p. 184).

⁷²⁸Lembra a doutrina que o grau de culpa deve ser utilizado como fator de quantificação do dano moral. O enunciado 458 das Jornadas de Direito Civil possui a seguinte redação: “*O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral.*”

O *Codice Civile*, no entanto, diferencia a indenização decorrente do dolo e da culpa. Havendo aquele, o autor do dano responde por todos os prejuízos. Porém, no caso de culpa, “*il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*”⁷²⁹.

No inadimplemento contratual essa gradação terá influência nos casos de contratos benéficos. Como dispõe o art. 392 do Código Civil, o contratante a quem o contrato aproveita, responde por simples culpa, mas o contratante não favorecido apenas responderá por dolo ou culpa grave.

Ainda na responsabilidade contratual, permite-se a existência de cláusulas de limitação ou exoneração da responsabilidade. Por certo haverão de atender a alguns requisitos, não contrariando a função social do contrato e não importando em renúncia antecipado nos contratos por adesão. Nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, será considerada nula qualquer cláusula que exonere ou atenuar a responsabilidade do fornecedor (Art. 51, inciso I, do C.D.C.). Pode ocorrer, outrossim, a prefixação do valor da indenização, mediante a inserção de cláusula penal (art. 408 do C.C.) ou pela existência de arras penitenciais (art. 420 do C.C.). Tais possibilidades não ocorreram na responsabilidade civil extracontratual.

Aponta-se, outrossim, diferenças com relação à (in)capacidade do agente. A responsabilidade contratual pressupõe a capacidade de contratar, posto que a validade do negócio jurídico exige a presença de agente capaz ou seu suprimento pela assistência ou representação. E, como já se expôs, sem a presença de um contrato válido, não há se falar em responsabilidade contratual⁷³⁰. Noutro lado, a aquiliana pode ser causada por ato de incapaz, malgrado sua responsabilização apenas se dê sob certos requisitos (Art. 928 do C.C.)⁷³¹.

A solidariedade, do mesmo modo, é diversa em cada um desses regimes. Como se sabe, ela não pode ser presumida, decorre da lei ou do contrato. Assim, apenas haverá

⁷²⁹*Codice Civile*: art. 1225: “*Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione.*” (tradução livre: Se a inadimplência ou atraso não decorrer de dolo do devedor, a indenização é limitada aos danos que poderiam ter sido previstos no período em que a obrigação surgiu).

⁷³⁰Excepcionalmente, no entanto, pode-se prever a responsabilidade contratual do incapaz, nos casos em que ele tenha omitido dolosamente sua idade (art. 180 do Código Civil).

⁷³¹AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, *cit.*, p. 552.

solidariedade na responsabilidade extracontratual se expressamente prevista pela legislação; já na contratual, poderá fundamentar-se no prévio acordo entre as partes.

O próprio prazo prescricional também é diverso, posto que para a responsabilidade civil aquiliana adota-se o prazo de 3 (três) anos, ao passo que, para a contratual seria aplicável o prazo quinquenal ou, até mesmo, o decenal, a depender da hipótese (art. 205 e 206, §5º, inciso I, ambos do C.C.).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já consolidou jurisprudência no sentido de que para a responsabilidade civil contratual, não se aplica o prazo trienal⁷³². Isto porque, a expressão *reparação civil* positivada no artigo 206, §3º, inciso V, refere-se tão-somente à responsabilidade delitual, com fulcro no ilícito *stricto sensu*.

Nos casos de inadimplemento das obrigações, aplicam-se o prazo geral do Código Civil (artigo 205), ou outro mais especial, como o 206, §5º, inciso I, do mesmo *Codex* ou o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, a depender da natureza da relação jurídica subjacente. Note-se, ainda, que essa diversidade repercutirá nas demais obrigações integrantes da relação contratual. A indenização por perdas e danos são prestações secundárias, e enquanto não prescrita a obrigação principal, não há se falar na perda da pretensão à estas.

A diferença de regime jurídico importa, ainda, em regras diversas de competência para ação. Além da regra geral do foro do domicílio do réu, a ação fundamentada em responsabilidade contratual poderá ser ajuizada no local do cumprimento da obrigação (art. 53, inciso III, alínea d, do C.P.C.); no foro de eleição ou, nas relações de consumo, no foro do domicílio do consumidor (art. 101, inciso I, do C.D.C.). Na responsabilidade extracontratual, de seu turno, que também possui como regra geral o foro do domicílio do réu, permite-se o ajuizamento no local em que ocorreu o fato (art. 53, inciso IV, alínea a, do C.P.C) ou, nos casos de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves, no foro do domicílio do autor (art. 53, inciso V, do C.P.C).

Por fim, o termo inicial da mora na responsabilidade extracontratual será a data do evento danoso, consoante previsto no art. 398 do C.C., que reproduziu, na essência, a Súmula

⁷³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Terceira Turma. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 794.821/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 25 de outubro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65717361&num_registro=201502577850&data=20161114&tipo=5&formato=PDF.

54⁷³³ do S.T.J. Esse é também o teor do Enunciado 163⁷³⁴ das Jornadas de Direito Civil do C.F.J/S.T.J. Já na contratual, a mora decorrerá do vencimento de termo final (*ex re*), adotando-se a regra *dies interpellat pro homine*. Nas obrigações sem prazo, a constituição em mora (*ex persona*) depende da interpelação, notificação ou protesto, judiciais ou extrajudiciais⁷³⁵.

Nota-se, portanto, que, malgrado a tênue – mas existente – distinção conceitual, os efeitos práticos são bem diversos. Desta constatação resulta a importância da identificação da natureza jurídica da responsabilidade civil pós-contratual. Não se trata apenas de indagação acadêmica; ela possui relevância prática na definição dos efeitos acima mencionados.

Recorde-se, como já salientado linhas acima, que a existência de um vínculo específico e anterior, entre o autor do dano e a vítima é pressuposto da responsabilidade civil contratual. Presta-se, a definir, pela negativa, o campo de atuação de responsabilidade extracontratual. Como esclarece Viney, qualquer responsabilidade que não preencha as condições necessárias para a aplicação do regime contratual obedece necessariamente ao regime delitual⁷³⁶ (ou extracontratual, na nomenclatura utilizada nessa dissertação).

Assim, na busca pelo campo de incidência de cada dessas responsabilidades, é necessário o estabelecimento do campo de atuação do inadimplemento contratual em sentido amplo, mormente ante a complexidade dos vínculos oriundos da relação jurídica obrigacional.

Definido este espaço de atuação, será possível identificar se a *culpa post pactum finitum* se subsume em alguma dessas espécies de responsabilidade.

2. O conceito de mora e inadimplemento no Código Civil de 2002

Conforme se concluiu no capítulo acima, a aplicação do regime de responsabilidade contratual pressupõe não apenas a existência de um contrato entre a vítima e o autor do dano,

⁷³³STJ: Verbete 54 das Súmulas de Jurisprudência: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”

⁷³⁴Enunciado 163 do C.F.J./S.T.J.: “a regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo Código Civil, não afastando, pois, o disposto na Súmula 54 do STJ”.

⁷³⁵ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 108 e 116-117.

⁷³⁶VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, cit., p. 490.

mas também o incumprimento de uma obrigação decorrente ou relacionada com o contrato⁷³⁷.

Os conceitos de mora e inadimplemento, portanto, vinculam-se de maneira estreita com a responsabilidade civil contratual; esta é a consequência daqueles.

Classicamente, Agostinho Alvim já ensinava que as obrigações produzem efeitos diretos, consistente no cumprimento da prestação principal; e indiretos, aparelhando o credor de modo a obter a tutela específica da obrigação ou o ressarcimento por perdas e danos⁷³⁸. Trata-se da regra contida no artigo 475 do Código Civil.

A obrigação não é um fim em si mesmo, de modo que está, desde o princípio, destinada a alcançar determinada finalidade, qual seja, a satisfação do *interesse do credor*, representado na prestação principal. Atingido este interesse, a obrigação extingui-se-ia pelo adimplemento satisfatório.

Entretanto, como se sabe, a relação obrigacional não é entendida apenas como a prestação principal, compreendendo também uma série de deveres secundários e de conduta (deveres laterais) tendentes à sua realização⁷³⁹. Estes últimos, segundo o que já se expôs alhures, estão radicados na esfera jurídica de ambos os contratantes, podendo referir-se tanto aos *interesses prestação*, como aos *interesses de proteção*⁷⁴⁰.

Alarga, assim, o conceito de adimplemento satisfatório; não basta o cumprimento formal da obrigação de prestar. É necessário que o interesse de prestação seja alcançado. Não ocorrendo, haverá o inadimplemento, cujo conceito igualmente é expandido.

O Código Civil de 2002, na mesma linha do anterior, optou por um tratamento dicotômico do inadimplemento. Este seria gênero, que poderia ser reduzido em duas espécies: *inadimplemento absoluto; definitivo* ou *stricto sensu* e *mora* ou *inadimplemento relativo*. A primeira, refere-se às hipóteses em que o descumprimento obrigacional torna a prestação impossível ou inútil para o credor. A segunda, prevista no artigo no artigo 394 do Código Civil, ocorre nos casos em que a prestação não é efetuada no tempo, lugar e forma devidos, mas ainda pode sê-lo, no interesse do credor.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, que não é objeto específico desta dissertação, mas sim de expor o tema com a finalidade de delimitar o âmbito de incidência da

⁷³⁷VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité, cit.*, p. 490.

⁷³⁸ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências, cit.*, p. 14.

⁷³⁹LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones, cit.*, p. 37-39.

⁷⁴⁰Para a exata noção dos interesses de prestação e proteção, remete-se o leitor ao subcapítulo 2.3.

responsabilidade contratual, pode-se afirmar, de maneira geral, que o inadimplemento definitivo pode decorrer de fatos relativos ao *objeto* – seja pela impossibilidade, seja pela modificação posterior das circunstâncias (onerosidade excessiva; teoria da imprevisão e frustração do fim do contrato) – ou de fatos relativos à *utilidade da prestação*.

Na *primeira categoria*, a impossibilidade, que pode ser fática – quando o objeto não se puder realizar – ou jurídica – nos casos em que a norma inviabiliza sua prestação⁷⁴¹ – possui diversidade de tratamento conforme seja, ainda, originária ou superveniente; absoluta ou relativa.

A impossibilidade originária absoluta, existente no momento de sua formação, acarreta a nulidade do negócio jurídico (art. 166, inciso II, do C.C.). Com efeito, situa-se no plano da validade.

Já a impossibilidade originária relativa situa-se no plano da eficácia, manifestando-se no momento do cumprimento, seja ela fática ou jurídica. Não há qualquer invalidade no negócio jurídico, de modo o devedor não é liberado da prestação. Consoante ressalta Ruy Rosado⁷⁴², entende-se que ele realmente pretendia vincular-se, talvez pensando no cumprimento por intermédio de terceiro, ou mediante a aquisição da coisa antes da tradição, como nos casos do artigo 1.268, §1º, do C.C.

Da mesma forma, a impossibilidade superveniente, absoluta ou relativa, fática ou jurídica, atua no plano da eficácia, de modo que acarretará o efeito extintivo da obrigação, conforme já advogava Couto e Silva⁷⁴³.

Diferenciam-se, ainda, a impossibilidade superveniente definitiva e temporária⁷⁴⁴. Na primeira, a prestação não pode mais ser prestada, ou exige esforço extraordinário. Já a temporária apenas acarretará o inadimplemento absoluto, nos contratos com data exata para o cumprimento ou, podendo ser prestada posteriormente, não mais o será em benefício do credor.

Classifica-se, ainda, em total ou parcial, conforme atinja, ou não, a totalidade da obrigação principal. Antunes Varela acentua que, na segunda, o devedor continuará obrigado pelo restante, se ainda de interesse do credor, porém, pode não se justificar a manutenção da

⁷⁴¹SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 134.

⁷⁴²AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., p. 98.

⁷⁴³SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 121-122.

⁷⁴⁴AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., p. 96-99.

contraprestação tal como prevista. Nesse sentido, tem-se os artigos 235 e 236 do Código Civil determinam o abatimento proporcional da prestação.

Nesses casos, se a perda é imputável ao devedor, este responderá por perdas e danos. Do contrário, não podendo ser imputada a qualquer das partes, a extinção da obrigação ocorre *ex vi legis*; e não da formação do direito extintivo do credor, o qual apenas terá a pretensão de reaver o que pagou⁷⁴⁵.

Além dos casos de impossibilidade, também podem afetar o objeto da prestação, com a conseqüente extinção do contrato, a alteração das circunstâncias determinantes, que dão origem à *frustração do fim do contrato* ou à *quebra insuportável da equivalência*.

A última faz referência à cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual a vinculação, em contratos diferidos ou de trato sucessivo, apenas permanece hígida enquanto as circunstâncias não sofreram drástica modificação⁷⁴⁶. O Código Civil, na esteira do italiano, não a acolheu em sua integralidade, realizando a opção pela teoria da imprevisão ao dispor, em seu artigo 478, que o devedor poderá pedir a resolução do contrato se, nos casos acima (contrato diferido ou de trato sucessivo), a prestação tornar-se excessivamente onerosa, “*em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*”. No mesmo sentido o artigo 317 do Código Civil, permitindo, no lugar da resolução, a correção da prestação, com a conservação do contrato.

Álvaro Villaça⁷⁴⁷ expõe que os artigos citados são de grande valia, não obstante o adjetivo *imprevisível* enfraqueça a posição romana da *laesio enormis*. Não obstante, essa é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao menos para as relações predominantemente civis. Exige-se a imprevisibilidade e extraordinariedade para resolução do contrato (ou sua correção). Aquela toma por base a conduta do *bonus pater familias*, baseada na cautela e no legitimamente esperado pelas partes, cabendo salientar que é possível, no entanto, que fatos previsíveis também sirvam de suporte para sua aplicação, se efeitos deles decorrentes extrapolarem as oscilações normais da relação contratual.

⁷⁴⁵SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 121-122.

⁷⁴⁶AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., p. 144.

⁷⁴⁷AZEVEDO, Álvaro Villaça O. novo Código Civil brasileiro tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*Laesio Enormis*). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. São Paulo: Renovar, 2008. p. 34.

A extraordinariedade, por sua vez, constitui um elemento objetivo, demonstrando a excepcionalidade do evento; ainda que as partes pudessem prever tal acontecimento, deixariam de considera-lo, por encontrar-se fora do risco contratual. Mas, como afirma Rodrigues Junior o que importa, na verdade, é saber se ocorreram situações que, mesmo com cálculo, prudência e cautela, ensejaram alteração significativa da equação econômica do contrato⁷⁴⁸.

O Código de Defesa do Consumidor, diversamente, aproximou-se da Teoria da base objetiva do negócio jurídico, ao não exigir qualquer o fato superveniente imprevisível ou irresistível para a revisão. Basta a quebra da relação de equivalência. Em verdade, trata-se de simples revisão pelo fato da onerosidade excessiva, como bem esclarece Rizzatto Nunes ao afirmar que: “*não se trata da cláusula ‘rebus sic stantibus’, mas sim de revisão pura, decorrente de fatos posteriores ao pacto, independentemente de ter havido ou não a previsão ou possibilidade de previsão dos acontecimentos*”⁷⁴⁹.

Noutra latitude, a frustração do fim do contrato⁷⁵⁰, não se confundindo com os institutos acima⁷⁵¹, trata-se, na lição de Zanetti, da perda da utilidade do contrato, por fato estranho aos contratantes. Passando a carecer de função social interna, impõe-se sua extinção.⁷⁵² Esse entendimento foi referendado pelo Enunciado 166 aprovado na III Jornada de Direito Civil do CJF/STJ.⁷⁵³

Por outro lado, o *inadimplemento por fato relativo à utilidade da prestação* consiste no ponto nevrálgico de diferenciação com relação à mora. Apesar de possível, fática e juridicamente, se a prestação tornou-se incapaz de satisfazer os interesses do credor, haverá inadimplemento absoluto. Jorge Cesa exemplifica com a hipótese do almoço que chega com

⁷⁴⁸RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, cit., p. 135-137 e 160.

⁷⁴⁹NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 221.

⁷⁵⁰Uma das dificuldades enfrentadas pelos casos de frustração do fim do contrato consiste em seu enquadramento teórico. Antunes Varela, aderindo às posições de Wieacker e Köhler, conclui que melhor é sua subsunção aos casos de impossibilidade, posto que, na prestação, existem elementos exteriores que condicionam a atuação do obrigado (VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 2, 2017, p. 76).

⁷⁵¹O enunciado 166 possui a seguinte redação: “*a frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil*”

⁷⁵²NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*, cit., p. 698.

⁷⁵³O enunciado 166 possui a seguinte redação: “*A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.*”

cinco horas de atraso⁷⁵⁴. Nesse caso, em que a prestação tenha perdido a utilidade para o credor, este poderá enjeitá-la, na forma do artigo 395, parágrafo único, do Código Civil.

A mora, por outro lado, é entendida como o atraso culposo no cumprimento, mas subsistindo a possibilidade de execução futura deste⁷⁵⁵. Na lição de Agostinho Alvim, trata-se do não pagamento culposo, ou da recusa de receber no tempo, lugar e modo devidos⁷⁵⁶. Ressalta, o autor, em seguida, que, por convenção, é possível a atribuição dos efeitos da mora, independentemente da existência de culpa.⁷⁵⁷

O Código Civil Brasileiro, diferentemente do *BGB* – sob o qual desenvolveu-se a teoria da violação positiva do contrato – englobou no conceito de mora não apenas o aspecto temporal da prestação, mas também o *lugar* e o *modo* de cumprimento, conforme se depreende do artigo 394 do Código Civil.

Tal característica, à princípio, facilitaria a inclusão, no conceito de mora, do descumprimento de deveres laterais. Isto porque, tratando-se de condutas tendentes ao adimplemento satisfatório, vincular-se-iam ao *modo* de prestar.

Entretanto, precisa é a lição de Jorge Cesa⁷⁵⁸ ao afirmar que, apesar da previsão do *lugar* e do *modo* no conceito de mora, esta permanece, em última análise, vinculada ao aspecto tempo. O *lugar* e *modo* apenas são formas pelas quais o atraso pode ocorrer. Se o devedor entrega o bem em estabelecimento diverso, estará em mora *até* que realize a entrega no local correto; ou ainda, se entregar o bem em local diverso, mas corrigir sua prestação antes do vencimento do prazo, sequer mora terá ocorrido, apesar do cumprimento em local diverso.

Assim, denota-se que o aspecto lugar, isoladamente, não se presta para a caracterização da mora. O mesmo pode se afirmar em relação ao modo. Entregue o bem, ainda que pelo modo diverso, não seria crível permanesse o devedor responsável pela deterioração do bem, que está na posse do credor, por caso fortuito ou força maior, conforme previsto no artigo 399 do Código Civil.

⁷⁵⁴SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 138.

⁷⁵⁵COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2018. p. 1048.

⁷⁵⁶ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 19-23. O autor diferencia os conceitos de simples retardamento e mora. Aquele é o atraso na prestação, materialmente considerado. Esta, é o retardamento culposo.

⁷⁵⁷*Id. Ibid.*, p. 29.

⁷⁵⁸SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 144-146.

Isto posto, há que se entender que a mora se vincula, precipuamente, ao aspecto tempo, servindo o *lugar* e *modo* como formas de ocorrer o atraso.

Ocorrendo a mora, a obrigação não se extingue, continuando o devedor adstrito a satisfazer a prestação. Como ensina Almeida Costa, nem mesmo o credor poderá resolver o contrato, enquanto o atraso não se equipare a inadimplemento definitivo pela perda do interesse na prestação tardia⁷⁵⁹. Esta não terá mais utilidade quando seja incapaz de corresponder ao fim visado pelas partes na relação⁷⁶⁰; quando não mais satisfaz os *interesses do credor*, representados pela prestação principal.

Não se trata de inutilidade absoluta, para qualquer pessoa; mas sim, relativa, ou seja, inutilidade para o credor⁷⁶¹. A transformação da mora em inadimplemento absoluto da obrigação deve ser observada sob o ponto de vista do credor, independentemente do desejo do devedor em cumpri-la. Há, no entanto, balizas hermenêuticas para a tradução do conceito de inutilidade. A perda do interesse é subjetiva – para o credor –, mas sua justificativa deve ser objetiva. Nas palavras de Almeida Costa:

“Este critério significa que a importância de tal interesse, embora aferida em função da utilidade concreta que a prestação teria para o credor, não se determina de acordo com o seu juízo arbitrário, mas considerando elementos susceptíveis de valoração pelo comum das pessoas”

Contudo, ao mencionar-se ‘*interesses do credor*’, torna-se importante estabelecer se essa locução se refere tanto aos *interesses de prestação*, como de *proteção*, ou apenas os primeiros⁷⁶².

Para que seja possível dar uma resposta, deve-se rememorar que estes diferem quanto ao grau de vinculação com prestação principal. Os interesses de proteção possuem tão-somente vinculação mediata. Logo, ainda que descumpridos, o dever de prestar remanesce incólume, passível de ser realizado em favor do interesse do credor.

⁷⁵⁹COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 1051-1053. Agostinho Alvim alerta que o ônus da prova recai sobre o credor que invoca a inutilidade da prestação, para pleitear a resolução ou para evitar a purgação (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 57).

⁷⁶⁰ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 56.

⁷⁶¹*Id. Ibid.*, p. 56.

⁷⁶²Deve-se a Heirich Stoll o mérito de identificar, na obrigação, dois vetores distintos: um voltado ao cumprimento da prestação (interesses de prestação); e outro orientado à proteção da pessoa e do patrimônio dos contratantes (interesses de proteção). Remete-se o leitor ao Capítulo 2.3 onde se tratou do tema com mais vagar.

Assim, fácil concluir que o interesse do credor a ser avaliado na utilidade da prestação refere-se exclusivamente aos *interesses de prestação*. Esses, portanto, estão englobados no conceito de mora do Código Civil.

Já os *interesses de proteção*, por não afetarem a obrigação principal, não se inserem nos conceitos tradicionais de inadimplemento definitivo ou absoluto e mora.

Em estudo específico sobre o tema, Jorge Cesa⁷⁶³, após citar exemplos de descumprimento de deveres laterais nucleados nos interesses de proteção, conclui igualmente que somente os *interesses de prestação* são englobados pela mora. No mesmo sentido a lição de Haical, afirmando que apenas o descumprimento de deveres laterais imediatamente vinculados à prestação principal pode afetar os interesses do credor⁷⁶⁴, porquanto o conceito de mora abrange apenas os *interesses de prestação*.

Consequentemente, malgrado o conceito alargado de mora adotado pelo legislador brasileiro, ela não compreende a totalidade dos vínculos oriundas da relação obrigacional complexa. Há um *locus*, consistente nos deveres laterais de vinculação mediata com a prestação, nucleados, portanto, nos *interesses de proteção*, no qual pode ser desenvolvido um *tertium genus* de inadimplemento *lato sensu*, qual seja, a violação positiva do contrato.

Portanto, em relação às espécies de inadimplemento *lato sensu*, seria possível estabelecer: o absoluto; o relativo (mora) e a violação positiva do contrato, consistente no descumprimento de dever lateral vinculado de modo mediato ao dever de prestação⁷⁶⁵. Esta última já foi objeto de estudo no capítulo 2.3 desta dissertação, na qual se expôs sua construção teórica. Agora, passe ao estudo de sua assimilação no ordenamento brasileiro.

2.1. A assimilação da doutrina da violação positiva do contrato pelo direito brasileiro

Pelo que se discorreu até o presente momento, foi possível concluir que, ao menos em princípio, os conceitos tradicionais de mora e inadimplemento absoluto seriam insuficientes para dar completude ao tema do descumprimento contratual.

⁷⁶³SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit.

⁷⁶⁴HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever lateral advindo da boa-fé objetiva, cit., p. 66-67.

⁷⁶⁵Logo, radicado no interesse de proteção.

Resta, agora, perquirir se o *locus* identificado no subcapítulo precedente, qual seja, o descumprimento de deveres laterais nucleados no *interesse de proteção*, justifica a adoção da teoria da violação positiva do contrato no direito brasileiro, como uma espécie de inadimplemento *lato sensu*; ou se tais situações já estariam inseridas em outros institutos, em especial, na responsabilidade civil extracontratual.

Consoante já se teve a oportunidade de discorrer, no capítulo 2.3, Hermann Staub, após identificar a existência de lacunas no BGB⁷⁶⁶, propôs sua colmatação através da aplicação analógica de seus § 286º e § 326º⁷⁶⁷, sujeitando-as, portanto, ao regime da mora.

Menezes Cordeiro, abordando a violação dos deveres de proteção, mas cujas conclusões são extensíveis aos deveres laterais em geral, entende que seu enquadramento de forma analógica ao conceito de mora teria amparo no Direito Alemão, ante a dificuldade de tais casos subsumirem-se ao estreito regime da mora ou da responsabilidade extracontratual na legislação tedesca. Isto porque, no BGB não havia a previsão de cláusula geral da responsabilidade civil extracontratual fora dos casos de violação de direitos de personalidade decorrentes de dolo ou negligencia. A mora, por sua vez, ligava-se tão-somente ao tempo do cumprimento da prestação. Evidente, portanto, a lacuna a ser preenchida pela violação positiva do contrato. Porém, em legislações como a portuguesa, na qual existe cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual, essas hipóteses podem ser solucionadas sem que se necessite recorrer à aplicação analógica da mora, porquanto abarca-se quaisquer danos, inclusive morais⁷⁶⁸.

No Brasil tem-se igualmente uma cláusula geral de responsabilidade civil. O Código Civil também possui maior flexibilidade em relação aos conceitos de mora e inadimplemento. Mesmo sob a égide do Código Civil de 1916, o assunto já não era desconhecido da doutrina brasileira, que o tratava sob a denominação do “adimplemento não-satisfatório”, imputando ao devedor os danos dele resultantes⁷⁶⁹.

Outro ponto a ser observado diz respeito à existência, em nosso ordenamento, de um regime geral dos vícios: evicção, vícios redibitórios e vícios ou defeitos nas relações de

⁷⁶⁶Aqui, remete-se o leitor para o Capítulo 2.3, no qual identificou-se tais lacunas.

⁷⁶⁷STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto (Die positiven vertragsverletzungen)*, cit., p. 48-56.

⁷⁶⁸MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimpr. Coimbra: Almedina, 2013. p. 639.

⁷⁶⁹ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. Revisitando o papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. *Scientia Iuris*, revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina, v. 22, n. 1, p. 266, mar. 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/30366/23357>.

consumo, todos aplicáveis a quaisquer obrigações. Estes, vinculando-se aos deveres de prestação, corresponderiam ao inadimplemento absoluto total (redibição) ou parcial (*quantum minoris*); ou, ainda, à mora, nos casos de atraso da prestação (*e.g.* art. 18 do CDC). Já nos ordenamentos que dispõe apenas de um regime de vícios em regras específicas, normalmente nas disposições sobre os contratos em espécie⁷⁷⁰, a violação positiva do contrato seria chamada a atuar nos casos não tipificados⁷⁷¹, como nos vícios da prestação em contratos inominados.

Dessa forma, apesar de salutar o estudo da violação positiva do contrato como forma de aperfeiçoamento das noções de mora e inadimplemento, inviável sua importação literal para o sistema brasileiro, porquanto, seu espaço de atuação, em razão das características acima mencionadas, será mais restrito. Como bem adverte Jorge Cesa, diferentemente da Alemanha, na qual buscava-se colmatar uma lacuna legislativa com relação ao inadimplemento, no Brasil visa-se a colmatação de mera lacuna conceitual⁷⁷².

Feita essas primeiras observações, passa ao exame, à luz do ordenamento jurídico pátrio, das hipóteses elencadas no capítulo II como incluídas originariamente na teoria da violação positiva do contrato, quais sejam, a) descumprimento de obrigação negativas, b) mau cumprimento de deveres de prestação, com danos distintos da mora ou impossibilidade; c) recusa antecipada de devedor de cumprir o contrato; d) não cumprimento de obrigação singular em contratos duradouros e, e) descumprimento de deveres laterais.

As hipóteses de descumprimento de obrigações negativas podem, facilmente, se subsumirem aos conceitos de mora e inadimplemento absoluto. Até porque a prestação pode consistir em um não-fazer (artigos 250 e 251 do Código Civil). Se alguém obriga-se a não revender lâmpadas na França, mas o faz de qualquer maneira, poderá incidir em inadimplemento absoluto ou mora, a depender se ainda persiste o interesse de prestação. Assim, não há se falar em violação positiva do contrato.

O mau cumprimento do dever de prestação, como já pontuava Menezes Cordeiro à luz do Direito Português, mas cuja solução pode ser importada para o nosso ordenamento, justificaria a recusa do credor. Se lhe é possível recusar a obrigação quantitativamente insuficiente – no Código Civil Brasileiro pelo artigo 314 – também poderá fazê-lo em relação

⁷⁷⁰Como exemplo de vício individualizado em nosso ordenamento, tem-se a regra sobre complementação de área na compra e venda, prevista no artigo 500 do Código Civil.

⁷⁷¹SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, *cit.*, p. 201-205 e 266.

⁷⁷²*Id. Ibid.*, p. 274.

a prestação qualitativamente insuficiente. Mas, se aceitar a coisa, sem conhecimento do vício, tratando-se de relação civil ou empresarial, aplicam-se as regras dos vícios redibitórios ou da evicção (art. 441 e 447 do Código Civil) ou, tratando-se de relação consumerista, o disposto nos artigos 18 e seguintes do CDC. Diferentemente, se tiver ciência do vício que a inquinava, deverá ser perquirido se houve dação em pagamento; novação; remissão ou outra figura⁷⁷³.

Com efeito, nestas hipóteses, igualmente não se vislumbra a necessidade de adoção da teoria da violação positiva do contrato. Ocorre, no entanto, que o cumprimento defeituoso da prestação pode originar danos distintos da mora e do inadimplemento. Jorge Cesa exemplifica a questão, expondo o caso da venda de maçãs dotadas de bichos que contaminaram as demais frutas. Afirma que o interesse do credor em obter a prestação (maçãs), não se confunde com o interesse de proteção de sua pessoa e seus bens. Até porque, se inválida a compra e venda, o segundo mantém-se. O descumprimento do dever lateral de proteção ocasiona danos que extrapolam o plano da primariedade da prestação⁷⁷⁴.

Cumprir lembrar, para adequada delimitação do tema, que os deveres laterais imediatamente vinculados à prestação, inserem-se no *interesse de prestação* e, dessa forma, aplicam-se as mesmas regras. Já os radicados no *interesses de proteção*, por possuírem vinculação apenas mediata com a prestação principal, seu descumprimento pode ensejar danos de natureza diversa.

Assim, com relação aos últimos, o mau cumprimento se enquadraria no âmbito da teoria da violação positiva do contrato, o que se mostra viável no ordenamento jurídico nacional, ante a insuficiência conceitual da mora e inadimplemento.

Por sua vez, a recusa antecipada e séria do devedor em cumprir o contrato⁷⁷⁵ é tratada por Menezes Cordeiro como vencimento antecipado do prazo. Consequentemente, aplicável as regras do não cumprimento ou impossibilidade imputáveis ao devedor⁷⁷⁶.

⁷⁷³MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Violação positiva do contrato. In: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Estudos de direito civil*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 135-137.

⁷⁷⁴SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 246-249.

⁷⁷⁵O estudo mais aprofundado do tema fugiria aos limites da presente dissertação. Assim, atendo-se aos propósitos ora postos, abordar-se-á tão-somente a possibilidade desta ser tratada como hipótese de violação positiva do contrato.

⁷⁷⁶MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Violação positiva do contrato, cit., p. 134.

Entretanto, ao realizar essa análise, apenas toma por base a recusa ao dever principal. Também é possível descumprimento antecipado de deveres secundários, cujas consequências serão idênticas, por vincular-se imediatamente ao interesse de prestação.

Por outro lado, tratando-se de recusa antecipada ao cumprimento de dever lateral, há que se proceder, tal como realizado acima, à divisão com base no grau de vinculação com o dever de prestar. Havendo vinculação imediata, a consequência do descumprimento será a aplicação das regras da mora ou inadimplemento. Em sendo mediata a vinculação, o descumprimento não ensejará a quebra do dever de prestar, de modo que inviável à subsunção às figuras tradicionais, subsumindo-se na violação positiva do contrato. No entanto, não há como deixar de reparar que essa distinção não possui nenhuma especificidade em relação às demais formas de inadimplemento de deveres laterais. Trata-se de divisão aplicável a qualquer obrigação.

Outra hipótese citada por H. Staub seria o não cumprimento de obrigação singular em contrato duradouro. Estes não são firmados em vista de sua extinção; mas sim para se protraírem no tempo. Aqui também a ausência, total ou parcial, da prestação devida, se consubstanciaria nas espécies de inadimplemento ou mora.

Não obstante, Jorge Cesa sustenta que eventualmente o descumprimento de uma prestação, pode acarretar o rompimento da relação de confiança que une as partes, não sendo classificável nos conceitos de inadimplemento absoluto ou mora. Isto porque, não se assentaria sobre a parte do vínculo ligada ao dever de prestar; mas sim aos deveres laterais, razão pela qual deveria ser classificado como violação positiva do contrato⁷⁷⁷.

Por fim, a última hipótese mencionada como inclusa na doutrina da violação positiva do contrato, consiste no descumprimento dos deveres laterais.

De início, cumpre repisar que existem deveres laterais vinculados *imediatamente e mediatamente* à prestação. E, por tudo que expos precedentemente, conclui-se que apenas o descumprimento desses últimos (*com vinculação mediata*) é que geraria a denominada violação positiva do contrato. Aos primeiros, ante seu vínculo direto com a prestação, seriam aplicáveis às regras do inadimplemento absoluto ou da mora.

Tal assertiva mostra acertada, posto que, consoante se demonstrou, o conceito de mora adotado pelo artigo 395 do Código Civil apenas engloba os interesses de prestação,

⁷⁷⁷SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 255-256.

estando a descoberto os interesses de proteção, que subsomem-se à violação positiva do contrato.

Não obstante, cumpre tecer algumas considerações sobre a legislação consumerista, que terminou por tratar como fator de *responsabilidade civil por fato do produto*, uma gama de hipóteses que seriam tipificadas como *deveres laterais*, mormente de proteção e informação.

A responsabilidade civil no CDC é dividida em duas espécies. O vício do produto ou serviço – previsto nos artigos 18 e seguintes – refere-se ao próprio objeto do contrato, quando este não corresponde à legítima expectativa do consumidor⁷⁷⁸. Aqui, é simples a separação dos deveres laterais.

Já a responsabilidade civil por fato do produto ou serviço – prevista no artigo 12 e seguintes – diz respeito à proteção da pessoa e do patrimônio do consumidor. O defeito existente causa, além do dano inerente ao próprio vício, outros danos materiais e/ou morais, ao patrimônio jurídico do consumidor⁷⁷⁹, razão pela qual seu campo de incidência poderá coincidir parcialmente com os deveres laterais.

Note-se que o artigo 12 do CDC foi estruturado, por influência do direito norte-americano, a partir da noção de que o próprio produto passa a trazer consigo uma garantia implícita, qual seja: a segurança⁷⁸⁰. Neste particular, a regulamentação do C.D.C. confunde-se com os deveres laterais, mormente com os destinados à proteção da pessoa e patrimônio do contratante.

Entretanto, há diferença de campos de atuação. A responsabilidade pelo defeito sempre atua em momento posterior, não permitindo, *e.g.* a oposição do contrato não cumprido ou até mesmo a resolução por inadimplemento. Tem-se, ainda, que os deveres laterais atuam na esfera jurídica de ambos os contratantes, ao passo que a responsabilidade pelo fato do produto é prevista em benefício do consumidor. Assim, nos casos em que, durante o programa obrigacional, o consumidor causa danos ao fornecedor, pela

⁷⁷⁸CASTALDELLO, Fábio L. O conceito de fato do produto ou do serviço e sua (necessária?) vinculação à ocorrência de um perigo à segurança do consumidor. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; MALFATTI, Alexandre David (Coords.). *Reflexões de magistrados paulistas sobre os 25 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015. p. 224.

⁷⁷⁹NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 260.

⁷⁸⁰MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 432.

inobservância do dever de proteção, sua responsabilização não seria com fulcro no artigo 12 do CDC, mas sim pelo descumprimento de dever lateral.⁷⁸¹

Pois bem. Examinadas as hipóteses acima, cumpre agora formular uma síntese conclusiva sobre a assimilação, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da teoria da violação positiva do contrato e, conseqüentemente, examinar a extensão da responsabilidade contratual.

O primeiro ponto a ser observado é que Código Civil Brasileiro possui um conceito legal de mora mais abrangente, prevendo “modos” de descumprimento da prestação. O segundo, consequência do anterior, consiste no fato de que os deveres laterais vinculados imediatamente aos interesses de prestação, subsomem-se ao regramento da mora ou inadimplemento absoluto.

Assim, a disciplina do inadimplemento *lato sensu* prevista no Código Civil não abarca o descumprimento dos deveres laterais atrelados apenas mediamente à prestação. Logo, o campo de atuação da violação positiva do contrato está no *inadimplemento de dever lateral vinculado de modo mediato à prestação, porque nucleado nos interesses de proteção*.

Não destoia deste entendimento o enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “*Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa*”.

Tome-se como exemplo o caso do pintor que, durante o serviço, danifica um retrato do credor. Por certo há pretensão indenizatória, porém, não houve a quebra do interesse de prestação e tampouco ocorrerá a incidência dos demais efeitos da mora.

É bem verdade que, consultando a doutrina nacional, existem autores que discordam da proposição acima. Para alguns, conforme já se expos no capítulo precedente:

“O *inadimplemento absoluto* pode ser revisto para abranger qualquer violação obrigacional - direta ou indiretamente vinculada à prestação - que esvazie o legítimo interesse do credor. Da mesma forma, a mora pode ser relida para alcançar qualquer descumprimento obrigacional - direta ou indiretamente vinculado à prestação - que não afaste por completo a utilidade da obrigação. Assim, ao invés de modalidade autônoma de descumprimento contratual, propõe-se o enquadramento da violação positiva do contrato como elemento geral da teoria do inadimplemento que subsidia a percepção da realidade obrigacional para além do mero prestar.⁷⁸²

⁷⁸¹SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 242-243.

⁷⁸²ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. Revisitando o papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento, cit., p. 278.

Analisando-se cuidadosamente as posições contrárias, percebe-se que as diferenças são mais de conceitos, do que referentes aos efeitos propriamente ditos. Contudo, não há como se aderir à proposição. Isto porque, descumprido um dever lateral radicado no interesse de proteção, a prestação remanesce possível, não havendo se falar em inadimplemento por impossibilidade; e, se tal fato não acarretar a quebra da relação de confiança ou de utilidade da prestação, o credor continuará a ter interesse na prestação que, provavelmente, será entregue no tempo, lugar e modo convencionado.

Assim, entende-se melhor a concepção da violação da positiva do contrato como espécie de inadimplemento, não se confundindo com a mora ou o inadimplemento absoluto. O interesse do credor que serve de baliza para a utilidade da prestação se relaciona apenas aos *interesses de prestação*, razão pela qual impõe-se a distinção.

Tem-se ainda que, realizada a pretensa equiparação, atrair-se-ia todos os efeitos da mora para o simples inadimplemento de dever lateral. Pense-se na hipótese do vendedor que, ao entregar o veículo ao comprador, tenha se olvidado do manual do proprietário. Adotada a posição acima, este seria responsabilizado pela perda do veículo, por força maior ou caso fortuito, em virtude do disposto no artigo 399 do Código Civil⁷⁸³. Logo, evidencia-se que apenas os interesses de prestação devem ser abrangidos pelo conceito de mora.

Importante, assim, a lição de Judith Martins-Costa no sentido de que:

“quem iguala ou confunde os interesses à prestação (inclusivos da obrigação principal, dos deveres secundários e dos anexos) com os interesses à proteção, tenderá a considerar que a figura da violação positiva do contrato é inútil entre nós, pois o conceito de mora no direito brasileiro é amplo (Código Civil, art. 394), englobando tempo, lugar e modo de prestação. Essa posição é equivocada, pois tempo, lugar e modo atinam à prestação (interesses à prestação), sejam principais, secundários ou anexos, e não diretamente aos interesses à proteção (deveres laterais). É a violação desses interesses que é apanhada pela noção de «violação positiva do contrato»⁷⁸⁴.

Colmatando a referida lacuna conceitual, conclui-se que os casos de violação positiva do contrato, consistente no descumprimento de deveres laterais nucleados no *interesse de proteção*, oriundos da complexidade intra-obrigacional, inserem-se como espécie de

⁷⁸³O exemplo foi extraído de: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 161.

⁷⁸⁴MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 772.

inadimplemento *lato sensu*. As vantagens da adoção dessa posição serão melhor examinadas no capítulo destinado às consequências da *culpa post pactum finitum*.

Definidas as diferenças conceituais entre a responsabilidade contratual e extracontratual, e o campo de incidência do inadimplemento *lato sensu*, torna-se possível perquirir sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil pós-contratual. É o que se passa a fazer.

3. Natureza jurídica da responsabilidade civil pós-contratual: exposição da divergência

A questão ora posta, concernente à natureza da responsabilidade civil pós-contratual, talvez seja a mais controvertida no tocante ao tema da pós-eficácia, não se verificando qualquer uniformidade jurisprudencial ou doutrinária. Além da clássica divisão da responsabilidade civil em duas categorias, tem-se, ainda, a tendência de unificação da reparação do dano, seja contratual ou extracontratual. Acrescenta-se, também, a corrente que entende por um *tertius genus* de responsabilidade civil, localizado entre as duas categorias acima.

Todos esses ingredientes tornam ainda mais complexa, a nada fácil missão de delimitar a natureza jurídica da responsabilidade civil originada pelo descumprimento desses deveres laterais pós-eficazes e, conseqüentemente, o regime jurídico que lhe é aplicável.

A indagação ora posta coloca em pauta a clássica divisão entre responsabilidade extracontratual e contratual. Para Carneiro da Frada a grande dificuldade desta *summa divisio* consiste no fato de que, por um lado, a responsabilidade civil pós-contratual cinge-se muito mais na defesa da posição que o contratante teria se não tivesse confiado, do que na coerção à determinado comportamento, aproximando-se, portanto, da responsabilidade delitual. Por outro lado, não representa também uma ordem geral de proteção contra ingerências e ataques provindas do exterior da relação, porquanto resulta de uma frustração das expectativas de um sujeito, cuja convicção originou-se de uma conduta do outro. Assim, por tutelar a dinâmica da participação dos sujeitos nos relacionamentos intersubjetivos, aproximar-se-ia da responsabilidade contratual.⁷⁸⁵

⁷⁸⁵FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. 1. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016. p. 757-758.

Rita Jabbour⁷⁸⁶, inclusive, narra que na França a divergência quanto à delimitação da responsabilidade é perceptível na jurisprudência. Segunda a autora, a própria Corte de Cassação possui julgados divergentes, ora reputando extracontratual⁷⁸⁷, ora contratual⁷⁸⁸.

No Brasil o tema é igualmente divergente. O próprio Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo possui julgados que adotam posições diversas.

Nos autos nº 0010282-51.2009.8.26.0077⁷⁸⁹, que envolviam a discussão sobre a inscrição do nome do antigo locatário, nos órgãos de proteção ao crédito, por tarifas de energia elétrica referentes à período posterior ao término da locação, ante a inércia do locador em atualizar o cadastro perante a concessionária, o Relator Des. Hamid Bdine, no bojo de seu voto vencedor, dispôs que:

“Do dever de boa-fé objetiva exsurge deveres acessórios de conduta, como o de proteção da contraparte, presente nas fases pré-contratual, de execução e pós-contratual, pois derivada da própria necessidade de um contratante não lesar o outro (alterum non laedere) para o bem da convivência social” (TJSP, Apelação nº 0010282-51.2009.8.26.0077, j. 28/05/2014)

Em seguida, na fixação do termo inicial da mora, fixou-a com base no artigo 398 do Código Civil, o que, somada a menção ao dever de não lesar outro, dá a entender pela adoção da natureza extracontratual da responsabilidade.

Por outro lado, em ação envolvendo a recusa de seguradora em renovar as apólices de seguro de vida, após mais de 32 anos de renovações automáticas, o Des. Carlos Henrique

⁷⁸⁶JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, cit., p. 302.

⁷⁸⁷Ex.: Cass. Civ. 3ª, 5 nov. 2003, nº 01-17.530.

⁷⁸⁸Ex.: Cass. Civ. 2ª, 8 nov. 2007, nº 06-19.765.

⁷⁸⁹DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVAÇÃO DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO DE CONTAS DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA POSTERIORES À DESOCUPAÇÃO DO LOCATÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS-CONTRATUAL (CC, ART. 422). Preliminar. Ilegitimidade de parte passiva. Declaratória de débito. Configuração. Pedido que afeta a esfera jurídica de terceiro, fornecedor do serviço de energia elétrica, não incluído na lide. Mérito. Compensação por danos morais. Responsabilidade civil pós-contratual. Configuração. Viola dever anexo da boa-fé objetiva (CC, art. 422), exigível mesmo após a extinção do contrato, o locador que mantém de modo prolongado no tempo (nove anos após a extinção do contrato de locação) o nome do ex-locatário na conta de consumo, quando ciente da omissão na transferência pelo locatário. Concorrência de causas. Afastamento. Conduta determinante da ré. Quantificação (R\$ 4.000,00). Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Correção monetária (STJ, súmula n. 362) e juros de mora (CC, art. 398). Sucumbência. Honorários (CPC, art. 20, § 3º). Recurso parcialmente provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. *Apelação Cível 0010282-51.2009.8.26.0077*. Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Birigui - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/05/2014, Data de Registro: 28/05/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>).

Miguel Trevisan, conclui que a violação dos deveres anexos dá ensejo à responsabilidade civil contratual. Extraí-se do acórdão:

“O caso presente, porém, não se trata de cobrança de indenização securitária, mas de indenização em decorrência de responsabilidade pós-contratual, que pode ser considerada, para seus efeitos práticos, inadimplemento contratual. Conforme entendimento desta Câmara em julgamento de idêntica controvérsia, também envolvendo a seguradora que ocupa o polo passivo, “deveres contratuais anexos não se extinguem com o adimplemento da obrigação contratual, uma vez que são autônomos em relação à prestação principal. Enéas Costa Garcia afirma que além dos deveres primários (de prestação), a boa-fé cria deveres acessórios de conduta no intuito de assegurar a plena realização do objetivo contratual, ressaltando que eles independem do cumprimento do dever de prestação e podem subsistir mesmo após o adimplemento (Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-fé, Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 70). E em se tratando de deveres pós-contratuais, é imperioso concluir que sua violação gera obrigação de natureza contratual” (Apelação nº 0148180-03.2010.8.26.0100, 04.03.2015)” (TJSP, Apelação nº 0152336-05.2008.8.26.0100, j. 16/09/2015)⁷⁹⁰. Sem grifos no original.

A correta delimitação da natureza da responsabilidade possui interesse não só acadêmico; mas também prático. Isto porque, uma vez definida a natureza da responsabilidade, esta apenas se aperfeiçoará quando satisfeitos seus pressupostos, ainda que, no caso concreto, a outra se mostre mais favorável.

Esse debate, como dito, é ainda mais animado, pois as linhas de demarcação entre a responsabilidade contratual e extracontratual são porosas, havendo quem sustente sua unificação.

Mas, apesar dessa tendência, existem, em cada categoria, características intransponíveis que mantem o interesse em sua divisão. Basta pensar nas cláusulas limitadoras de responsabilidade, válidas apenas em matéria contratual.⁷⁹¹ Necessário, portanto, uma escolha. A incerteza quanto ao regime aplicável é fonte de insegurança; o oposto do que é exigido pela ordem jurídica.

⁷⁹⁰SEGURO – Seguro de vida em grupo – Renovações automáticas por 32 anos – Informação da seguradora, com 30 dias de antecedência, de que não renovaria a apólice – Ação de indenização por danos morais proposta pelos segurados – Sentença que pronuncia a prescrição – Inaplicabilidade dos prazos prescricionais ânua, trienal e quinquenal - Incidência do prazo geral do artigo 205 do Código Civil – Prescrição afastada – Responsabilidade pós-contratual – Princípios da boa-fé e da função social do contrato – Afronta pela seguradora – Ato ilícito caracterizado – Indenização por danos morais exigível – Valores não impugnados – Ação procedente – Apelação provida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 29ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível. Processo nº 0152336-05.2008.8.26.0100. Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan. Julgado em 16 de setembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>.)

⁷⁹¹JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, cit., p. 301-302.

Menezes Cordeiro, ao examinar a questão, sustenta a natureza delitual da responsabilidade pela infração aos deveres laterais (deveres acessórios, para o autor). Isto porque, para o autor, os deveres de proteção, lealdade e informação tem natureza legal, assentes na previsão positiva da boa-fé; ou em uma ótica mais técnica: resultariam de mero fato jurídico consistente no início das negociações; na existência de um contrato, atual ou passado ou na vinculação com terceiros. O contrato, nesse caso, seria o pressuposto para a incidência dos deveres⁷⁹².

Continua o autor, para afirmar que não haveria como se vislumbrar, no contrato, deveres não previstos pelas partes através de sua manifestação de vontade. Essa, conforme exposto, limita o objeto contratual, não havendo como se presumir que as partes tivessem previsto a existência desses deveres na avença. Aliás, consoante ressalva, é possível, inclusive, que se tenha vontade clara em sentido contrário. Acrescenta, ainda, com relação à *culpa in contrahendo*, que a natureza legal surge clara nas hipóteses de invalidade, nas quais faltaria o contrato válido para dar suporte aos deveres laterais⁷⁹³. Com efeito, apenas seria possível falar em responsabilidade contratual, na hipótese em que os contratantes especificassem expressamente tais deveres no instrumento contratual.

Éneas Costa Garcia, partindo da premissa de que o cumprimento da prestação principal poria fim globalmente ao contrato, malgrado reconheça a existência de deveres pós-contratuais, igualmente entende que estes seriam decorrentes diretamente do comando normativo da boa-fé e não do regulamento contratual, já extinto. Assim, naturalmente, a responsabilidade civil possuiria natureza extracontratual⁷⁹⁴.

Para o autor, em relação ao contrato, o vínculo surge com a manifestação de vontade das partes, sendo, igualmente, limitado por essa. Com efeito, as partes apenas se vinculariam nos estreitos limites da vontade declarada, sob pena de ofensa ao princípio da autonomia privada. E não haveria como se presumir que os contratantes teriam aderido tacitamente aos deveres pós-eficazes. Logo, tais deveres decorreriam da lei; e não do contrato, por isso, a responsabilidade seria delitual.

Viney, examinando a responsabilidade dos deveres laterais no direito francês, reconhece que a influência do contrato sobre seu conteúdo não é desprezível. Este tem o condão de reforça-los, especificá-los e até dispensá-los, adaptando a norma geral de

⁷⁹²MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., cit., p. 640-647.

⁷⁹³*Id. Ibid.*, p. 640-643.

⁷⁹⁴GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, cit., p. 275.

comportamento à situação dos contratados e ao objetivo que eles perseguem. Assim, por integrar o mecanismo contratual, não seria ilógico concluir que possuem natureza contratual, sancionando sua violação, conseqüentemente, pelas regras da responsabilidade contratual.⁷⁹⁵

A jurisprudência francesa, valendo do então artigo 1.135 – atual 1.195 – do *Code Civil* igualmente alargou o conteúdo da obrigação. O exemplo mais famoso é o caso do *dever de segurança* que os tribunais descobriram, em 1911, no contrato de transporte de pessoas, para posteriormente estendê-lo a todos os tipos contratuais pelos quais um profissional coloca à disposição dos clientes seus equipamentos ou instalações, cujo uso possa ocasionar acidentes⁷⁹⁶

Esse movimento de enriquecimento do contrato teve por objetivo torna-lo um instrumento bem adaptado ao objetivo econômico perseguido. Mas também resultou, como efeito colateral, em uma extensão do escopo da responsabilidade contratual, em especial para os danos causados pelo não cumprimento de deveres estabelecidas em lei para alguns contratos em espécie, de forma supletiva à vontade – como seria, no caso brasileiro, a obrigação de arcar com as despesas de registro e tradição (art. 490 do Código Civil). Isto porque, apesar das partes não serem livres para recusar ou aceitar essas disposições, seria estranho remover do escopo do contrato as questões que o legislador considerou imperativas para sua execução⁷⁹⁷.

No entanto, ainda segundo a autora, cada vez fica mais claro que o dever de segurança está muito mais relacionado à atividade profissional, do que ao contrato, o põe em xeque essa qualificação. No mais, não se pode esquecer que os deveres laterais tem sua origem fora do contrato, em um imperativo geral de conduta.⁷⁹⁸ Apesar não serem totalmente estranhos ao seu conteúdo, posto que muitas vezes manifestam-se na fase de execução, é igualmente importante notar que esses deveres podem aparecer independentemente de qualquer avença, expressando, portanto, regras gerais de conduta⁷⁹⁹. Assim, conclui a autora pela natureza extracontratual da obrigação.

M. Philippe Stoffel-Munk, citado por Rita Jabbour⁸⁰⁰, afirma que a boa-fé se manifesta como uma "*exigência de comportamento no jogo das relações sociais*,

⁷⁹⁵VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, cit., p. 430.

⁷⁹⁶*Id. Ibid.*, p. 500-501.

⁷⁹⁷*Id. Ibid.*, p. 504.

⁷⁹⁸*Id. Ibid.*, p. 504-506.

⁷⁹⁹*Id. Ibid.*, p. 648.

⁸⁰⁰JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, cit., p. 307.

independente de seu caráter contratual ou extracontratual". Com base nessa observação, concluiu o autor ser a boa-fé externa ao contrato, de modo que lhe seria aplicável o regime da responsabilidade delitual.

Na verdade, adotado o entendimento supra, tem-se que a existência, não de um contrato, mas do simples contato entre partes já é o pressuposto necessário para a incidência do princípio da boa-fé objetiva. Desta previsão legal, na forma de cláusula geral, decorrem diretamente os deveres laterais pós-eficazes, e não manifestação de vontade das partes, até porque não haveria como se presumir a anuência a estes deveres. Esta seria externa ao contrato.

Porém, seria isso (*externalidade*) suficiente para afastar a boa-fé do campo contratual? Como bem aponta Jabbour, é possível uma leitura mais ampla da responsabilidade contratual⁸⁰¹. E acrescente-se: especialmente, por meio da importação, já efetuada, da doutrina da violação positiva do contrato de Hermann Staub, pela qual, aplica-se o regime contratual a todos os deveres oriundos da complexidade obrigacional.

Segundo se discorreu no Capítulo 2.3, aludido autor vislumbrou hipóteses de conduta ativa do devedor que poderiam violar o objeto contratual, tais como o cumprimento imperfeito e a ofensa à expectativa criada. Tais hipóteses, no direito Alemão, não se enquadrariam no regime da mora, que se limitava ao não cumprimento da obrigação a seu tempo – conduta passiva; negativa do devedor. Igualmente não encontrariam amparo na responsabilidade delitual, reservada a bens personalíssimos. Assim, pela teoria da violação positiva do contrato, buscou o Staub aplicar analogicamente o regime da mora para solução de tais casos.

Como se extrai de todo o exposto ao longo do trabalho, o contrato é entendido como um instrumento destinado a operações econômicas, com destaque para o seu papel social, ou seja, o interesse que representa para as partes contratantes e para a coletividade. Seu conteúdo vai muito além das disposições mencionadas expressamente⁸⁰², havendo deveres secundários, decorrentes de operações interpretativas; e deveres laterais, oriundos da integração contratual, os quais remanescem eficazes mesmo após a satisfação do interesse de prestação.

⁸⁰¹JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, cit., p. 307.

⁸⁰²VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, cit., p. 500-501.

Inclui-se, portanto, na relação obrigacional, a observância de deveres de condutas para evitar a frustração das vantagens obtidas pelo parceiro contratual. Estes podem, ou não, estarem vinculados diretamente ao interesse de prestação, mas ambos repousam sobre o conteúdo do contrato.

Inseridos no âmbito obrigacional, como resultado da relação jurídica complexa, passam a vincular-se ao *modo* de cumprimento do contrato, razão pela qual, dão ensejo a uma das formas de inadimplemento das obrigações – absoluto, mora ou violação positiva do contrato.

Esses deveres laterais, mantêm sua qualidade de negócios jurídico especialmente qualificados para assegurar a *teles* do contrato. Os deveres pós-contratuais não se dirigem, precipuamente, à obrigação principal, posto que já satisfeita; mas sim ao *fim do contrato*; sua causa sinalagmática, de proteção da outra parte, de seus interesses e sua esfera jurídica⁸⁰³. O cumprimento perfeito da obrigação visa, portanto, a garantia do resultado útil do contrato.

Note-se que a boa-fé tem especial influencia com relação ao modo de cumprimento da prestação. Segundo Westermann: “o *devedor há de comportar-se de maneira que a prestação satisfaça aos interesses do credor, expressos no contrato, e à lealdade para com a outra parte, igualmente deduzível do contrato*”⁸⁰⁴.

Essas obrigações pós-eficazes, decorrem de um critério normativo de justiça consoante o pensamento de círculos amplos, ou de determinados grupos menores (empresários, profissionais liberais, consumidores etc.) aos quais pertençam os contratantes, conforme o caso⁸⁰⁵.

Não destoam a lição de Paula Forgioni, para quem o fim do contrato liga-se à legítima expectativa do contratante, à boa-fé objetiva e a gestão da economia capitalista. Nos contratos empresariais, por exemplo, evita-se a adoção de decisões judiciais que fujam à racionalidade do sistema, que é própria do agente empresarial. Isto porque, o *standard* de conduta a ser adotado pela decisão judicial, nada mais será do que a própria assunção da racionalidade típica dos empresários (conduta socialmente típica) – nos casos de contratos desta espécie – gerando proteção da eficiência das decisões empresariais.⁸⁰⁶

⁸⁰³MOTA, Maurício J. P. Responsabilidade civil pós-contratual, *cit.*, v. 2, p. 161.

⁸⁰⁴WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil alemão: direito das obrigações: parte geral*. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983. p. 45

⁸⁰⁵*Id. Ibid.*, p. 47.

⁸⁰⁶FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 512-514.

Com fulcro nesses mesmos fundamentos, sustenta Rita Jabbour que, apesar da dificuldade da doutrina em atribuir a natureza da responsabilidade pós-contratual, o regime contratual é o mais propenso a responder à preocupação de não alterar as previsões legítimas das partes. O regime da responsabilidade civil delitual mostra-se inadequado ao caso, posto criador de incertezas. Vinculada a responsabilidade ao regime contratual, somente se considerarão os danos relacionados ao objeto do contrato ou à expectativa criada no parceiro contratual.⁸⁰⁷

A responsabilidade civil pós-contratual, assim, exigiria a existência de uma ligação especial entre as partes, exprimida, via de regra, num contrato negocial, ou na veiculação de uma promessa a terceiro determinado⁸⁰⁸. A existência de vínculo pretérito demonstra sua natureza contratual, a qual, como dito, igualmente servirá de limites para a sua configuração. Ausente esse elemento essencial, não haveria se falar na quebra de deveres pós-eficazes de confiança e proteção.

Isto posto, para esta corrente, os deveres laterais pós-eficazes são destinados à proteção do objeto e do adimplemento satisfatório do contrato, estando inseridos no conteúdo intra-obrigacional, de modo que seu fundamento repousaria no próprio negócio jurídico. Logo, seu descumprimento seria regido pela responsabilidade civil contratual.

3.1. A natureza contratual da responsabilidade civil pelo descumprimento de deveres laterais pós-eficazes em sentido estrito

As manifestações pós-eficazes aparentes, continuadas ou virtuais⁸⁰⁹ não ensejam tantas indagações. As primeiras encontram-se positivadas expressamente no ordenamento jurídico, que já atribui seus efeitos. As segundas estão previstas no próprio instrumento contratual, como decorrência da manifestação da vontade das partes, razão adota-se a responsabilidade contratual. E, as obrigações pós-eficazes virtuais, por também encontrarem seu fundamento na própria fonte da prestação principal, não provocam muitas dúvidas.

⁸⁰⁷JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, cit., p. 396.

⁸⁰⁸FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 478. Ressalta-se, contudo, que o autor, apesar de reconhecer a necessidade de uma ligação especial, aloca a natureza jurídica da responsabilidade em uma terceira via.

⁸⁰⁹O conceito de cada uma dessas espécies já foi objeto de estudo no capítulo III, para o qual remete-se o leitor.

A maior divergência doutrinária e jurisprudencial ocorre na categorização da responsabilidade pelo descumprimento de deveres pós-eficazes em sentido estrito, ou seja, extraídos da cláusula geral de boa-fé objetiva, à luz da boa-fé objetiva.

E, se é necessário subsumir a responsabilidade pelos danos decorrentes do descumprimento de deveres laterais pós-eficazes, assiste razão à Rita Jabbour ao sustentar que a escolha em favor da responsabilidade contratual é *natural e necessária*.⁸¹⁰

Não há como manter uma visão restrita do campo contratual, uma vez já admitida a complexidade intra-obrigacional. Como bem pontuam os irmãos Mazeaud o devedor deve conduzir-se de modo a colaborar com o credor, ajudando-o a obter certo resultado⁸¹¹. A existência da obrigação principal arrasta uma série de obrigações laterais, determinadas pelos próprios usos do tráfego, e que variam de conteúdo conforme as circunstâncias.

Desta feita, na conhecida classificação de Mota Pinto, a obrigação compreende os deveres principais de prestação; deveres secundários, autônomos ou acessórios da principal, e deveres laterais, com função de auxílio na realização do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens dos contratantes⁸¹². Assim, esclarece, com razão, que o conteúdo da relação, consistente nos efeitos decorrentes do acordo de vontades, é determinado pelas pela vontade individual e pelos preceitos de direito objetivo. Mas não se quer dizer, com isso, que a obrigação se limita à soma de seus elementos. Como bem aponta o autor, a finalidade negocial estabelece uma íntima relação entre todos os elementos, dotando-a de caráter funcional⁸¹³.

Os deveres laterais, portanto, não são exteriores ao contrato; pelo contrário, o integram. E essa *internalidade* dificulta afastá-los da responsabilidade contratual, mormente, ao se aceitar, como forma de inadimplemento *lato sensu*, o descumprimento de deveres laterais ligados ainda de forma mediata à prestação.

É bem verdade que Menezes Cordeiro⁸¹⁴, como já mencionado, critica a natureza contratual da responsabilidade pós-contratual pela adoção da teoria da violação positiva do contrato, a qual, segundo sustenta, teria amparo apenas no Direito Alemão, ante a dificuldade de tais casos se subsumirem ao regime da mora ou da responsabilidade civil aquilina, tal

⁸¹⁰JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, cit., p. 299.

⁸¹¹MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., p. 425.

⁸¹²PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 336-339.

⁸¹³*Id.* *Ibid.*, p. 373-374.

⁸¹⁴MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimpr., cit., p. 647.

como posta no BGB. Sustenta o autor que em legislações como a portuguesa, na quais existe cláusula geral de responsabilidade delitual, abrangendo, assim, o direito de crédito, tais hipóteses poderiam ser solucionadas sem que se necessitasse recorrer à aplicação analógica da mora⁸¹⁵. Com efeito, o autor mantém seu entendimento pela natureza jurídica extracontratual da responsabilidade, conforme já narrado.

O ordenamento jurídico brasileiro igualmente possui uma cláusula geral de responsabilidade civil no artigo 186 do Código Civil, compreendendo danos de qualquer natureza, ainda que exclusivamente morais, de modo que seria possível a adoção da natureza delitual da responsabilidade civil pós-contratual.

Entretanto, é certo também que o artigo 389 do Código Civil – que dispõe sobre o inadimplemento contratual – ao prever o *modo* de cumprimento da obrigação, não padece da omissão que se verificava na legislação alemã.

Como se extrai das palavras de Ruy Rosado de Aguiar:

*“o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento imperfeito por defeito quanto à forma e ao lugar da prestação, razão pela qual não sentimos a mesma dificuldade enfrentada pela doutrina alemã, que derivou para a teoria da infração contratual positiva. Isso relativamente às obrigações convencionadas, principais e acessórias. A omissão da nossa lei está em deixar de referir a ofensa quanto ao modo da prestação e omitir-se sobre a violação aos deveres secundários, emanados diretamente da boa-fé.”*⁸¹⁶

Desta feita, mesmo para a adoção do regime contratual, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, não haveria a necessidade de se recorrer à analogia. A lacuna do direito nacional é meramente conceitual⁸¹⁷, bastando incidência direta do artigo 389 do Código Civil, auxiliado pelo artigo 422 do mesmo *Codex*.

Como já salientado, tendo por finalidade a proteção da pessoa, dos bens e dos interesses decorrentes da posição obtida pelo contratante, os deveres pós-eficazes aproximam-se muito mais do *modo* de cumprir a obrigação, do que a uma violação do *neminem laedere*.

⁸¹⁵MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimpr., cit., p. 647-648.

⁸¹⁶AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., p. 126.

⁸¹⁷Como já se sustentou no capítulo 4.2.1

Essa tendência pode ser bem observada na evolução do dever de segurança atribuído ao contrato de transportes, já descrita nos capítulos acima, malgrado se trate de dever lateral incidente na fase de execução do contrato, e não posterior. Savatier narra que arestos mais antigos, impunham à vítima o ônus de demonstrar a falta do transportador. Porém, a jurisprudência mais recente tem considerado a responsabilidade como contratual, decorrente do dever de conduzir o viajante “*sain et sauf*”.⁸¹⁸ Aguiar Dias distingue-o do dever geral de prudência e diligência. Este, imposto a todas as pessoas, consiste no dever de evitar o acidente, sendo a prova da inobservância encargo da vítima. Já o dever de segurança, imposto especificamente ao transportador, é uma obrigação determinada; uma promessa de que não haverá acidente, na qual confia o passageiro.⁸¹⁹

Bem se vê, assim, que o descumprimento de deveres laterais pós-eficazes, mormente os de proteção, não podem ser entendidos como a mera inobservância da regra geral de não lesar outrem. Conquanto extinto o contrato, é partir dele – por meio da cláusula geral de boa-fé objetiva, é verdade – que irradiam os deveres laterais pós-eficazes.

Na lição de Mauricio Mota, que anteriormente já foi adepto da teoria aquiliana⁸²⁰, a pós-eficácia é decorrentes da *causa final* ou do *fim do contrato*, que deve considerar o interesse comum das partes, no sentido do cumprimento útil do objeto do contrato, tomado esse como um processo, que se estende desde das tratativas, até o momento posterior a extinção das obrigações nucleares, de modo que não se frustrate as vantagens e prerrogativas obtidas pela avença⁸²¹.

A inobservância dos deveres laterais pós-eficazes de proteção, frustrando essas expectativas, dá ensejo ao cumprimento imperfeito da obrigação por violação positiva do contrato. Revela-se, assim, sua ligação com o vínculo prévio existente entre as partes.

E, como já abordado alhures, o fator de diferença entre as categorias clássicas da responsabilidade consiste, justamente, na existência, ou não, de um vínculo válido, específico e anterior, entre o autor do dano e a vítima. Existindo, será hipótese de responsabilidade civil contratual.

⁸¹⁸SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, cit., t. 1, p. 143.

⁸¹⁹DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 180-181.

⁸²⁰MOTA, Mauricio J. P. A pós-eficácia das obrigações, cit.

⁸²¹MOTA, Mauricio J. P. Responsabilidade civil pós-contratual, cit., v. 2, p. 157-159.

Como conclui-se no capítulo 3.1, não difere dos pressupostos para haver um período pós-contratual. Pressupõe-se igualmente a existência de um contrato anterior válido, que não foi prorrogado, e que atingiu o interesse de prestação.

Sem o vínculo anterior, não há pós-eficácia e sequer os *deveres laterais pós-eficazes em sentido estrito* se configuram. Seu conteúdo é formado a partir da finalidade do contrato, não sendo passíveis de enumerações apriorísticas. Como bem afirma Mota Pinto os deveres laterais são instrumentais; surgem como elementos de um processo obrigacional em desenvolvimento a serviço do fim do contrato. Este que lhes dá seu conteúdo, segundo sua essência, como algo funcional ao contrato, criando condições para a satisfação do interesse de prestação.⁸²²

Inserem-se, portanto nos limites contratuais (*internalidade*). E, tomada esse fenômeno em sua complexidade total, os deveres laterais terão natureza normativa-obrigacional.⁸²³ Existem, portanto, independentemente de sua violação⁸²⁴, em situações nas quais serão extintos pelo cumprimento ou pela alteração das circunstâncias.

Parece também ser esse o sentido do *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, após a reforma do direito das obrigações de 2002. Em seu §241 passou a dispor que a obrigação abrange, além do direito de crédito, o respeito aos direitos, aos interesses legais e aos interesses da outra parte⁸²⁵. Ao utilizar em sua epígrafe, a expressão *deveres proveniente da relação*, entende Dantas Junior que o conceito de obrigação ficou mais claro e expressamente ampliado, passando a abranger não apenas a prestação principal, como também os deveres laterais que dela decorrem.⁸²⁶

⁸²²PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 348-349.

⁸²³SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 88. O autor diferencia a contratualidade dos deveres laterais e responsabilidade contratual. Afirma que a segunda não decorre apenas da primeira, devendo ser examinados outros aspectos. Ressalva, assim, que sua crítica destina-se exclusivamente, aos argumentos de defesa da contratualidade dos deveres laterais fundados exclusivamente na análise da responsabilidade civil, posto que restritivos.

⁸²⁴PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 348. O autor rejeita a conclusão de alguns autores no sentido de que os deveres laterais apenas surgiriam com quando o comportamento de uma das partes afetar danosamente o interesse da outra.

⁸²⁵BGB: §241: “*Pflichten aus dem Schuldverhältnis. (1)Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (2)Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.*” (tradução livre: §. 241. Deveres decorrentes da obrigação. Em virtude da obrigação, o credor tem o direito de exigir pagamento do devedor. A desempenho também pode consistir em uma omissão. A obrigação pode, de acordo com o seu conteúdo, obrigar cada parte a respeitar os direitos, os interesses legais e os interesses da outra parte).

⁸²⁶DANTAS JUNIOR, Aldemiro R. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, cit., p. 214-215.

Canaris, ao comentar a Lei de modernização dos direitos das obrigações, lembra que a redação anterior possuía uma deficiência importante, por não conter regras para o cumprimento defeituoso, o que justificou o desenvolvimento da teoria da “violação positiva do contrato”. Após a reforma, o *BGB* passou a enquadrá-la em uma cláusula geral de inadimplemento não específico, contida no §280, que rege todas as indenizações por execução defeituosa.⁸²⁷ Essa, por estar inserida no livro das obrigações, na seção referente ao seu conteúdo, parece reforçar a natureza contratual da responsabilidade pelos danos.

O ato de vincular-se juridicamente decorre do exercício da autonomia privada. No desempenho de sua liberdade contratual a pessoa opta por ingressar na relação jurídica, ciente da complexidade intra-obrigacional dela originada – inclusive com a presença de deveres laterais pós-eficazes, ainda que a serem concretizados em momento posterior. Percebe-se, portanto, a íntima relação entre os deveres laterais e o vínculo anterior válido, o qual determinará sua incidência e seu conteúdo.

Sem o exercício da autonomia privada, com a criação de um vínculo anterior, válido e específico entre as partes, os casos de *culpa post pactum finitum* possivelmente não se configurariam.

Tome-se os exemplos narrados nos capítulos anteriores. No caso da vista, se o construtor que adquiriu o monte de frente ao terreno da autora – com a finalidade de nele construir – não fosse o mesmo que lhe vendeu o referido terreno sob a promessa de que não seriam feitas construções no monte, em razão do plano de urbanização então vigente, provavelmente nenhuma pretensão ela teria para impedir o obra ou receber indenização.

No caso dos casacos, se a própria autora não tivesse encomendado os desenhos dos casacos, também não poderia obstar a comercialização pelo fornecedor.

Ou ainda, no caso da compradora escorraçada, a resolução do contrato, pela perda posterior da posse, entendida como o descumprimento de dever lateral pós-eficaz em sentido estrito, não ocorreria se o ato fosse praticado por terceiros, que não o próprio vendedor do bem.

Denota-se, portanto, que o exercício da autonomia privada, com a criação de um vínculo específico, anterior e válido entre o autor do dano e a vítima é essencial para a identificação de uma fase pós-contratual e para existência de deveres pós-eficazes em

⁸²⁷CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. [Exposição gravada e revista pelo autor. XXII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado na EMERJ em 03-09-2003]. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 118-119, 2004. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista27/revista27_108.pdf.

sentido estrito. Consequentemente, necessário para a configuração da *culpa post pactum finitum*.

As eventuais limitações à autonomia privada⁸²⁸, em verdadeiro dirigismo contratual, não possuem a capacidade de alterar tal conclusão. Conforme assevera Savatier, a responsabilidade contratual é fundamentada na autonomia das partes. Mesmo quando imposto certo dirigismo contratual, a lei faz da vontade das partes a base dos contratos, fazendo-os depender de um acordo fundamental.⁸²⁹

E, a responsabilidade pós-contratual depende desse acordo prévio. Ela decorre da violação de dever lateral pós-eficaz à satisfação do interesse de prestação, o qual, fundado na boa-fé, irradia-se do contrato extinto, guardando, com ele, íntima relação.⁸³⁰

Somente se teria tutela extracontratual, se os deveres laterais estivessem fora do conteúdo contratual, o que, de fato, não parece adequado, conforme sustenta Mota Pinto. Os interesses tutelados, apesar de não se confundirem com a prestação principal, estão coenvolvidos no interesse contratual⁸³¹. E, a responsabilidade pós-contratual consiste no dever de “*omitir comportamentos susceptíveis de prejudicar o fim do contrato*”⁸³². Vê-se, portanto, que o interesse protegido integra o vínculo jurídico preexistente.

Charles Fried também refuta os defensores da tese de que o que não está escrito no contrato é regido pela responsabilidade extracontratual. Para o autor essa conclusão esbarra na adequada interpretação do texto⁸³³. Não compete aos tribunais tornarem as partes generosas, virtuosos ou altruístas umas com as outras (reconhecendo um dever geral), mas sim interpretar o contrato efetivamente firmado entre as partes, considerando que este possui uma finalidade própria perquirida por elas. E, valendo-se das lições de Markovits, aponta que a boa-fé serve como um conceito interpretativo, que se estende até onde o próprio contrato permita. Até mesmo nos casos em que o Tribunal deixa “*the loss lie where it falls*”, presta homenagem ao disposto entre as partes.⁸³⁴

⁸²⁸Vide Capítulo 1.1 desta dissertação.

⁸²⁹SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, cit., t. 1, p. 136-138.

⁸³⁰TREVISAN, Marco Antônio Responsabilidade civil pós-contratual, cit., p. 212.

⁸³¹PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 342. Para o autor, até mesmo a responsabilidade pré-contratual se submeteria ao regime da responsabilidade contratual. Isto porque, o art. 227º do Código Civil Português fundamentaria a ideia de existência de vínculos especiais entre os participantes em negociações (*Id. Ibid.*, p. 353).

⁸³²*Id. Ibid.*, p. 354.

⁸³³FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*, cit., p. 157.

⁸³⁴*Id. Ibid.*, p. 158-159.

Dessa forma, bem demonstra o autor que os deveres laterais, ainda que pós-eficazes, buscam seu fundamento, através da boa-fé, na promessa realizada no contrato anteriormente firmado. Nesta toada, em vista de seus pressupostos, impõe-se, *naturalmente*, a conclusão pela responsabilidade contratual, ante a necessidade de um vínculo anterior e válido, e da internalidade contratual dos deveres laterais pós-eficazes.

Por certo que estes deverão ser essencialmente ligados à execução ou garantia das vantagens contratuais. Outros deveres não relacionados com o contrato, tais como o de não roubar ou não danificar o patrimônio de outrem, encontra-se fora do âmbito contratual, sendo tutelados pela regra geral da responsabilidade extracontratual, aquiliana ou objetiva.

Marco Trevisan⁸³⁵ aponta a importância dessa relação íntima entre deveres laterais pós-eficazes e o contrato firmado, expondo que nos casos em que a conduta, por si só, já é ilícita à luz do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, dispensa-se o recurso à teoria da *culpa post pactum finitum*. A necessidade da construção jurisprudencial – e depois doutrinária – sobre esse fenômeno derivou justamente das hipóteses em que a conduta, tomada individualmente, seria lícita, mas, indo de encontro aos deveres laterais emanados da cláusula geral de boa-fé, torna-se fonte de responsabilidade.

São ontologicamente diversas as hipóteses do vendedor que, após a alienação de um veículo, colide acidentalmente com este; e do vendedor que, após a venda, vem a tomar conhecimento de possível defeito do bem, e não o informa ao comprador.

É interessante o apontamento do autor acima para se visualizar a natureza contratual da responsabilidade. No entanto, não significa retirar do âmbito dos deveres laterais da boa-fé, e conseqüentemente da *culpa post pactum finitum*, todas as condutas que por si só já sejam ilícitas. Existem condutas ilícitas por si só que, vinculadas ao dever lateral pós-eficaz de proteção, atraem todo o regramento da responsabilidade contratual⁸³⁶.

A internalidade ao contrato constitui, também, o limite da própria extensão dos danos indenizáveis, excluindo hipóteses não vinculadas à finalidade contratual. A possibilidade de averiguar o futuro da relação obrigacional é uma das pedras angulares do contrato e da

⁸³⁵TREVISAN, Marco Antônio Responsabilidade civil pós-contratual, *cit.*, p. 213.

⁸³⁶ No capítulo II colacionou-se julgado do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, admitindo a possibilidade de uma conduta ilícita por si só ensejar a *culpa post pactum finitum*. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 588.042.580/RS. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 16 de agosto de 1988. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc.>)

confiança dele originada. Partindo-se dessas previsões, a categoria que melhor permite o cálculo dos riscos é o da responsabilidade contratual.⁸³⁷

Isto porque, a falta contratual ocupa um terreno definido e limitado, consistindo na inexecução, previsível e evitável, por um dos contratantes, de uma obrigação nascida de um contrato.⁸³⁸

No direito Francês e Italiano a questão da previsibilidade ganha maior relevo, porque, nestes ordenamentos, não havendo dolo, o devedor é responsável apenas pelos danos previsíveis. Tal limitação também incidiria nos casos de responsabilidade civil pós-contratual, a demonstrando a importância do vínculo anterior.

O artigo 1225 do *Codice Civile*, fundamentado na tácita vontade contratual do devedor de não assumir o risco de um prejuízo extraordinário e imprevisível⁸³⁹, possui a seguinte redação:

“Art. 1225 Prevedibilità del danno: Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione.”

Semelhante é a redação do artigo 1.231-3 (antigo artigo 1.150), do *Code Civil* inserido na subseção *“La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat”*:

“Art. 1231-3 Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.”

Malaurie, Aynès e Stoffel-Munck entendem que o artigo 1.231-3 representa uma exceção, limitando aos danos reparáveis ao previsíveis no momento da conclusão do contrato, salvo em casos de inexecução dolosa. Esclarece-se, ainda, que a previsibilidade distingue-se da noção de danos diretos e imediatos. Estes relacionam-se com a causalidade; aqueles consistem na determinação do dano reparável.⁸⁴⁰

⁸³⁷JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, cit., p. 302-306.

⁸³⁸SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, cit., t. 1, p. 136.

⁸³⁹BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, cit., p. 171.

⁸⁴⁰MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. 8. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - L.G.D.J, 2016. p. 553-554. (Collection Droit Civil). Os autores mencionam que a jurisprudência, de longa data, aplica a previsibilidade aos casos de perda do objeto transportado (Cass. Civ., 29 déc 1913, DP, 1916.I.117).

Optando-se por preservar a previsibilidade das partes, responsabilidade civil extracontratual não se mostra a mais adequada, justamente por alcançar danos imprevisíveis. Examinando o tema à luz do direito francês, sustenta Rita Jabbour que as partes, ao engajarem-se contratualmente, buscam antecipar os incidentes naturalmente relacionados ao objeto contratual. Porém, na responsabilidade delitual, as partes tem dificuldades de prever os riscos assumidos, até porque, as condutas levemente danosas equiparar-se-iam ao dolo ou má-fé. Por tais razões, entende que sua adoção deve ser contestada⁸⁴¹.

As partes projetam suas expectativas com base no programa de contratação. E, se contratar é prever, a responsabilidade deve igualmente ser guiada pela previsibilidade⁸⁴², reforçando-se a conclusão pela natureza contratual.

No direito brasileiro, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, Agostinho Alvim⁸⁴³ já ensinava que nosso sistema não adotou o critério da *previsibilidade*, respondendo o devedor ilimitadamente pelo dano causado. A única restrição – mantida no Código Civil de 2002 – seria a adstrição aos danos diretos e imediatos, matéria afeta ao nexo causal, como acima exposto. Dessa forma, talvez não vislumbre grande vantagem na utilização desse fator de distinção. Nos ordenamentos que adotam a previsibilidade do dano como requisito para aferição de sua extensão, a natureza contratual avulta mais proeminente, em face da previsibilidade do dano.

Mas, ainda assim, a ideia subjacente permite visualizar o âmbito mais largo da responsabilidade extracontratual. Esta é pautada pelo *nenimem laedere*, que a todos é imposta, e que não pode ser confundido com o dever do contratante de assegurar, ao parceiro contratual, o gozo das vantagens e benefícios oriundos do negócio jurídico.

A opção pela natureza contratual da responsabilidade civil pós-contratual é, ainda, *necessária*. Apesar a existência de vozes em contrário, verifica-se que é instrumentalmente mais benéfica a posição do lesado na responsabilidade civil contratual. O simples inadimplemento injustificado da obrigação contratual já induz culpa e demonstra o dano, de modo que há a inversão do ônus da prova, competindo ao devedor comprovar uma das hipóteses de exoneração da responsabilidade (como o caso fortuito; força maior, fato

⁸⁴¹JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, cit., p. 304-305.

⁸⁴²*Id. Ibid.*, p. 396.

⁸⁴³AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., p. 182.

exclusivo de terceiro etc.). Já na responsabilidade civil delitual, o ônus da prova quanto a culpa, o dano e o nexo de causalidade, são do lesado⁸⁴⁴.

Malgrado possa se argumentar que na responsabilidade contratual seja ônus do lesado demonstrar a existência do dever decorrente da boa-fé, o que poderia mitigar as diferenças quanto ao ônus probatório, certo é que em melhor situação encontra-se o lesado que necessita comprovar apenas o descumprimento⁸⁴⁵.

Importante, ainda, a observação de Jorge Cesa⁸⁴⁶, de que a vantagem da responsabilidade contratual não se esgota no ônus probatório, servindo, ainda, para melhor solucionar a questão do inadimplemento e da exceção do contrato não cumprido. Isto porque, se a natureza é delitual, a cada dano provocado apenas resta ao lesado a opção de ajuizar uma ação indenizatória, cumprindo corretamente sua prestação contratual, porquanto, inexistente qualquer causa para a resolução pelo inadimplemento.

Por outro lado, tratando-se de responsabilidade contratual, o descumprimento do dever lateral pode justificar a invocação do instituto da *exceptio non adimpleti contractus*, com a consequente retenção de sua prestação.

Obviamente, que não é permitido que a exceção seja exercida sob qualquer condição. Ela deve ter por pressuposto uma violação suficientemente grave. Mas a parte prejudicada deve poder invocá-la, com fundamento à deslealdade do outro contratante, quando grave e manifesta. Jabbour informa que o Tribunal de Apelação de Paris parece favorável a essa tese, conforme se extrai de aresto de 10 de outubro de 2003⁸⁴⁷. E, a existência desse ‘remédio’ à violação da boa-fé fortalece sua afiliação ao contrato.

Por certo que tais previsões ligam-se muito mais aos deveres contemporâneos à fase de execução do contrato, mas bem demonstram a ligação dos deveres laterais com o vínculo

⁸⁴⁴DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo, *cit.*, p. 61.

⁸⁴⁵Em sentido oposto: Menezes Cordeiro sustenta que o lesado encontraria maior dificuldade em demonstrar a própria existência do dever de proteção e lealdade que tenham sido descumpridos (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr., *cit.*, p. 639). Entretanto, neste particular, ousa-se discordar autor. Conforme se expôs, a responsabilidade pela *culpa post pactum finitum* abrange condutas que, por si só, seriam lícitas; mas que assumem o caráter ilícito, em virtude do confronto com a boa-fé. Assim, a demonstração de um dever de conduta violado sempre será necessário para a configuração da responsabilidade, seja na delitual, seja na contratual.

⁸⁴⁶SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, *cit.*, p. 87. O autor expõe que a responsabilidade pré-contratual também seria de natureza contratual, porquanto, vinculada a uma virtual execução do contrato (*Id. Ibid.*, p. 101).

⁸⁴⁷JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *cit.*, p. 296. A autora refere-se ao seguinte julgado: CA Paris, 25^a ch. Sect.B, 10 oct. 2003, nº 2002/08010.

contratual, o qual justifica a persistência de alguns de seus efeitos para o momento pós-contratual.

Acrescente-se, ainda, que, tratando-se de responsabilidade extracontratual aquiliana, até mesmo a falta mais leve poderia dar ensejo à uma ação reparatória, porquanto *in lex aquilia et levissima culpa venit*⁸⁴⁸, acarretando o problema narrado por Rita Jabbour, consistente na dificuldade dos contratantes de avaliarem os riscos envolvidos no negócio.

Por outro viés, na responsabilidade contratual, as pequenas faltas, que não comprometem a causa final da avença, não podem ser alegadas como fundamento de uma pretensão indenizatória, tampouco ensejar a utilização da exceção do contrato não cumprido. Consequentemente, concede-se maior segurança aos negócios jurídicos e à legítima expectativa da outra parte.

Desta feita, releva-se mais coerente ao sistema a adoção da natureza contratual da responsabilidade pelo descumprimento de deveres laterais pós-eficazes.

Geneviève Viney⁸⁴⁹, apesar parecer ser contrária a ideia, aponta a tendência jurisprudencial pela natureza contratual, posto que, nessas situações, não se pode ignorar o contrato. Expõe aresto da *Cour de Cassation* sobre contrato de locação. No caso, o locador informou seu interesse em não mais continuar com locação, fixando o prazo obrigatório para a desocupação. Contudo o locatário permaneceu no imóvel e sobreveio um incêndio que o destruiu. Nesse caso, malgrado já extinto o contrato, o Tribunal entendeu que o dever pós-eficaz de entregar o imóvel em perfeitas condições rege-se pela responsabilidade contratual – no caso, o art. 1.733 do Código de Napoleão.

No mais, a opção pela responsabilidade civil contratual da *culpa post pactum finitum* não é incompatível com a existência de uma responsabilidade pré-contratual ou com a questões envolvendo contratos nulos.

A uma, porque, malgrado os deveres laterais norteiem tanto a fase pré-contratual como a pós-contratual, a natureza da responsabilidade civil de cada uma destas fases pode ser distinta.

Na *culpa in contrahendo*, bem como nas hipóteses de contrato nulo, ante a inexistência de qualquer vínculo válido anterior entre as partes, a violação aos deveres

⁸⁴⁸Ulpiano, Digesto, Livro 9, 2, 44. A expressão latina é traduzida por Conselheiro Vasconcellos, da seguinte forma: “na lei aquiliana compreende-se até a culpa levíssima. (DIGESTO ou Pandectas do Imperador Justiniano: Livros 5-11. Tradução brasileira por Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos, *cit.*, v. 2, p. 184).

⁸⁴⁹VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, *cit.*, p. 545-546.

laterais poderá ensejar a responsabilidade extracontratual. Nesses casos, busca-se, via de regra, o retorno à situação em que a parte estaria se não tivesse confiado (interesse negativo)⁸⁵⁰. O mesmo ocorre nas hipóteses da tutela externa do crédito, cuja possibilidade de defendê-lo contra terceiros já está inserida da regra geral da responsabilidade civil⁸⁵¹. Por outro lado, na *culpa post pactum finitum* denota-se, com se viu acima, a imprescindibilidade do vínculo anterior e a frustração quanto à expectativa de manutenção das vantagens contratuais (interesse positivo), para configuração da responsabilidade, razão pela qual, esta subsome-se em contratual⁸⁵².

Massimo Bianca⁸⁵³ igualmente distingue a responsabilidade pré-contratual, da violação do dever de proteção. Aquela sustenta ser extracontratual, inserida no dever de não lesar a liberdade negocial. Mas o dever de proteção, por estar fincado no conteúdo do débito, correspondendo a prudência com a esfera jurídica do credor, possuiria natureza de responsabilidade civil contratual.

A duas, porque afigura-se correta a conclusão de Junqueira de Azevedo, cujas razões, apesar de referirem-se à responsabilidade pré-contratual, são extensíveis à *culpa post pactum finitum*:

“Pessoalmente, tendo em vista nossa idéia de que o contrato é um processo (uma sucessão de ‘tempo’, como ocorre com o próprio negócio jurídico), que vai, desde a fase pré-contratual, passando à fase contratual, distribuída em três fases menores (conclusão do contrato, eficácia do contrato e execução/adimplemento do contrato), e indo até a fase pós-contratual, todas subordinadas à boa-fé objetiva, pensamos que, embora surgindo de ato ilícito, a responsabilidade pré-contratual, por se tratar de descumprimento de deveres específicos, gerados pela boa-fé objetiva, deva submeter-se ao tratamento da responsabilidade contratual; haverá lugar, portanto, para a presunção de culpa, capacidade contratual, prescrição idem, etc. Os danos emergentes e os lucros cessantes devem ser os de interesse negativo.”⁸⁵⁴

O fato de não se tratarem de deveres expressos não impede esta conclusão, porquanto há outros deveres impostos legalmente que se vinculam aos contratos e cujo descumprimento

⁸⁵⁰STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 111-117.

⁸⁵¹MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimpr., cit., p. 647.

⁸⁵²Para uma melhor compreensão sobre o par conceitual “interesse positivo” e “interesse negativo”, recomenda-se: STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*, cit.

⁸⁵³BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*, cit., p. 562.

⁸⁵⁴JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 175.

enseja a responsabilidade contratual. Na classificação de Larenz, seriam normas complementares de incidência obrigatória.⁸⁵⁵

Também aparenta ser esta a opção feita pelo legislador Alemão ao editar a Lei de modernização do direito das obrigações em 2002 (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*). Conforme lição de Carl Friedrich Nordmeier, as situações que no direito anterior eram solucionadas pela violação positiva do contrato (*positive vertragsverletzung*), atualmente estão elencadas no § 241º, no Título correspondente ao adimplemento das obrigações, distinguindo entre as obrigações ligadas à prestação principal, no inciso I, e relacionadas a deveres laterais, no inciso II⁸⁵⁶. Ambas são consideradas pela BGB hipóteses de inadimplemento contratual, que ocasionam a responsabilidade civil respectiva.

No sentido da responsabilidade contratual, tem-se, ainda, o arresto do Colendo Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a existência de inadimplemento contratual pela violação dos deveres anexos (apesar de que, no caso, não se referia especificamente a deveres pós-eficazes):

Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. - O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. - O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. - A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. - A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o quantum determinado revela-se irrisório ou exagerado. Recursos não providos. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 595.631 – SC, 3ª Turma, Rel Min. NANCY ANDRIGHI, j. 08/06/2004)⁸⁵⁷. Sem grifos no original.

Da jurisprudência do Tribunal Bandeirante, extrai-se voto do Des. Francisco Loureiro, proferido aos 13.11.2008 nos autos da Apelação Cível nº 361.396-4/4⁸⁵⁸, na qual, ao referir-se aos deveres pós-eficazes, já pontuava que:

⁸⁵⁵LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1., 122-123

⁸⁵⁶NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão: a reforma de 2002, *cit.*, p. 215-216.

⁸⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Terceira Turma. Recurso Especial nº 595.631/SC. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 08 de junho de 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1308529&num_registro=200301657327&data=20040802&tipo=5&formato=PDF.

⁸⁵⁸INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Informações contendo erro material quanto ao período trabalhado prestadas pela empresa ré a respeito de antiga empregada - Competência da Justiça

“Alguns desses deveres persistem até mesmo após a cessação do contrato, integrando o campo da responsabilidade pós-contratual, como no presente caso. A razão disso é simples. Não são prestações reguladas explicitamente pelas partes, mas sim deveres de conduta que têm causa no contrato e se projetam no tempo, após a sua extinção. Fundamental conhecer a natureza jurídica da responsabilidade pós-contratual. A melhor doutrina entende ter fundamento na responsabilidade contratual, e não na extracontratual, ou aquiliana”. Grifei.

Outro caso que se extrai da jurisprudência brasileira, agora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, é a obrigação da seguradora, após a aquisição do veículo com o pagamento da indenização securitária, de transferir o registro do bem para seu nome perante o órgão de trânsito, reconhecendo-se, aí, uma obrigação pós-contratual⁸⁵⁹. Particularmente interessante esse julgado porque não apenas opta pela natureza contratual

Comum, em razão da sentença de Primeiro Grau ter sido proferida antes da EC 45/04 - Responsabilidade pós-contratual e violação de deveres laterais com origem na boa-fé objetiva - Informações prestadas cinco anos após o desligamento e sem seguro nexos de causalidade com prolongado período de desemprego - Carteira de trabalho da autora que continha corretas informações e poderia ser usada para dirimir qualquer dúvida - Ausência de nexos de causalidade entre o erro material e os danos alegados pela autora - Recurso provido, para o fim de julgar a ação improcedente - Recurso adesivo prejudicado. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 4ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível. Processo nº 9113042-35.2004.8.26.0000* [antigo 361.396-4/4]. Relator: Francisco Loureiro. Julgado em 12 de novembro de 2008. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>).

⁸⁵⁹“CIVIL E PROCESSO CIVIL. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO REJEITADA. PRETENSÃO QUE NÃO DECORRE DE VIOLAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. OBRIGAÇÃO PÓS-CONTRATUAL. VEÍCULO AUTOMOTOR ROUBADO, RECUPERADO E TRANSFERIDO POR TRADIÇÃO À SEGURADORA APÓS PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DO SINISTRO. DEVER DA SEGURADORA DE OPERAR A TRANSFERÊNCIA JUNTO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO. ALEGAÇÃO DE FORÇA MAIOR QUE NÃO PROCEDE. DANO MORAL CARACTERIZADO. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC. JUROS MORATÓRIOS ARBITRADOS CONFORME ART. 406, DO CC. TERMO INICIAL. VERBA HONORÁRIA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. **A responsabilidade discutida não decorre de violação de obrigação principal do contrato, mas de um dever de conduta imanente à figura dos sujeitos do contrato, pautado no princípio da boa-fé, pois se trata de obrigação pós-contratual (culpa post pactum finitum), não se aplicando, pois, a regra da prescrição prevista no art. 206, § 1º, inciso II, alínea “a”, do CC.** 2. Incontroverso nos autos que a seguradora efetuou o pagamento da indenização à autora em razão do sinistro, e, por isso, adquiriu a propriedade do automóvel recuperado pelo sistema da tradição. Logo, ao adquirir o veículo, deveria, no prazo de 30 dias, providenciar a transferência da propriedade junto ao DETRAN, conforme estabelece o art. 123, § 1º, do CTN. 3. **A negligência da seguradora viola o princípio da boa-fé, o que gera a obrigação de ressarcir os danos morais advindos da falta de cumprimento dos deveres anexos ao contrato de seguro entabulado, mormente porque o nome da autora foi inscrito na Dívida Ativa do Distrito Federal.** 4. O dano moral é in re ipsa, o que significa dizer que é uma consequência jurídica que se opera independentemente de prova do prejuízo. 5. Em se tratando de indenização por danos morais, a data da fixação é o marco para a incidência de correção monetária e de juros moratórios. 6. A correção monetária deve seguir a variação do INPC, índice que melhor reflete a reposição do valor nominal da moeda. 7. Na inexistência de convenção, devem os juros de mora ser fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, qual seja, de 1% (um por cento) a.m, a teor do art. 406, do Código Civil de 2002. 8. Honorários advocatícios arbitrados na sentença no mínimo legal, em observância da regra do art. 20, § 3º, do CPC. 9. Dar parcial provimento ao recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF. 4ª Turma Cível. *Apelação Cível nº 2006071016999-3APC*. Relator: Hector Valverde Santana. Julgado em 15 de julho de 2009. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>). Grifei.

da responsabilidade civil pela *culpa post pactum finitum*, fazendo expressa referência ao instituto, mas também porque adota o prazo prescricional decenal do artigo 205 do Código Civil quanto a obrigação de fazer pós-eficaz (transferência do veículo), mantendo a coerência da solução outorgada, e enfrentando uma das grandes dificuldades do assunto – a construção de uma sistemática adequada ao ordenamento pátrio.

No mesmo sentido, ainda, diversos acórdãos do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Este, ao dispor sobre a divisão de competências de suas turmas em razão da matéria, diferenciou-as com base na natureza da responsabilidade civil: *delitual* ou *contratual*. Nos acórdãos estudados, reconheceu-se que a ofensa a deveres acessórios pós-contratuais atrairia a atuação das Turmas com competência para julgamento das causas envolvendo a responsabilidade contratual⁸⁶⁰.

Isto posto, vislumbra-se uma tendência pela responsabilidade civil contratual. Inclusive, nota-se, pelo teor dos acórdãos, que a natureza contratual decorreria da adoção da teoria da violação positiva do contrato.

Conclui-se, assim, que os deveres laterais pós-eficazes, decorrentes do vínculo contratual, possuem como desiderato dirigir as partes à realização da finalidade negocial, produzindo o resultado útil do contrato e assegurando as pessoas e os bens dos contratantes. Com vistas à realização dessa finalidade, é que as partes assumem posições jurídicas cujos interesses devem ser protegidos.

A quebra dessa expectativa, por ato do outro contratante, por vincular-se a elemento integrante da relação negocial, subsume-se em hipótese de inadimplemento *lato sensu*, evidenciando-se a natureza contratual da responsabilidade civil pela ofensa aos deveres pós-eficazes. Os deveres laterais pós-eficazes geram, assim, nas palavras de Cavalieri, “*a continuidade, no tempo, da relação obrigação*”⁸⁶¹.

⁸⁶⁰Por todos: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RELAÇÃO CONTRATUAL. DÍVIDA QUITADA. DISCUSSÃO SOBRE A LICITUDE DA INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DEVERES ACESSÓRIOS DE CONDUTA E FASE PÓS-CONTRATUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. COMPETÊNCIA RECURSAL. Cuidando-se de recurso interposto de sentença proferida em ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais, em que se controverte sobre a licitude do registro correspondente a dívida quitada contraída em virtude de contrato de prestação de serviços, o recurso desborda da competência desta 9ª Câmara Cível. Art. 11, V e § 2º da Resolução nº 01/98, que alterou parcialmente o Regimento Interno desta Corte. COMPETÊNCIA DECLINADA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70070664370/RS 0276631-35.2016.8.21.7000. Relator: Liége Puricelli Pires. Julgado em 31 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc.>)

⁸⁶¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 348.

Reforça essa conclusão a essencialidade que o vínculo anterior possui para a identificação do período pós-contratual e para a definição dos deveres pós-eficazes.

Apesar das críticas que a adoção dessa posição possa sofrer, não se pode descurar que ela confere maiores privilégios ao lesado, em especial quanto ao ônus probatório, prazos prescricionais e às condutas passíveis de serem adotadas. Tais consequências práticas são percebidas pelos julgadores que, na busca da reparação integral dos danos sofridos, enveredam-se pela natureza contratual.

3.2. A terceira via da responsabilidade civil

Não obstante a larga discussão acima, há, ainda, quem posicione a violação dos deveres laterais – e não somente os pós-eficazes – como uma terceira via de responsabilidade.

A ideia surgiu inicialmente no trabalho de Claus-Wilhelm Canaris. De acordo com o Menezes Leitão, a terceira via se situaria no linear entre a proteção de bens jurídicos, realizada pela responsabilidade civil aquilina; e a proteção ao inadimplemento, regada pela contratual. Teria por conteúdo deveres específicos (*sonderverbindungen*), superiores aos deveres genéricos, que não se confundiriam com os pressupostos das duas formas clássicas⁸⁶².

Defendem os adeptos desta teoria que os deveres laterais não são obrigações no sentido técnico, mas comportamentos que decorrem dos deveres de proteção, informação e lealdade. Dessa forma, apesar de advirem do contrato, não se confundem com a obrigação principal, não integrando a prestação, de modo que inviável a aplicação da responsabilidade contratual propriamente dita⁸⁶³.

Por outro lado, não se confundiriam também com o dever genérico de não lesar outrem, mesmo porque, a avença, embora extinta, continua a produzir efeitos, tratando-se de pós-eficácia propriamente dita. O princípio do *neminem laedere*, portanto, atuaria apenas no âmbito das relações anônimas, e não no dever entre os ex-contratantes⁸⁶⁴.

⁸⁶²LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, cit., p. 353.

⁸⁶³FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 761.

⁸⁶⁴LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, cit., p. 354.

Menezes Leitão, com base na doutrina de Eduard Picker, defende a adoção dessa solução para o Direito Português, sustentando que a tutela de deveres específicos, diversos da prestação principal, suscitam dificuldades jurídicas próprias. Não permitem a tutela através da ação de cumprimento, mas também são algo a mais do que a simples não observação do dever genérico de não lesar outrem. Trata-se, portanto, de uma zona cinzenta, lacunosa, cuja solução passa, caso a caso, pela utilização das regras de integração do direito.⁸⁶⁵

Igual o sentir de Carneiro da Frada, para quem os deveres de proteção mostram a necessidade de admitir a superação da dicotomia tradicional entre a responsabilidade contratual e extracontratual. O autor ainda vai além. Separando as noções de deveres laterais e responsabilidade pela confiança, propõe, ainda, não só a aceitação de terceira via para os primeiros, mas como de uma quarta via para os segundos. A responsabilidade, em tais casos, se estenderia em arco entre o universo do contrato e do delito⁸⁶⁶.

Entretanto, tal como sustenta Rogério Donnini, malgrado a importância do debate, em termos práticos, não existe no Brasil – ou na Alemanha e Portugal – esse terceiro gênero, de modo que o lesado necessariamente deverá optar entre a responsabilidade contratual ou extracontratual.

Assiste-lhe razão. Além das regras dessa terceira via não estarem bem delineadas, a *culpa in contrahendo* e a *culpa post pactum finitum* possuem pressupostos diversos. Para aquela a doutrina consultada inclina-se para a natureza extracontratual, porque inexistente qualquer contrato anterior entre as partes, o qual, talvez, sequer seja firmado.

Já na *culpa post pactum finitum*, diferentemente, há um contrato válido, cujo interesse de prestação foi cumprido, mas com a persistência de alguns efeitos (pós-eficácia propriamente dita). Assim, embora haja certa similaridade entre as situações, é difícil a adoção de uma mesma solução para ambos os casos. Tal desiderato apenas poderia ser obtido se houvesse, no ordenamento jurídico, um regime próprio que estabelecesse suas regras.

⁸⁶⁵LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, cit., p. 354.

⁸⁶⁶FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 764-765. O autor diferencia, também, as noções de deveres anexos e responsabilidade por quebra da confiança, aduzindo que os primeiros não decorrem da quebra da confiança (*Id. Ibid.*, p. 459-464). Entretanto, não se comunga da aludida ideia porque a confiança tutelada pelo direito privado cinge-se apenas naquela efetivamente despertada pelo particular no exercício de sua autonomia privada, consistindo justamente nos deveres laterais de conduta, consoante exposto ao longo dessa dissertação.

Com efeito, apesar das críticas hodiernas à *summa divisio* da responsabilidade civil⁸⁶⁷, a verdade é que inexistente tanto em nosso ordenamento, como nos alienígenas, esse terceiro gênero, de modo que a adoção da terceira via da responsabilidade consistiria em uma amalgama de regras, não adequadamente fixadas, que, ao final, resultaria mais prejudicial à segurança jurídica almejada pelos contratantes, do que a própria subsunção da responsabilidade a uma de suas categorias clássicas.

E, conforme se buscou fundamentar acima, a natureza contratual é a que melhor se adequa à fase pós-contratual, porque, celebrado o contrato e persistindo seus efeitos, os deveres laterais decorrerem diretamente da obrigação anterior.

4. Consequências do descumprimento de deveres pós-eficazes em sentido estrito: direito formativo extintivo, perdas e danos e pedido cominatório

Analisada a conformação da *culpa post pactum finitum* no direito nacional, busca-se agora definir suas possíveis consequências. Nos capítulos anteriores explicitou-se o *locus* dos deveres laterais na estrutura intra-obrigacional complexa: alguns são vinculados de maneira imediata à prestação (nucleados no interesse de prestação), ao passo que outros, estão vinculados apenas de modo mediato (nucleados no interesse de proteção).

Identificou-se, ainda, que a fase pós-contratual é entendida como a subsequente à satisfação do *interesse de prestação*, no qual ainda permanecem eficazes alguns deveres laterais. Via de regra, tais deveres estarão vinculados ao interesse de proteção, de manutenção das vantagens contratuais aferidas. Contudo, dada as inúmeras possibilidades de conduta que existem nas interações humanas, não há como se excluir, *a priori*, a possibilidade da ofensa aos deveres laterais pós-eficazes ser de tal gravidade, que afete o próprio interesse de prestação.

Esse grau de vinculação do dever pós-eficaz com a prestação principal tem significativa influência sobre as consequências de seu descumprimento.

Analisando-os em todo seu espectro de incidência – e não apenas na fase pós-contratual – tem-se que, havendo vinculação imediata, eles servirão à obtenção da finalidade da relação obrigacional, inserida no *interesse de prestação* por parte do credor. Ocorrendo o

⁸⁶⁷VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité, cit.*, p. 659.

descumprimento desses deveres laterais, em razão da íntima maneira como se relacionam com a prestação, resultará afetado também o próprio dever de prestar.

Por tais razões – e nos termos do que já se adiantou acima – terão aplicação as regras gerais concernentes ao inadimplemento absoluto ou à mora, a depender da persistência, ou não, do interesse de prestação. Resultando na impossibilidade da prestação principal ou na perda da utilidade para o credor, nascerá para este um direito formativo extintivo de resolução *lato sensu* ou justa causa ao exercício do direito formativo extintivo de denúncia⁸⁶⁸.

Essa consequência pelo descumprimento de dever lateral já é aceita pela jurisprudência. Com bem positiva o Des. Hamid Bdine em acórdão de sua lavra:

“Para identificação da violação positiva apta a gerar inadimplemento absoluto cumpre sempre indagar se houve descumprimento de dever anexo da boa-fé objetiva diretamente relacionado à qualidade da prestação devida (...) E tal ocorreu no caso dos autos como demonstra a análise da prova até aqui empreendida [“sic”].”⁸⁶⁹

Por outro lado, há deveres laterais ligados apenas de forma indireta aos deveres de prestação. Nessa hipótese, configuradora da violação positiva do contrato, o descumprimento não acarreta o inadimplemento absoluto ou a mora. Não há se falar em direito à resolução *lato sensu* da obrigação; mas tão-somente em indenização por perdas e danos. Tome-se em conta o exemplo já citado do pintor que, durante o serviço, danifica porta-retratos do credor. Não houve quebra do interesse na prestação, mas há interesse indenizatório. O descumprimento do dever lateral de proteção não acarretou o inadimplemento absoluto ou mora; mas sim a violação positiva do contrato.

⁸⁶⁸HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever lateral advindo da boa-fé objetiva, *cit.*, p. 76.

⁸⁶⁹CONTRATO DE INTERMEDIÇÃO. CONCESSÃO COMERCIAL. RAÇÃO PARA ANIMAIS. CONTRATO ATÍPICO. RESOLUÇÃO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. CONFIGURAÇÃO. Preliminar. Nulidade. Julgamento *ultra petita*. Inocorrência. A despeito de ser inaplicável por analogia a Lei n. 6729/79, o fundamento jurídico apontado pela parte não vincula o julgador, conforme o princípio da substanciação. Mérito. Condutas abusivas da fornecedora. Configuração. Inadimplemento. Violação positiva do contrato. A obrigação constitui vínculo de cooperação complexo composto por deveres e direitos a ambas as partes, da qual emanam deveres fiduciários que conformam a qualidade da prestação ao interesse do credor. Quantificação. Indenização devida em decorrência da violação positiva do contrato. Limitação do termo final do lucro líquido devido. Perdas e danos a serem apuradas em liquidação. Recurso parcialmente provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 32ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível. Processo nº 9049922-42.2009.8.26.0000. Relator: Hamid Bdine. Data de Julgamento: 30/01/2014, Data de Publicação: 01/02/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>.)

Sendo possível e remanescendo útil a prestação para o credor, Judith Martins-Costa afirma que o incumprimento apenas ocasionará o direito às perdas e danos, “*não tendo, a violação positiva do crédito, de regra, a virtualidade de gerar o nascimento do direito formativo extintivo de resolução lato sensu*”⁸⁷⁰. Isto porque, nessas hipóteses, dever de indenizar o dano causado situa-se ao lado do dever de prestação, que subsiste enquanto haja interesse do credor⁸⁷¹.

Este descumprimento, igualmente, não acarretará outros efeitos decorrentes da mora, em especial, a responsabilização do devedor culposo pelo perecimento do bem por caso fortuito ou força maior⁸⁷². Tais circunstâncias, aliás, reforçam a necessidade de se tratar da violação positiva do contrato como espécie autônoma de inadimplemento *lato sensu*, dada as especificidades que dela decorrem.

Não obstante, cumpre salientar que o descumprimento apenas ficará limitado aos *interesses de proteção* enquanto não afetar, de forma significativa, a própria prestação. Se essa interferência for de tal grau, de modo que haja quebra da relação de confiança entre as partes ou perda utilidade da própria prestação, aí sim, se reconhecerá a ofensa ao *interesse de prestação*⁸⁷³. Consequentemente, nessa hipótese, caracterizar-se-á a mora ou inadimplemento absoluto, com a possibilidade de resolução do contrato.

Com a reforma de 2002, o *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* positivou que a obrigação abrange, além do direito de crédito, o respeito aos direitos, aos interesses legais e aos interesses da outra parte (§241)⁸⁷⁴. Dispôs, ainda, em seu §282⁸⁷⁵ que, satisfeitos os requisitos para a responsabilidade contratual (§280), o credor poderá reivindicar danos ao invés do cumprimento, se não for mais razoável que este aceite o cumprimento pelo devedor.

Com a perda do interesse, haverá a transformação da violação positiva do contrato em inadimplemento absoluto. Trata-se de transformação similar à que ocorre entre este e a

⁸⁷⁰MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, cit.*, p. 773.

⁸⁷¹LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones, cit.*, p. 367.

⁸⁷²Previsto no artigo 399 do Código Civil.

⁸⁷³*Id. Ibid.*, p. 367.

⁸⁷⁴A redação do §241 encontra-se no Capítulo 4.3.1, para o qual remete-se o leitor.

⁸⁷⁵BGB: § 282. “*Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2. Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.*” (Tradução livre: §. 282. Compensação no lugar do desempenho por violação de um dever nos termos da seção 241 (2). Se o devedor violar um dever nos termos do § 241 (2), o credor poderá, nas condições do § 280 (1), reivindicar danos ao invés da execução, se o desempenho do devedor não puder mais ser esperado).

mora. Isso é possível porque não se tratam de esferas autônomas; existe uma vinculação: mediata, é verdade; mas ainda assim, há vinculação⁸⁷⁶.

Portanto, sendo grave a violação do dever de proteção, poderá ser afetado o próprio dever de prestação, com formação do direito formativo extintivo de resolução.

A jurisprudência tem reconhecido, ainda, a possibilidade da ofensa a deveres laterais ocasionar, em tese, dano morais. Pense-se na hipótese da divulgação de informação sigilosa e vexatória após o término da relação contratual, ou ainda, na fase pré-contratual, da pessoa que sofre uma queda no estabelecimento. Contudo, preciso o alerta de Martins-Costa⁸⁷⁷ no sentido de que, nesse caso, o dano não advém dor, sofrimento ou vexame, mas sim da violação ao dever lateral de proteção.

Com efeito, ainda que a pretensão principal tenha sido atingido a contento, poderá remanescerem danos, especialmente os circunscritos aos danos morais pelo inadimplemento do dever lateral.⁸⁷⁸

Daí porque mostra correta a abordagem do tema realizada pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo em voto de lavra do Juiz Ferreira da Cruz. Consta do v. acórdão:

“Daí porque o ajuste obriga não somente ao cumprimento do seu componente principal (a prestação), mas também das várias obrigações acessórias ou dos deveres anexos àquele tipo de relação, lúdima expectativa de confiança, revertendo a inobservância de qualquer deles em quebra positiva do contrato, passível de reparação específica independentemente de culpa, que se identifica no direito à saúde, e. g., pela não observância do sigilo médico. Há, portanto, uma multiplicação de deveres voltada à satisfação dos interesses globais das partes e não só daqueles inerentes à obrigação principal, que, se não cumpridos, tendo em vista o inadimplemento agora com suporte fático ampliado, podem da mesma forma ensejar indenização material e/ou extrapatrimonial.”⁸⁷⁹

⁸⁷⁶HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever lateral advindo da boa-fé objetiva, *cit.*, p. 70-71.

⁸⁷⁷MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 246

⁸⁷⁸SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*, *cit.* p. 57/189.

⁸⁷⁹O julgado possui a seguinte ementa: “*RESPONSABILIDADE CIVIL Sigilo médico Violação Hipótese em que o médico desdisse seus dois primeiros atestados, oralmente inclusive, a permitir fosse o autor investigado nas esferas criminal e administrativa Dolosa observação acrescida em relatório posterior Conduta antiética inadmissível Afronta à boa-fé objetiva e à intimidade do paciente Ausência de justa causa e/ou de prévia e expressa autorização, não sendo o caso de comunicação compulsória Recurso provido. RESPONSABILIDADE CIVIL Atestado que é parte integrante do ato ou do tratamento médico, sendo pública apenas a conclusão nele inscrita Elaboração e divulgação de boletim e/ou de relatório capaz de revelar diagnóstico, prognóstico ou terapêutica que dependem de expressa autorização do paciente ou do seu responsável legal Uso para fins de afastamento do serviço público Irrelevância Recurso provido. DANO MORAL Prova Violação do segredo médico que ofende a intimidade do paciente, um dos elementos da sua personalidade A quebra do dever de sigilo e a simples entrega do prontuário médico, sem autorização,*

Essas conclusões, referentes aos deveres laterais em sua totalidade, são facilmente absorvidas pela *culpa post pactum finitum*, mormente considerando-a subsumida à categoria da responsabilidade civil contratual.

Como já se viu, iniciada a fase dita pós-contratual, permanecem eficazes alguns deveres laterais. Considerando que o contrato já atingiu o interesse de prestação, com satisfação do credor, em regra, esses deveres laterais estarão nucleados no interesse de proteção. Isto porque, destinam-se, à princípio à assegurar das vantagens contratuais, o patrimônio e a integridade física dos antigos parceiros contratatuais.

O julgado mais emblemático, e já mencionado nessa dissertação, é o do caso do direito de vista⁸⁸⁰. Nas negociações preliminares, o réu da ação assegurou à adquirente/autora que, no espaço em frente ao terreno, que permitia a vista de um monte, não seriam feitas construções. Posteriormente, o vendedor/réu adquiriu a área entre o terreno da autora e o monte, bem como obteve êxito em seu pedido de alteração do plano de urbanização, com a concessão de licença para construir naquele espaço.

O primeiro ponto a ser ressaltado, diz respeito à vinculação com o contrato anteriormente firmado. Qualquer outra pessoa poderia agir dessa forma, mas o vendedor anterior, em razão do contrato firmado, ao assim atuar, infringiu deveres laterais pós-eficazes proveniente da boa-fé objetiva. O segundo, quanto às consequências, não afetando o *interesse de prestação* (aquisição de bem imóvel), consiste na atribuição de indenização pela perda da vista.

Também vislumbrou hipótese de indenização no caso dos casacos. Como já exposto nessa dissertação, a autora encomendou casacos com desenhos específicos. Após a

acarretam dano moral Hipótese de dano in re ipsa Precedente do STJ Recurso provido. DANO MORAL Estimativa Hipótese em que se deve considerar o incontroverso sofrimento daquele que se vê, de modo abusivo e injusto, investigado administrativa e criminalmente Fixação em R\$ 13.000,00 Funções compensatória e intimidativa atendidas Correção monetária de hoje e juros de mora (1% a.m.) da citação Súms. 326 e 362 do STJ c.c. art. 405 do CC Recurso provido. SOLIDARIEDADE Hospital Cabimento em benefício do consumidor Erro do médico preposto que se soma à negligência na guarda do prontuário Sujeitos que são titulares da mesma cadeia produtiva, no mínimo, unidos por uma espécie de cooperação contratual, parceria coligada por de certo vínculo de reciprocidade econômica Precedente do STJ Recurso provido". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. Apelação Cível 0047043-81.2009.8.26.0562. Relator (a): Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/04/2013, Data de Registro: 04/04/2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6630765&cdForo=0>).

⁸⁸⁰RGZ 161 (1939), (330-331) = DR 10 (1940), 246/248, in MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, *cit.*, p. 143.

confecção, o réu continuou a produzi-los, vendendo-os a uma loja concorrente. Acionado judicialmente, foi condenado a indenizar a autora⁸⁸¹.

Outro julgado, mencionado por Menezes Cordeiro, envolve o direito de publicação, em alemão, das obras do poeta francês Gustave Flaubert. Decidiu-se que, mesmo após a cessão dos direitos de edição, os herdeiros não poderiam fazer concorrência com a editora, tirando de novos exemplares da obra, antes de esgotados os anteriores⁸⁸².

Novamente denota-se a importância do vínculo anterior para a atribuição da responsabilidade. Mas neste a consequência fixada pelo descumprimento do dever lateral foi diversa. Determinou-se a paralisação temporária do exercício de um direito, como efeito do vínculo anteriormente constituído. Como forma de assegurar as vantagens contratuais, e, portanto, vinculado ao *interesse de proteção*, os herdeiros não poderiam tirar novas cópias, enquanto não esgotado os livros da tiragem anterior.

A consequência pelo descumprimento de deveres laterais pós-eficazes radicados no *interesse proteção* pode ensejar, até mesmo, a compensação por danos morais. Consoante se extraiu do julgado acima, a violação ao dever de sigilo do prontuário médico – fora das hipóteses legalmente previstas – ofende a intimidade do paciente, acarretando danos morais *in re ipsa*.

Porém, como já se afirmou ao longo dessa dissertação, o grau de violação afeta as consequências possíveis. Uma ofensa grave aos deveres laterais pode afetar o próprio *interesse de prestação*, tornando-a impossível ou inútil para o credor, de modo a permitir a incidência das regras da mora e do inadimplemento absoluto.

No caso do carpete, também citado por Menezes Cordeiro, o autor – vendedor do carpete – indicou uma unidade para instalação. Em razão de falhas técnicas na colocação do carpete, apareceram manchas no produto. O réu/adquirente, por essa razão, reteve o pagamento. Acionado judicialmente pelo autor/vendedor, o *Bundesgerichtshof* reconheceu a legitimidade da retenção.⁸⁸³ Pelo se infere da narrativa, tratar-se-ia da aplicação do instituto da exceção do contrato não cumprido pela inobservância de dever lateral pós-eficaz.

⁸⁸¹NJW, 1855, p. 461 in PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, cit., p. 355.

⁸⁸²RGZ 113 (1926) 70-78 (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, cit., p. 148).

⁸⁸³BGH 14-Out-1958, DB 1958, 1324 (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações, cit., p. 143).

Em casos mais extremos, a ofensa ao dever lateral pós-eficaz pode afetar a própria utilidade da prestação, justificando a resolução do contrato por inadimplemento.

Malgrado refira-se a deveres incidentes durante o período contratual, Antunes Varela aponta uma hipótese legalmente prevista de resolução contratual por ofensa a deveres laterais. Trata-se da exclusão de sócio por violação grave das obrigações para com a sociedade (art. 1.003º, “a” do Código Civil Português), também positivada em nosso ordenamento (artigo 1.030 do Código Civil)⁸⁸⁴.

A possibilidade de resolução contratual por descumprimento de dever lateral pós-eficaz já foi reconhecida pela jurisprudência nacional no caso da compradora escorraçada, cujo voto é de lavra de Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁸⁸⁵. Pela forma didática como expõe o tema, de rigor sua citação:

“Está bem provado que o demandado, depois de vender à autora a casa e os direitos sobre o terreno, e após transferida a posse dos bens, praticou o inusitado ato de desalojá-la do lugar, vendendo novamente os bens para terceira pessoa. (...) Apesar desse comportamento acontecer depois de já entregue a casa e recebido o dinheiro, ainda assim ele caracteriza inadimplemento do contrato, pelo descumprimento desse dever secundário que deriva do princípio da boa-fé. Quem vende, assume implicitamente o compromisso e a obrigação de não praticar, no futuro imediato, nenhum ato que inviabilize a normal continuidade da situação adquirida pela compradora através do contrato. A questão pode ser inserida no âmbito da ‘culpa post pactum finitum’, como projeção do princípio da boa-fé.”

Continua, ainda, o aresto:

“A parte lesada, em situações como a dos autos, comumente reclama através da via possessória, onde se protege do esbulho e obtém indenização pelos danos. Na hipótese, porém, o bem foi destruído ou desapareceu, o que enseja o pleito indenizatório, através da via escolhida. Tenho, portanto, que o caso é realmente de resolução, razão pela qual cabe à compradora a devolução do preço, assim como a indenização pelas perdas e danos”

Nota-se, portanto, uma escala com relação aos graus de ofensa. O descumprimento de deveres laterais pode obrigar somente à indenização dos danos causados ou levar, até mesmo, à resolução contratual.⁸⁸⁶ Sua determinação depende da gravidade da violação ao

⁸⁸⁴VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 2, 2017, p. 127.

⁸⁸⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 588.042.580/RS. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 16 de agosto de 1988. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>.

⁸⁸⁶VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., v. 2, 2017, p. 127.

dever lateral, ou seja, se ocorreu ou não a quebra da confiança ou a perda do interesse na prestação⁸⁸⁷.

Essa diversidade de soluções, a serem examinadas à luz do caso concretamente posto, está em consonância com a técnica legislativa de *cláusulas gerais* pela qual compete ao operador do direito não apenas determinar seu conteúdo, como também as consequências de seu descumprimento.

Ante todo o exposto, verifica-se que essas consequências possíveis consistem em institutos típicos do inadimplemento contratual, *v.g.* perdas e danos; retenção do pagamento e resolução por fato imputável ao devedor, tudo isso, a reforçar a natureza contratual da responsabilidade civil pela *culpa post pactum finitum*.

⁸⁸⁷MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, *cit.*, p. 774.

CONCLUSÕES

Realizado o estudo dos aspectos teóricos e práticos da *culpa post pactum finitum*, é possível realizar algumas conclusões. Como pôde notar o leitor mais arguto, no curso do caminho até aqui percorrido já foram positivadas, ao longo do texto, algumas conclusões parciais, na medida em que ia se avançando na matéria.

Para finalizar esta dissertação, cumpre, agora, reunir de forma sintética as conclusões obtidas por meio desses estudos, com a finalidade de apresentar ao leitor os contornos que se entendem adequados para a *culpa post pactum finitum*.

Como se observou, com o paradigma do *sistema aberto*, atraiu-se para o campo do direito, valores que antes eram relegados a outras ciências. Esse movimento foi facilitado com a técnica legislativa das cláusulas gerais que, por possuírem hipótese legal de grande generalidade, abrangem e submetem à tratamento jurídico todo um domínio de fatos, com a possibilidade de ajustamento das consequências ao caso concreto.

Essa mudança de paradigma também afetou o direito das obrigações. Há muito deixou de ser compreendida como mera relação de crédito e débito, passando a representar um processo dinâmico dirigido à realização do fim comum almejado pelas partes. Abrange direitos, inclusive os formativos; pretensões e ações; deveres; exceções e posições jurídicas, de modo que não se limita, apenas, ao cumprimento da prestação principal, mas sim a um conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor.

Identificou-se, ainda, após o exame dos estudos de Staub e H. Stoll, que o vínculo obrigacional compreende dois interesses: os voltados ao cumprimento da prestação (interesses de prestação); e os orientados à proteção da pessoa e do patrimônio dos contratantes (interesses de proteção). Essa definição terá relevância especial na definição das consequências da *culpa post pactum finitum*.

Com base nas premissas acima, concluiu-se que os elementos essenciais da obrigação são definidos pela manifestação de vontade, sem a qual não há se falar em contrato. Porém o mero cumprimento formal da prestação pode não acarretar a satisfação do interesse de prestação. Assim, são chamadas a intervir as fontes heterônomas. Por meio delas, impõem-se deveres que devem ser observados pelas partes, com o desiderato de preservar a vontade manifestada e permitir a realização da operação econômica contratual.

Para isso, jogam a favor os princípios ditos sociais: a equivalência material, a função social dos contratos e, com maior interesse para o presente trabalho, a boa-fé objetiva, os quais também participam do nascimento e desenvolvimento das obrigações.

Denota-se, portanto, que na construção do regulamento obrigacional a fonte autônoma (declaração de vontade dos contraentes) não atua isoladamente, havendo igualmente a ação de fontes heterônomas, as quais se prestam a atenuar ou suplementar a autonomia privada.

Estas podem ser, em sua relação com a manifestação de vontade, cogentes (*mandatory rules*), dispositivas (*permissive rules*) ou supletivas (*gap fillers*). Dividem-se, ainda, quanto a forma como se operacionalizam, em normas rígidas ou vagas; esta, como gênero que congrega, como uma de suas espécies, as cláusulas gerais.

Dessa análise, percebe-se que o regulamento contratual é composto por cláusulas expressas (*express terms*) e implícitas (*implied terms*). As primeiras decorrem da própria manifestação de vontade. Por sua vez, através de processos interpretativos, obtém-se os termos implícitos (ou *implied-in-fact*). Podem ainda decorrer do reconhecimento judicial quanto à sua existência, independentemente de cláusula expressa e, nesses casos, são seriam termos supletivos (ou *implied-in-law* ou *constructive terms*)

Um importante termo contratual implícito, mesmo no sistema da *common law* é o dever de atuar conforme a boa-fé (*duty of good faith and fair dealing*). Similar é a situação do direito brasileiro, cujo princípio da boa-fé objetiva governa a atuação durante o programa contratual, e cuja incidência não pode ser afastada.

Para compreender o atuar da boa-fé objetiva na relação obrigacional, no capítulo II fez-se um breve resumo de sua evolução. Procurou-se demonstrar que a *bona fidei* dos romanos, unificada e absorvida como elemento da vontade no direito francês, teve sorte diversa no território tedesco, encontrando seu fundamento nos ideais da cavalaria como fonte indutora de deveres com o outro.

Assim, na definição de sua vertente material pelo prisma negativo, afastou-se do mero sentimento de justiça do julgador ou da equidade. Concluiu-se, sob um prisma positivo, que seu fundamento está na tutela da confiança legítima e na primazia da materialidade da relação jurídica subjacente, suplantando o formalismo puro que ignora os objetivos perseguidos pelos particulares.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 422, dispôs sobre o dever dos contratantes de observarem a cláusula geral da boa-fé objetiva, permitindo o reenvio do magistrado a valores extra-sistemáticos e possibilitando uma aproximação do direito com a ética, com vistas a concretização do programa obrigacional desenhado pela autonomia privada.

Para tanto, tem-se reconhecido três funções ao princípio da boa-fé objetiva. A primeira, como limite ao exercício de direitos subjetivos (função corretiva), apesar de não possuir íntima relação com o presente trabalho, permitiu, através de seu estudo, reforçar o papel de tutela da confiança exercida pela boa-fé objetiva.

É funcionalizado, ainda, como critério de interpretação e concreção dos negócios jurídicos (*adjuvandi* ou função interpretativa). Busca-se, inicialmente, descobrir a intenção comum que se revelou no ajuste. A melhor expressão da boa-fé objetiva consiste em manter o significado que as partes deram às cláusulas no momento da contratação. Não sendo possível, impõe-se uma interpretação objetiva, considerando o significado que o comportamento leal aponta ser o mais razoável.

Ainda na função interpretativa, a boa-fé é utilizada para a colmatação de lacunas, no que se denominou “interpretação-integrativa”, suprindo cláusulas que, de ordinário, constariam na avença. Dessa atividade, como se concluiu parcialmente no texto, resultarão deveres secundários.

Contudo, isso não se confunde com a função supletiva, na qual a boa-fé objetiva atua como fonte de *deveres laterais conduta* (*supplendi*). Nesta função a boa-fé não preenche partes omissas do regulamento, mas impõe deveres de conduta, independentemente de qualquer previsão. Tais deveres já integram o contrato desde logo e sendo apenas revelados. Dada a sua heterogeneidade, costuma-se subdividi-los em deveres de informação, esclarecimento e proteção da integridade física e patrimônio dos contratantes.

É possível, desta feita, concluir que a complexidade intra-obrigacional, em um primeiro nível, compreende a prestação principal, que corresponde à relação paradigmática entre crédito e débito. Neste nível, existem ainda outros deveres, denominados secundários, os quais são oriundos da própria obrigação, mas como resultado de operações de interpretação.

Em um segundo nível, estão os deveres laterais (cuja nomenclatura não é uniforme na doutrina e jurisprudência), estabelecidos à luz da circunstâncias existentes e variando de intensidade conforme a espécie de relação jurídica existente. Estes deveres podem se radicar

no *interesse de prestação*, servindo ao cumprimento satisfatório; ou no *interesse de proteção*, visando a tutela da integridade física, das vantagens contratuais e do patrimônio dos contratantes.

Certo, ainda, que a incidência do princípio da boa-fé, mormente em sua função supletiva, não é limitada à fase de conclusão e execução do contrato. Até mesmo no momento posterior à satisfação do interesse de prestação as partes continuam devendo respeito a eles. E, justamente por surgirem, ou simplesmente continuarem exigíveis, após o término da relação contratual, são denominados *pós-eficazes*.

Como foi possível concluir no Capítulo III, para identificação do período pós-contratual é necessário que o contrato exista e produza, ao menos, algum efeito. Assim, estão fora do âmbito da *culpa post pactum finitum* os casos de nulidade e a anulabilidade em que a decretação opera efeitos retroativos, porque há a desconstrução da própria fonte da obrigação, que deixa de regular a relação entre as partes.

Após o estudo das demais formas extintivas, identificou-se a fase pós-contratual: o contrato existia e era válido; produziu efeitos, com a satisfação do interesse de prestação, e não ocorreu a prorrogação da relação contratual.

Começa assim, potencialmente, o período pós-contratual, no qual a ofensa aos deveres laterais pode ocasionar a responsabilização civil por *culpa post pactum finitum*. Nota-se, portanto, que, mesmo na fase dita pós-contratual, os antigos contratantes não podem atuar como se fossem estranhos. Devem aguardar certos deveres, de modo a não frustrar os fins contratuais.

O desenvolvimento da *culpa post pactum finitum* não proveio do exame doutrinário ou tampouco do reconhecimento legislativo, cuja maioria dos ordenamentos jurídicos não possuem dispositivos que a consagrem, mas sim da necessidade da jurisprudência dar soluções às lides que lhes foram submetidas.

Por essa razão, em um momento inicial, houve certa divergência de fundamentos, o que dificultou sistematização e a compreensão do instituto. Contudo, aprofundado o estudo doutrinário, foi possível definir que a *culpa post pactum finitum* não possui seu fundamento na expressa previsão legal; na analogia; ou na natureza específica de algumas relações.

A expressa previsão legal dará origem a pós-eficácia aparente. Diz-se aparente porque, na verdade não há pós-eficácia, mas sim eficácia atual da regra legal que a impõe expressamente.

A analogia também se mostrou inadequada posto que os fundamentos dos efeitos legalmente previstos, para o momento posterior à extinção do contrato, são diversos, impedindo a extração de uma razão comum.

Tampouco a natureza jurídica de determinadas relações fundamenta a *culpa post pactum finitum*. Isto porque, como se observou, as relações analisadas, em especial familiares e de trabalho, possuem características próprias que impedem sua expansão para todo o campo das obrigações. Verificou-se, ainda, que nem toda manifestação após o término na relação pode ser enquadrada na *culpa post pactum finitum*.

Além da pós-eficácia aparente se identificou, também, as noções de pós-eficácia virtual e continuada. A primeira consiste em deveres secundários (previstos ou extraídos de processos interpretativos – função interpretativa da boa-fé), que apenas podem ser cumpridos após a extinção da prestação principal. Já na pós-eficácia continuada, o dever secundário era exigível durante a fase de execução, porém, permanece eficaz mesmo depois do cumprimento do dever de prestar.

Tais situações não se confundem com a *culpa post pactum finitum*, que insere-se na pós-eficácia em sentido estrito. Esta possui seu fundamento no princípio da boa-fé objetiva, como forma de tutela da confiança e da primazia da relação material subjacente. Por meio da promessa realizada no contrato (*tutela da confiança*), emergem deveres laterais para as partes, com a finalidade de alcançar o projeto contratual (*primazia da relação subjacente*), afastando cumprimentos meramente formais. Por tais razões, impõe-se a manutenção de alguns desses deveres para o período pós-contratual, como forma de tutelar as vantagens obtidas, a pessoa e o patrimônio dos antigos parceiros contratuais.

Concluiu-se, em contrariedade com alguns autores, que tanto os deveres laterais radicados no *interesse de prestação*, como os radicados no *interesse de proteção* podem dar azo à responsabilidade civil pós-contratual, os diferiram apenas nas consequências possíveis.

Verificou-se também que alguns autores elencam, além da boa-fé objetiva, outros fundamentos adicionais para a *culpa post pactum finitum*. Tratam-se dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade e justiça social. Malgrado não haja nenhuma incoerência em sua adoção, entende-se melhor a subsunção direta ao princípio da boa-fé objetiva, até como forma de sistematizar a matéria.

Na definição de sua natureza jurídica, foi necessário distinguir os conceitos de responsabilidade civil contratual e extracontratual, cujo tratamento legislativo é diverso (em

especial com relação a gradação da culpa e sua presunção, capacidade do agente, solidariedade, prescrição, cláusulas de limitação ou exoneração de responsabilidade e competência).

Examinadas as hipóteses inseridas em cada uma dessas espécies, percebeu-se que a distinção entre elas reside na qualidade do dever violado. Na responsabilidade contratual, há a violação de um direito subjetivo relativo, inerente às partes integrantes do contrato. Já na responsabilidade civil extracontratual viola-se um dever absoluto, imposto a todas as pessoas. Essa diferença é refletida, inclusive, no dever de indenizar. Na extracontratual, o dever nasce com a violação; na contratual, o dever primário de prestação será convertido em deveres secundários com prestações autônomas de restituição e indenização, fundamentados na relação jurídica preexistente.

E, eventuais limitações a autonomia privada, com a imposição ou restrição de cláusulas, não tem o condão de alterar tais conclusões, posto que a lei sempre faz da vontade das partes a base dos contratos.

Estabelecida essa diferença, identificou-se, ainda, que o campo de atuação da responsabilidade contratual é definido. O que não está nele, pertence à responsabilidade extracontratual. Ocorre que o adimplemento satisfatório não consiste no simples cumprimento formal da obrigação; há imposição de condutas para satisfação da finalidade negocial.

Nessa ordem de ideias, estudando o conceito de inadimplemento *lato sensu* no ordenamento jurídico brasileiro, concluiu-se, em virtude de uma lacuna conceitual, que é possível a assimilação da doutrina da violação positiva do contrato, que diz respeito ao descumprimento de deveres laterais que afetam apenas os *interesses de proteção*.

Dessa feita, o gênero inadimplemento abarca o inadimplemento absoluto (ou em sentido estrito), a mora e a violação positiva do contrato.

Apontadas tais conclusões, a dissertação perscrutou a natureza jurídica da responsabilidade civil pós-contratual. Como visto, os defensores da natureza jurídica extracontratual fundamentam que os deveres laterais decorrem diretamente do comando normativo da boa-fé e não do regulamento contratual, o qual é formado apenas pela manifestação de vontade das partes, ainda que na atividade de colmatação de lacunas. Com efeito, os deveres laterais seriam externos ao contrato.

Contudo, o que se verificou na dissertação é que a opção pela natureza contratual da responsabilidade é natural e necessária. Isto porque, admitida a complexidade intra-obrigacional, não há como se negar que ela é composta por deveres principais, secundários e laterais (de vinculação mediata ou imediata com a prestação).

Logo, denota-se que os deveres laterais, apesar de impostos pela boa-fé, integram a relação contratual, inclusive servindo de meio para que se atinja o adimplemento satisfatório. Essa *internalidade* dificulta afastá-los da responsabilidade contratual.

O fato de serem estabelecidos, em especial os pós-eficazes, em função do contrato anterior, reforça essa conclusão, diferenciando-o do dever geral de não lesar outrem. Caso não existisse o contrato anterior, não seria possível falar-se em pós-eficácia. Em verdade, sequer os deveres laterais pós-eficazes e os casos de reconhecimento da *culpa post pactum finitum* se configurariam.

Isto posto, em virtude da essencialidade de um vínculo anterior, que também é o ponto de diferenciação entre as espécies de responsabilidade, natureza jurídica contratual impõe-se naturalmente.

Concluiu-se, ainda, que a adoção da responsabilidade contratual é necessária. Isto porque, o vínculo com o contrato anterior serve de limite para a indenização, mormente nos ordenamentos jurídicos em que esta é limitada aos danos previsíveis, no inadimplemento contratual culposo.

Identificou-se, outrossim, que a responsabilidade contratual, também concede maiores vantagens para o lesado, que necessita demonstrar tão somente o dever descumprido. Soluciona de melhor maneira, também, a questão da exceção do contrato não cumprido, permitindo a retenção do pagamento, bem como afasta a possibilidade de pleitear-se indenização por pequenas falhas que não comprometem o programa contratual (na extracontratual, recorde-se vige o *in lege aquilia et levissima culpa venit*).

Essa opção também não é incompatível com a *culpa in contrahendo*, porquanto, nesta busca-se o retorno à situação que estaria o lesado se não tivesse confiado (interesse negativo), de modo que basta o contato das partes, sendo despiciendo qualquer vínculo. Aliás, as hipóteses de contratos nulos são subsumidas nesta espécie. Mas diferente é a situação da *culpa post pactum finitum*, que não prescinde do vínculo anterior. Somente com a existência e produção de efeitos deste, é que ela poderá se configurar, de modo que não é de se estranhar que possuam natureza diversa.

Refutou-se, além disso, a existência de uma terceira via de responsabilidade civil, a qual não constituiria outra coisa, senão uma amálgama das anteriores, não adequadamente definida.

Por fim, identificados os contornos essenciais e sua natureza jurídica, passou ao exame das possíveis consequências pela violação de deveres laterais pós-eficazes. A primeira conclusão extraída é que o grau de vinculação do *dever lateral pós-eficaz* com o *interesse de prestação* tem significativa influência nas possíveis consequências a serem adotadas.

Havendo uma relação imediata, o descumprimento desses deveres afetará a própria prestação, de modo que incidirão as regras gerais inerentes ao inadimplemento absoluto e a mora. É o caso da concessão comercial, em que o descumprimento de dever lateral ensejou a resolução contratual. Malgrado o contrato admita alguma alteração unilateral da área de exclusividade e supressão de produtos, tais ações somente podem ser admitidas se não inviabilizarem a obtenção do *interesse de prestação*. Com a violação deste, operou-se a resolução por inadimplemento culposo.⁸⁸⁸

Por outro lado, havendo vinculação apenas mediata com o *interesse de prestação*, os deveres laterais estarão, portanto, radicados no *interesse de proteção*, dando azo à violação positiva do contrato. Aqui, não sendo afetada a prestação principal, a consequência será, via de regra, indenizatória. Foi o que ocorreu no caso da “vista eterna”⁸⁸⁹, no qual a construtora/vendedora foi condenada a indenizar a compradora pela perda da vista.

Contudo, é possível a fixação de consequências diversas, como a paralisação de um direito (no caso do contrato de edição) ou a possibilidade de retenção do pagamento (no julgado referente ao caso do carpete).⁸⁹⁰

Nota-se, portanto, uma escala com relação aos graus de ofensa. O descumprimento de deveres laterais pode obrigar somente à indenização dos danos, inclusive morais ou, ocorrendo a perda do interesse de prestação, acarretar a transformação da violação positiva do contrato em inadimplemento absoluto. Isto porque, como dito, não se tratam de esferas autônomas, mas sim vinculadas de alguma forma à obrigação anterior.

⁸⁸⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 32ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível. Processo nº 9049922-42.2009.8.26.0000*. Relator: Hamid Bdine. Data de Julgamento: 30/01/2014, Data de Publicação: 01/02/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>.

⁸⁸⁹O caso é mencionado na seção 2 do capítulo III.

⁸⁹⁰Ambos os casos citados constam na seção 2, do Capítulo III desta dissertação.

O estudo das consequências do inadimplemento dos deveres laterais pós-eficazes permite, ainda, reforçar a opção pela natureza contratual da responsabilidade por *culpa post pactum finitum*.

REFERÊNCIAS

Doutrina

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

ALCARO, Francesco. *Diritto privato*. 4. ed. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2019.

ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale: fonti, teorie, metodo*. Milano: Dott. A. Guiffre Editore, 2014.

ALPA, Guido. *Trattato di diritto privato: i principi generali*. Milano: Dott. A. Guiffre Editore, 1993.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. Principais características do contrato de franchising. In: BRUSCHI, Gilberto G.; COUTO, Mônica B.; SILVA, Ruth M. J. de A.; PEREIRA, Thomaz H. J. de A. (Coords.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. Revisitando o papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. *Scientia Iuris*, revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina, v. 22, n. 1, p. 258-282, mar. 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/30366/23357>. doi: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p258.

ATIYAH, P.S. *An introduction to the law of contract*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1985.

ATIYAH, P.S. *The rise and fall of freedom in contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

AZEVEDO, Álvaro Villaça O. novo Código Civil brasileiro tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*Laesio Enormis*). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. São Paulo: Renovar, 2008.

BARBOSA, Ruy. As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. t. 1, p. XI-XXXII. (Obras Completas de Rui Barbosa; 40).

BENACCHIO, Marcelo, *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2015. v. 3.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012. v. 5.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BONINI, Paulo R. Responsabilidade civil por ato lícito. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.), *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015. p. 159-181.

BRUSCHI, Gilberto G.; COUTO, Mônica B.; SILVA, Ruth M. J. de A.; PEREIRA, Thomaz H. J. de A. (Coords.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti; SILVA, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e; PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de A. (Coords.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BURTON, Steven J. *Principles of contract law*. 4th ed. St. Paul. Minn: West Academic Publishing, 2012. (American Casebook Series).

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. [Exposição gravada e revista pelo autor. XXII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado na EMERJ em 03-09-2003]. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, 2004. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista27/revista27_108.pdf.

CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CASTALDELLO, Fábio L. O conceito de fato do produto ou do serviço e sua (necessária?) vinculação à ocorrência de um perigo à segurança do consumidor. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; MALFATTI, Alexandre David (Coords.). *Reflexões de magistrados paulistas sobre os 25 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

COGO, Rodrigo B. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COSTA, José Eduardo. A revisão dos contratos: entre a *pacta sunt servanda* e o equilíbrio econômico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2018.

CRUZ, Guilherme Ferreira. *Os reflexos condicionantes da parte geral da Lei 8.078/90 na formação do direito material positivo das relações de consumo*. 2011. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS JUNIOR, Aldemiro R. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2008. (Série Biblioteca Arruda Alvim).

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia – Editor, 1981. t. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumen. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

DIGESTO ou Pandectas do Imperador Justiniano: Livros 5-11. Tradução brasileira por Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos. Tradução complementar, organização geral, adaptação e supervisão de transcrição por Eduardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes, Dárcio R. Martins Rodrigues, Hélcio M. França Madeira. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2017. v. 1 e v. 2.

DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (Coord.) *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. Barueri, SP: Manole, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe P. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. v. 3.

FISHER, Howard D. *O sistema jurídico alemão e sua terminologia*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. 1. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016.

FRANTZ, Laura C. *Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

FRATINI, Marco. *Il sistema del diritto civile: le obbligazioni*. 3. ed. Roma: DIKE Giuridica Editrice, 2019. v. 1.

FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2015.

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations; le contrat; formation*. 2. éd. Paris: LGDJ, 1988.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor: convergência de princípios e distinção de sua modulação: um paralelo entre os deveres que criam. In: MELGARE, Plínio (Org.). *O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 18. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; MALFATTI, Alexandre David (Coords.). *Reflexões de magistrados paulistas sobre os 25 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.
- GUESTIN, Jacques, *Traité de droit civil: les effets du contrat*. 2. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - L.G.D.J, 1994.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento). In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; MALFATTI, Alexandre David (Coords.) *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.
- HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 900, p. 45-84, out. 2010.
- HILLMAN, Robert A. *Principles of contract law*. 3rd ed. Saint Paul, MN: West Academic Publishing, 2004.
- JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – L.G.D.J, 2016. (Bibliothèque de droit privé; t. 573).
- JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: étude comparative des droit français, allemand et japonais*. Paris: Ed. Dalloz, 2001. (Nouvelle Bibliothèque de thèses).
- JORNADA de Direito Civil, 6. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa fé na formação dos contratos. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. B. B. A. (Orgs.). *Responsabilidade civil: direito de obrigações e direito negocial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 2).
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. La bonne foi dans la formation du contrat en droit brésilien. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 87, p. 91-100, jan./dez. 1992. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67169>.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. La bonne foi dans les relations entre particuliers (dans la formation du contrat): rapport brésilien. In: TRAVAUX de l'Association Henri Capitant: la bonne foi: journées louisianaises (14-17 mai 1992). Paris: Litec, 1994. t. 43, p. 77-84.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pela fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a rescisão unilateral, sem utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. *In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito moderno e a pós-codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 94, p. 3-12, 1999.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, Código Aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de venire contra factum proprium e de utilização de dois pesos e duas medidas (tu quoque). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do programa contratual estabelecido. *In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. 8. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Relatório brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. *In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 90, p. 121-132, 1995.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernandez Rodriguez. Buenos Aires, AR: Editorial Olejnik, 2018. (Colección: Biblioteca de Derecho Privado).

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. **Traducción** de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra, PT: Almedina, 2009. v. 1.

LES HUISSIERS de Justice. Disponível em: <https://cnhj.huissier-justice.fr>.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 55-76.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. 8. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - L.G.D.J, 2016. (Collection Droit Civil).

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica: teses, monografias e artigos*. 3. ed. São Paulo: YK Editora, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Direito do consumidor: contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 4).

MARTINS-COSTA, Judith *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra J. (Orgs.). *Estudos de direito privado e processual civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. t. 1, v. 2.

MELO, Diogo L. Machado de. *Culpa extracontratual*. São Paulo: Saraiva, 2013 (Coleção Professor Agostinho Alvim).

MELO, Diogo L. Machado de. Notas sobre a responsabilidade civil pós-contratual. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil: estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 400-442.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da pós-eficácia das obrigações. In: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Estudos de direito civil*. Coimbra: Almedina, 1987. v. 1.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Estudos de direito civil*. Coimbra: Almedina, 1987. v. 1.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. 9.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral - negócio jurídico, formação, conteúdo e interpretação, vícios da vontade, ineficácia e invalidades*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. 2.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015. v. 10.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Violação positiva do contrato. In: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Estudos de direito civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das Obrigações*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. t. 22.

MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado de acordo de com o CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

MOTA, Maurício J. P. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTA, Maurício J. P. Responsabilidade civil pós-contratual. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio R. (Coords.). *Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão: direito privado*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2.

MOZOS, José Luis de los. *Principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.

NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil: estudos em homenagem ao professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008.

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

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A Suppressio (Verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

NITSCHKE, Guilherme. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão: a reforma de 2002. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, n. 1, p. 203-236, mar. 2004. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43502/27380>.

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

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. Barueri, SP: Manole, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos. Declarações de vontade. Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. t. 1, Libro quarto.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Agerson Tabosa. Da representação política no governo da roma antiga. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 409-438, jul./dez. 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução de Adrian Soterro de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas, SP: Servanda, 2002.

RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté*. Paris: Presses Universitaire de France, 1980.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; RODAS, Sérgio. Interview with Reinhard Zimmermann and Jan Peter Schmidt / Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, p. 379-413, 2015. Disponível em: http://www.direitocontemporaneo.com/?page_id=2.

ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M.; MALLOY, Michael P. *Contracts in a nutshell*. 8th ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2017.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - L.G.D.J, 1951. t. 1 e t. 2.

SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010. (Edição Digital). PUB. ISBN 9788502114111.

SCAFF, Fernando Campos. A função social dos imóveis agrários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 840, p. 107-113. out. 2005.

SCAFF, Fernando Campos. A iatrogenia e o nexo causal na responsabilidade civil. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (Orgs.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 186-192.

SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 91, p. 141-159, jan./dez. 1996.

SCAFF, Fernando Campos. *As relações jurídicas privadas no direito à saúde*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2007.

SCAFF, Fernando Campos. A responsabilidade do empresário pelo fato do produto e do serviço, do Código Civil ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 23-33, mar. 1997.

SCAFF, Fernando Campos. *Teoria geral do estabelecimento agrário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

SEIBT-FOMBART, Fabiola Oliveira. *Les relations post-contractuelles*. Memoire pour le Diplome d'Études Approfondis. Strasbourg: Faculté de Droit. Université Robert Schuman de Strasbourg, 2002. Disponível em: <http://www-cde.u-strasbg.fr/da/da/AnnexesMemoires/Promo2002/seibt.pdf>.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. Revisão dos contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas relevantes de direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 380-382.

SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio R. (Coords.). *Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão: direito privado*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto (Die positiven vertragsverletzungen)*. Trad. it. di Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. São Paulo: Renovar, 2008.

TREVISAN, Marco Antônio Responsabilidade civil pós-contratual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 199-215, out./dez. 2003.

UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1 e v. 2.

VARELA, João de M. Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. 12. reimp. Coimbra: Almedina, 2017. v. 2.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - L.G.D.J., 2008.

VINEY, Geneviève. *Traite de droit civil: les obligations. la responsabilité: effets*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - L.G.D.J., 1988.

WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil alemão: direito das obrigações: parte geral*. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Traducción de Jose Luiz Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1977.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford University Press, 1996.

Legislação

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010*. Altera e consolida as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e dá outras providências. Brasília, DF, 2010. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2010/pdf/res_3919_v4_p.pdf. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei 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. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Brasília, DF, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Instituiu o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº

5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 4.886, de 09 de dezembro de 1965*. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Brasília, DF, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4886.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

CANADA. *Code Civil du Québec* (à jour au 1er décembre 2019). Disponível em: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991>. Acesso em: 13 dez. 2019.

DEUTSCHLAND. *Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*. Reichsgesetzblatt 1896, S. 195, Nr. 21, ausgegeben am 24. 08. 1896, in Kraft seit 01. 01. 1900. Disponível em: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BGBalle Fassungen.htm>. Acesso em: 13 dez. 2019.

ESPAÑA. Gobierno de España. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Ministerio de Gracia y Justicia. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

ITALIA. *Il Codice Civile Italiano*. R.D. 16 marzo 1942, n. 262. Approvazione del testo del Codice Civile. (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942). Edizione in corso di aggiornamento a cura di avv. F. Chiaves - dott.sa V. Virzi sotto la supervisione del prof. P. G. Monateri. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm. Acesso em: 13 dez. 2019.

NETHERLANDS. *Dutch Civil Code*. (Civil Code of the Netherlands). 1838. Disponível em: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acesso em: 25 dez. 2019.

PORTUGAL. *Código Civil Português* (atualizado até à Lei 59/99, de 30/06). Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Code Civil*. [Version consolidée à la date du 23 octobre 2019]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191213>. Acesso em: 13 dez. 2019.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939>. Acesso em: 13 dez. 2019.

UNIDROIT Principles of international commercial contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT, 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. Acesso em: 13 dez. 2019.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 293.778/RS*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 29 de maio de 2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=190994&num_registro=200001353420&data=20010820&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 256.274/SP*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 26 de setembro de 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=266525&num_registro=200000395935&data=20001218&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 681.856/RS*. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 12 de junho de 2007. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3235624&num_registro=200401143593&data=20070806&tipo=5&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Quarta Turma. Recurso Especial nº 276.025/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 12 de dezembro de 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=248411&num_registro=200000899844&data=20010312&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.391.627/RJ. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=56376818&num_registro=201302022540&data=20160212&tipo=5&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Terceira Turma. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 794.821/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 25 de outubro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65717361&num_registro=201502577850&data=20161114&tipo=5&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Terceira Turma. Recurso Especial nº 595.631/SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 08 de junho de 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1308529&num_registro=200301657327&data=20040802&tipo=5&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Terceira Turma. Recurso Especial nº 953.389/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6779284&num_registro=200701157039&data=20100511&tipo=5&formato=PDF.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 2006071016999-3APC. Relator: Hector Valverde Santana. Julgado em 15 de julho de 2009. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 10ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível. Processo nº 1000989-57.2016.8.26.0477. Relator: Penna Machado. Julgado em 26 de novembro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 14ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível. Processo nº 0011836-20.2008.8.26.0606. Relator: Melo Colombi. Julgado em 19 de outubro de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 29ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível. Processo nº 0152336-05.2008.8.26.0100. Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan. Julgado em 16 de setembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 32ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível*. Processo nº 0015762-17.2013.8.26.0482. Relator: Luis Fernando Nishi. Julgado em 26 de novembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 32ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível*. Processo nº 9049922-42.2009.8.26.0000. Relator: Hamid Bdine. Data de Julgamento: 30/01/2014, Data de Publicação: 01/02/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 32ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível*. Processo nº 9049922-42.2009.8.26.0000. Relator: Hamid Bdine. Data de Julgamento: 30/01/2014, Data de Publicação: 01/02/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. 33ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível 0226727-23.2011.8.26.0100*. Relator (a): Sá Duarte; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 25ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/05/2015, Data de Registro: 12/05/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 4ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível*. Processo nº 9113042-35.2004.8.26.0000 [antigo 361.396-4/4]. Relator: Francisco Loureiro. Julgado em 12 de novembro de 2008. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. *Apelação Cível 0010282-51.2009.8.26.0077*. Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Birigui - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/05/2014, Data de Registro: 28/05/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. *Apelação Cível 0047043-81.2009.8.26.0562*. Relator (a): Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/04/2013, Data de Registro: 04/04/2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6630765&cdForo=0>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível 9113042-35.2004.8.26.0000*. Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 13/11/2008; Data de Registro: 26/11/2008. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - *TJRJ* 6ª Câmara Cível. *Apelação Cível*. Processo nº 013611341.2009.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo. Julgado em 31 de maio de 2017. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004EFE129215054CB49EAEDC6F752B17750C505545B2915&USER=>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70070664370/RS 0276631-35.2016.8.21.7000. Relator: Liége Puricelli Pires. Julgado em 31 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 588.042.580/RS. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 16 de agosto de 1988. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>.