

A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO*

Ana da Cunha Gouvea Costa

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa bibliográfica de método instrumental tem por finalidade examinar a doutrina da violação positiva do contrato, demonstrando a utilidade dessa terceira nova categoria de inadimplemento, além das tradicionalmente existentes em nosso sistema jurídico.

O primeiro capítulo, de maneira sucinta, descreve a longa trajetória dos direitos fundamentais para justificar a atual forma de conceber e interpretar o Direito Civil, especialmente no campo das obrigações. Na medida em que se estuda a perspectiva histórica desses direitos com os diversos modelos de Estado em que se desenvolveram, identificam-se numerosos fenômenos – surgimento de microssistemas legislativos, constitucionalização do Direito Civil, adoção de um sistema aberto – com a finalidade de proporcionar relações contratuais em condições de efetiva igualdade entre as partes. Nesse contexto, a consagração da boa-fé objetiva se destaca como instrumento jurídico fundamental para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, uma vez que o dever de mútua cooperação e lealdade entre as partes contratantes reflete o objetivo do nosso constituinte originário de construir uma sociedade justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana.

Depois de estabelecidos ditos pressupostos, o segundo capítulo visa abordar a boa-fé objetiva, consoante as três funções em que se ela insere: interpretativa, limitadora de direitos subjetivos e criadora de deveres anexos. Vista sob essas três perspectivas, torna-se possível a compreensão da boa-fé no nosso ordenamento, como fenômeno normativo protetor das legítimas expectativas havidas nas relações entre particulares. Destaca-se, nesse particular, que a imposição normativa de uma conduta de mútua cooperação e lealdade entre as partes se reflete na maneira de entender a relação obrigacional e, conseqüentemente, o adimplemento. Enquanto a primeira se define como um processo sistêmico, o segundo se compreende como a satisfação do interesse do credor em sua acepção mais ampliada. É o que se detalhará ao ensejo de seu estudo.

Uma vez examinado o adimplemento no contexto da relação obrigacional complexa, o terceiro capítulo tem como proposta a exposição de um breve panorama do inadimplemento no sistema jurídico atual. Na oportunidade, fixar-se-ão os principais contornos definidores do inadimplemento absoluto, da mora e das garantias legais da prestação (vícios redibitórios

* Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* Ordem Jurídica e Ministério Público da FESMPDFT.

e evicção), com o objetivo de estabelecer futuras diferenças com as hipóteses capazes de ensejar a violação positiva do contrato.

Finalmente, o último capítulo abordará especificamente o título desta monografia. Em um primeiro instante, o estudo se restringirá à exposição da doutrina sistematizada por Herman Staub, com as críticas que lhe foram dirigidas. Somente após sua análise é que se demonstrará a necessidade de reconhecer a doutrina da violação positiva do contrato como terceira via de inadimplemento, ressalvadas as pertinentes adaptações para preservar a coerência com as categorias jurídicas já existentes em nosso ordenamento jurídico.

1 PRESSUPOSTOS PARA COMPREENSÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO INSTRUMENTO DE RELEITURA DO DIREITO CIVIL A PARTIR DA INFLUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A figura da violação positiva do contrato, ou cumprimento defeituoso, como denomina a doutrina portuguesa,¹ é consequência de uma série de acontecimentos históricos que refletiram na nova forma de conceber o Direito Civil. Conquanto seu estudo esteja inserido no âmbito do inadimplemento, para compreender as causas e as dimensões dessa nova categoria jurídica, é preciso alcançar a amplitude, os limites e as distinções do princípio da boa-fé especialmente na sua função criadora de deveres anexos.

Entretanto, para compreender a cláusula geral da boa-fé como princípio norteador de nosso sistema, é preciso estabelecer outras premissas que serão examinadas na primeira parte deste trabalho monográfico. Como veremos nos tópicos seguintes, a consolidação da boa-fé objetiva reflete uma série de transformações na forma de conceber o sistema jurídico. Ao mesmo tempo em que sua adoção reproduz as consequências de aproximação entre as esferas público/privada e uma série de movimentos associados a essa mudança, a boa-fé objetiva constitui um instrumento para inserção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, fazendo do contrato um ponto de encontro para esses direitos.²

Destrinchar o caminho histórico percorrido pelos direitos fundamentais não é objetivo central deste tópico. Contudo, é imprescindível fazê-lo, mesmo de forma breve, a fim de que se alcance a correta compreensão das múltiplas dimensões dos direitos fundamentais e sua correlação com a nova forma de enxergar o Direito Privado. Assim, nos próximos subtítulos, far-se-á um breve exame desses direitos, para correlacioná-los com a forma mais contemporânea de se estudarem alguns institutos do Direito Civil.

¹ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. V. 2. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 127-128.

² A concepção do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais é proposta por Thiago Luís Santos Sombra. Para maiores detalhes, cf. SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 72.

1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONCEPÇÃO LIBERAL CLÁSSICA

Os contornos do Estado Liberal surgem como contraposição às monarquias absolutas.³ É que o Estado Absoluto, caracterizado pelos poderes ilimitados do governante e pelos privilégios de uma nobreza perdulária e parasita, já não agradava os interesses da burguesia nem os anseios do povo.

Para superar esse modelo de Estado, diversos foram os movimentos sociais e políticos, entre os quais podemos mencionar: a Revolução Gloriosa (1688); a independência das colônias inglesas na América do Norte (1776), seguida da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e do Bill of Rights (1791); a Revolução Francesa (1789) e a primeira Constituição Francesa (1791).

Sinteticamente, todos esses movimentos, inspirados pela ideologia iluminista, visavam institucionalizar um Estado fundado em dois pilares: separação de poderes e reconhecimento de direitos fundamentais. Como assevera José Guilherme Merquior:

O liberalismo clássico, ou liberalismo em sua forma histórica original, pode ser toscamente caracterizado como um corpo de formulações teóricas que defendem um Estado constitucional (ou seja, uma autoridade nacional central com poderes bem definidos e limitados e um grau de controle pelos governados) e uma ampla margem de liberdade civil (ou liberdade no sentido hobbesiano). A doutrina liberal clássica consiste em três elementos: a teoria dos direitos humanos; constitucionalismo, e ‘economia clássica’.⁴

Com efeito, o interesse da burguesia se identificava com a abolição dos privilégios do *Ancien Regime*,⁵ a limitação da autoridade estatal e a correspondente liberdade no âmbito das relações individuais, com a estruturação de um Estado que garantisse a

³ A propósito, Norberto Bobbio define o absolutismo como forma específica de organização do poder: “Surgido talvez no século XVIII, mas difundido na primeira metade do século XIX, para indicar nos círculos liberais os aspectos negativos do poder monárquico ilimitado e pleno, o termo-conceito Absolutismo espalhou-se desde esse tempo em todas as línguas técnicas europeias para indicar, sob a aparência de um fenômeno único ou pelo menos unitário, espécies de fatos ou categorias diversas da experiência política, ora (e em medida predominante) com explícita ou implícita condenação dos métodos de Governo autoritário em defesa dos princípios liberais, ora, e bem ao contrário (com resultados qualitativa e até quantitativamente eficazes), com ares de demonstração da inelutabilidade e da conveniência se não da necessidade do sistema monocrático e centralizado para o bom funcionamento de uma unidade política moderna [...] De um ponto de vista descritivo, podemos partir da definição de Absolutismo como aquela forma de Governo em que o detentor do poder exerce este último sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores”. Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. João Ferreira. 5. ed., Brasília: UnB, 2000, p. 1-2.

⁴ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. Trad. Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 65.

⁵ Segundo Norberto Bobbio, “o antigo regime coloca-se no período do final da Idade Média, entre a Guerra dos Cem Anos e a Guerra das Religiões, consistindo não apenas numa forma de Estado, mas também de uma sociedade, com seus poderes, costumes, mentalidades e instituições. Suas características principais se identificavam com um regime feudal, centrado no respeito da propriedade e da monarquia; um regime eclesiástico ou ligado à Igreja; um regime de venalidade e hereditariedade nos cargos; um regime de desigualdade do nascimento e de privilégios.” Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola;

segurança capaz de proporcionar um amplo espaço de autodeterminação. É nesse contexto que emergem diversas teorias, seja para coibir os abusos de poder estatal, preconizando sua separação e limitação,⁶ seja para defender os mecanismos de proteção de direitos e garantias individuais.

Nesse momento, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos públicos subjetivos oponíveis apenas em face do Estado. São os chamados direitos de defesa,⁷ que correspondem ao *status* negativo na teoria de Jellinek.⁸ Buscava-se proteger as liberdades privadas dos indivíduos, reconhecidos em situação de igualdade formal, diante do Estado, o grande adversário da liberdade. Verdadeiramente, a consagração da igualdade formal, da liberdade individual e do direito de propriedade, conjugada com a contenção estatal, permitiu a elevação da burguesia e o florescimento do regime capitalista. Dessa maneira, Sarmento assevera:

Na lógica do Estado Liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa [sublinhas nossas]. Entendia-se, então, que a sociedade e o Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade [sublinhas nossas].⁹

PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. João Ferreira. 5. ed., Brasília: UnB, 2000, p. 29-30. A respeito do objetivo de abolição dessa forma de sociedade antiga, são pertinentes as palavras de Tocqueville: “Como o objetivo da Revolução Francesa não era tão somente mudar o governo, mas também abolir a antiga forma de sociedade, teve de atacar-se, ao mesmo tempo, a todos os poderes estabelecidos, arruinar todas as influências reconhecidas, apagar as tradições, renovar os costumes e os hábitos e esvaziar, de certa maneira, o espírito humano de todas as ideias sobre as quais se assentavam até então o respeito e a obediência [...] A Revolução não foi feita, como se pensou, para destruir o império das crenças religiosas. Apesar das aparências, foi essencialmente uma revolução social e política ... A verdade é que destruiu inteiramente ou está destruindo (pois ela ainda continua) tudo que, na antiga sociedade, derivava das instituições aristocráticas e feudais, tudo que a elas se ligava de uma ou outra maneira, tudo que delas trazia uma marca por menor que fosse.” Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo Regime e a Revolução*. Trad. Yvonne Jean. 4. ed., Brasília: UnB, 1997, p. 56 e 67.

⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 31-32 e 35.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 258-262.

⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 13.

Nessa lógica de um Estado absenteísta, desenvolve-se a chamada “Era da Codificação,” em que o Direito Civil asseguraria, no plano concreto, que as relações entre indivíduos, por ele regulamentadas, se mantivessem apartadas do Estado.¹⁰ Destacam-se, nesse fenômeno, o Código de Napoleão (1804) e o BGB (Código Civil Alemão, de 1896).

Ao ensejo, o Código de Napoleão consagrou o pensamento jurídico oitocentista, consolidando o contrato como instrumento de circulação de riqueza – que se traduzia na propriedade privada – capaz de favorecer os interesses da burguesia, já que a liberdade de contratar representava, para essa classe, a possibilidade de adquirir bens e de fazê-los prosperar.¹¹ A respeito da codificação napoleônica, destaca Sylvie Humbert:

A época das luzes se caracteriza igualmente por uma vontade de codificação: os déspotas esclarecidos se pretendiam codificadores [...] Desde sua tomada no poder, Bonaparte considerou que uma Constituição Política da França deveria ser acompanhada de uma Constituição Civil da sociedade francesa. [...] Um código é bem sucedido assim que ele ordena uma sociedade segundo os princípios que ela reconhece como fundadores. Esse é o caso do Código de 1804 que transcreve na ordem civil os princípios da Declaração de 1789: princípio da igualdade perante a lei [...], espírito de liberdade [...], quanto à propriedade, ela se torna pedra angular da sociedade.¹²

O Código Civil era visto como uma “constituição privada”, regulando a vida dos cidadãos, do seu nascimento até a morte.¹³ A codificação criava um sistema fechado, com prevalência de regras jurídicas, cuja pretensão consistia em disciplinar todos os fatos da vida. Como defendia Rousseau: “É preciso três Códigos: um político, um civil e outro criminal. Todos claros, curtos e precisos tanto quanto possível. E nós não precisaremos de outros corpos de direito”.¹⁴ A atividade do intérprete se resumia, portanto, a identificar o fato e subsumi-lo à norma jurídica aplicável. Dessa maneira, Luiz Edson Fachinni Neto observa:

¹⁰ FINGER, Júlio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 87.

¹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 42-45.

¹² HUMBERT, Sylvie. *Il y a deux cents ans, le Code Civil*. Disponível em: <www.afhj.fr> . Acesso em: 15 out 2009, p. 1, 3 e 5. No original: «L'époque des Lumières se caractérise également par une volonté de codification: les despotes éclairés se veulent codificateurs [...] Dès sa prise au pouvoir, Bonaparte a considéré qu'une Constitution politique de la France devait s'accompagner d'une Constitution civile de la société française [...] Un code est réussi lorsqu'il ordonne une société selon les principes qu'elle reconnaît comme fondateurs. Tel est le cas pour le Code de 1804 qui transcrit dans l'ordre civil les principes de la Déclaration de 1789: le principe d'égalité devant la loi [...], l'esprit de liberté [...], quant à la propriété, elle devient, dans le Code civil, la pierre angulaire du nouvel ordre social.»

¹³ FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 86.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Apud* HUMBERT, Sylvie. *Il y a deux cents ans, le Code Civil*. Disponível em: <www.afhj.fr> . Acesso em: 15 out 2009, p. 1. No original: «Il faut trois Codes: l'un politique, l'un civil et l'autre criminel. Tous trois claires, courts et précis autant qu'il sera possible. Et l'on n'aura pas besoin d'autre corps de droit.»

A ideologia jurídica que predomina, que podemos denominar de “a ideologia dos 3 c’s”: pretende-se que a legislação civil (leia-se os códigos) seja completa, clara e coerente. A ideologia da completude significa que a legislação é supostamente completa, não possuindo lacunas; a ideia de legislação caracterizada pela sua clareza significa que as regras jurídicas são facilmente interpretáveis, não contendo significados ambíguos ou polissêmicos. E a ideologia da coerência afasta a possibilidade de antinomias (...) Aos juízes, reservar-se-ia o papel de *bouche de la loi* (...) Em termos de técnica legislativa, utilizava-se, sobretudo, a forma da regra jurídica, contendo *fattispecie* completa (preceito e consequência jurídica).¹⁵ [sublinhas nossas]

Prevalecia, assim, o dogma da completude, fazendo dos códigos o centro do sistema jurídico, essencialmente marcado pelo voluntarismo, expressos na liberdade formal e na autonomia contratual, e por uma proteção da propriedade imobiliária. Enquanto isso, às Constituições cabia a tarefa precípua de organização política, mediante a repartição de poderes e competências, sendo que os direitos fundamentais eram vistos como meros programas, sem qualquer força normativa.¹⁶

Nesse contexto, cujo traço central é o individualismo, é que se apresenta de forma mais intensa a dicotomia entre o público e o privado, como espelho da distância entre Estado e sociedade, consequência do dever de não intervenção do Estado na autonomia privada. Eis, portanto, a razão pela qual, nesse momento histórico, não se concebeu um Direito Civil que admitisse, ainda que indiretamente e por meio de instrumentos jurídicos, a intervenção do Estado nas relações entre particulares com o intuito de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, pois essas relações estariam única e completamente reguladas pelas regras dos códigos.¹⁷

1.2 A MODIFICAÇÃO DO PARADIGMA LIBERAL: O ESTADO LIBERAL

O desenvolvimento desenfreado do capitalismo, acompanhado pela crescente industrialização, nesse modelo de Estado mínimo, gerou um quadro de profunda desigualdade social e de exploração do homem pelo homem. Vieira de Andrade salienta:

¹⁵ FACCHINI NETO, Luiz Edson. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20.

¹⁶ “Os direitos inclusos nos documentos constitucionais, como limites ao poder do estado, não operavam direta e imediatamente [...] eram concebidos mais como diretrizes ou pautas políticas e menos como normas jurídicas vinculantes.” Cf. STEINMETZZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 73. Em sentido semelhante, aludindo que o legislador, como poder soberano, devia apenas veneração moral ou política à Constituição: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 264.

¹⁷ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 33.

A industrialização e o progresso técnico desenraizaram o homem das suas terras, amontoaram-nos nas cidades, impuseram-lhes um ritmo acelerado de vida e desenharam-lhes os horizontes de um bem-estar material. Privados do seu espaço e do seu tempo, arregimentados em estruturas intermédias, desde a fábrica ao sindicato e ao partido, dirigidos e controlados pela publicidade (propaganda) e pelos meios de comunicação de massa que lhes ditavam as ideias e os produtos prontos a consumir –, os homens dissolvem-se na sociedade e nela encontram seu destino. (...) A liberdade individual e a concorrência econômica não tinham conduzido ao melhor dos mundos, mas um mundo de injustiças flagrantes – designadamente, a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade e abriu uma ‘questão social’, em termos de afectar a própria segurança burguesa. (...) Revoltados contra a ordem injusta que a abstenção do Estado Liberal tinha consentido, os mais desfavorecidos organizam-se e pretendem o domínio do poder político ou, pelo menos, reivindicam dos poderes públicos uma intervenção efectiva para uma transformação radical das estruturas sociais.¹⁸ [sublinhas nossas]

A atitude de indiferença do Estado ante as desigualdades materiais faz despertar a consciência de amplos e diversos setores marginalizados, que passam a reivindicar novas condições de vida e trabalho. Assim, as recém-formadas organizações de massa, especialmente o proletariado urbano, passam a requerer um modelo de Estado atuante, que viabilizasse o exercício efetivo das liberdades consagradas nas Constituições.

Uma vez reconhecida a impossibilidade de a liberdade garantir a igualdade material, exige-se uma atuação positiva do Estado, intervindo na economia e na sociedade. Assim, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão: direitos dos trabalhadores, previdência social, saúde, habitação, educação, etc.

O aumento da intervenção estatal na regulação coercitiva do comportamento dos indivíduos é bem nítido no período que sucede ao segundo pós-guerra. Tal postura se reflete no âmbito do Direito Privado, já que o dirigismo estatal será a fórmula encontrada para promover a ética da solidariedade, com a conseqüente relativização da autonomia da vontade e do individualismo.¹⁹

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 55-56.

¹⁹ FACHINNI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.

In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 23.

O modelo de Estado interventor também se revela numa produção legislativa extravagante, de caráter promocional, como forma de desenvolvimento e detalhamento do programa normativo pretendido pelas Constituições. É a chamada “Era dos Estatutos”, deslocando-se o monossistema, simbolizado pelos códigos totalizantes, em direção à polissemia legislativa dos microssistemas (por exemplo, Lei de Locações, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, etc).²⁰ Nessa esteira, afirma Júlio Cesar Finger:

No influxo gerado pela nova postura intervencionista estatal, em busca da igualdade material, o direito civil, até então impregnado da ideologia liberal, e com as pretensões centralizadoras e totalizantes da codificação (completude), não apresentava mais soluções de molde a regular em contento as novas exigências sociais. A Revolução Industrial gerou uma cultura massificada, com grande circulação de bens, muitos deles dissociados da propriedade imobiliária clássica regulada na codificação (...) novos diplomas legais, postos para regular essas novas situações que não encontravam tratamento adequado no direito civil codificado. Assim é que surgiram, v.g, as normas de proteção do contrato de trabalho, a Lei do Direito Autoral, a Lei das Locações Urbanas, do Condomínio Vertical, o Estatuto da Terra, e, mais recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. Essa nova legislação, que instituiu novos ramos jurídicos autônomos, exibia também princípios ordenadores diferenciados, constituindo microssistemas. (...) Toda essa legislação descentralizada, de modo geral, foi a consequência, em nível infraconstitucional, do Welfare State. A legislação do Estado de Bem-Estar promoveu, na esfera da autorregulação individual, uma forte intervenção, comprimindo a autonomia da vontade. Essa nova normatividade impôs a proteção de uma das partes envolvidas na relação jurídica, considerada hipossuficiente, de molde a equilibrar juridicamente o que faticamente assim não era, buscando, dentro do espírito dos direitos sociais, uma igualdade em sentido material.²¹ [sublinhas nossas]

As Constituições²² que seguem esse modelo de Estado passam a trazer verdadeiros catálogos de direitos sociais, ampliando um texto que se restringia a cuidar de organização política, para um programa de atividade estatal no domínio social, econômico e cultural.

²⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 23.

²¹ FINGER, Júlio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 91.

²² Por exemplo, a Constituição de Weimar, a Constituição Mexicana e, no Brasil, a Constituição de 1934.

Nessa abordagem, o conjunto de direitos fundamentais se apresenta como uma tarefa preestabelecida, posta e protegida pelo Estado. Tais direitos não traduzem apenas liberdades e garantias do particular em frente ao Estado, mas também constituem valores da comunidade que consubstanciam uma dimensão objetiva e irradiante por todo o ordenamento jurídico, o que favorecerá uma visão crítica sobre o Direito Civil tradicional. Nesse sentido, ressalta André Rufino:

A gradual desconstrução do modelo liberal de dicotomia entre sociedade e Estado impôs uma nova estrutura à relação jurídica fundamental: ao lado do modelo liberal clássico indivíduo-Estado, passou-se a considerar a relação indivíduo-indivíduo. Trata-se do ponto de mutação mais importante ao longo da história de afirmação dos direitos fundamentais, surgindo daí a obrigatoriedade desses direitos também no âmbito das relações privadas. Com isso, foi possível reconhecer, nos direitos fundamentais, não só uma dimensão subjetiva, pela qual os direitos, liberdades e garantias representam direitos subjetivos de defesa perante os poderes estatais, mas uma dimensão objetiva, com eficácia irradiante em várias direções que não somente a do Estado.²³

Isso posto, verifica-se que a influência socializante dos direitos à prestação aproxima Estado e Sociedade na busca de sua concretização, produzindo um esgotamento da rígida diferenciação entre o público e o privado.²⁴ O sujeito de direito não é mais concebido individual e isoladamente, pois o homem é membro da sociedade reivindicante das liberdades, na qual o Estado interventor, gradualmente, cede espaço para se pensar na aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, o que permitirá uma releitura do Direito Civil.

1.3 O ESTADO PÓS-SOCIAL

Conquanto se reconheça a importância intervencionista do Estado-Providência, cujo objetivo consistia na promoção da igualdade real, não se pode negar que a pretensão de um Estado onipresente, em todas as áreas, teve seus fracassos.²⁵

²³ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 49.

²⁴ Eugênio Facchini Neto defende que, no período do Estado totalizante, há de se reconhecer o primado do público sobre o privado. Cf. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 21-22.

²⁵ “Sinteticamente, pode-se afirmar que a ineficiência e a incapacidade do Estado Social em atender as demandas dos seus cidadãos-clientes relacionam-se com: o crescimento explosivo do Estado, não apenas na área de regulação, mas também nos planos sociais e empresariais; o aumento no número de burocratas públicos; o crescimento da carga tributária e da dívida externa; o processo de globalização, com a consequente redução da capacidade do Estado na formulação de políticas macroeconômicas e de isolamento de sua economia da competição internacional.” Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Caderno 1. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: Brasília, 1997, p. 10-14.

O insucesso do Estado de Bem-Estar, nos países desenvolvidos, e do Estado Desenvolvimentista e Protecionista, nos países em desenvolvimento, contribuiu para o surgimento de diversos movimentos favoráveis a uma reforma administrativa inspirada na redução do tamanho do Estado²⁶ e na delimitação de suas funções. Nesse sentido, assinala Bresser Pereira:

Delineia-se, assim, o Estado do século vinte-e-um. Não será certamente o Estado Social Burocrático, porque foi esse modelo de Estado que entrou em crise. Não será também o Estado Neoliberal sonhado pelos conservadores, porque não existe apoio político nem racionalidade econômica para a volta a um tipo de Estado que prevaleceu no século dezenove. Nossa previsão é a de que o Estado do século vinte-e-um será um Estado Social-Liberal: social porque continuará a proteger os direitos sociais e a promover o desenvolvimento econômico; liberal, porque o fará usando mais os controles de mercado e menos os controles administrativos, porque realizará seus serviços sociais e científicos principalmente através de organizações públicas não-estatais competitivas, porque promoverá a capacitação dos seus recursos humanos e de suas empresas para a inovação e a competição internacional.²⁷

Definir o Estado Pós-Social constitui um desafio que aqui não se pretende superar, já que esse Estado está sendo construído e definido na atualidade. É mister, porém, traçar seus contornos.²⁸ Nessa ótica, reconhece-se como sua característica marcante a fragilidade do Estado ante o fenômeno da globalização. Não se pode negar que a globalização trouxe inúmeras vantagens, entre as quais, a troca de informações e o incremento do tráfego de pessoas, por exemplo. Todavia, o Estado enfrenta novas situações, atinentes ao comércio internacional, ao poderio das multinacionais e dos grandes grupos econômicos, que restringem, indiretamente, sua capacidade de disciplinar seus assuntos internos.²⁹ Sobre esse fenômeno, sintetiza André Rufino:

²⁶ Sobre esse tema, interessante observação de Carlos Ari Sundfeld: “No atual processo de redução do tamanho e da ação do Estado, soluções autônomas vêm sendo adotadas com diferentes objetivos. De um lado, confere-se alguma autonomia a certas organizações estatais prestadoras de serviço, na intenção de torná-las mais ágeis e estáveis (agências executivas – Lei federal 9.649, de 27.5.1998). De outro, incentiva-se a assunção por entes não estatais – nesse sentido, autônomos em relação ao Estado – de serviços de interesse geral como saúde, educação e cultura (organizações sociais disciplinadas pela Lei federal 9.637, de 15.5.1998, e organizações da sociedade civil de interesse público de que trata a Lei federal 9.790, de 23.3.1999). Ademais, buscam-se mecanismos para ampliar a autonomia de empresas estatais, na esperança de atrair mais recursos, além de gerar eficiência e responsabilidade na gestão.” Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços públicos e regulação estatal*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, [s.d.], p. 24.

²⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Caderno 1. Ministério da Administração Federal e Reforma de Estado: Brasília, 1997, p. 18.

²⁸ Eugênio Facchini Neto, com apoio em Jesus Ballesteros e Paulo Ferreira da Cunha, identifica a pós-modernidade com pluralismo cultural, antietnocentrismo e antirracismo, descolonização e anticolonialismo, pacifismo, ecologismo, feminismo, inalienabilidade de direitos humanos, antipatrimonialismo, antivoluntarismo, primado do Homem sobre as coisas, de Espírito sobre a matéria, Idade Ética, Estética e aberta aos Transcendentes. Cf. FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 25.

²⁹ Veja, por exemplo, como a bolha imobiliária norte-americana afetou as economias do mundo.

As transformações tecnológicas, que permitem uma maior agilidade no processamento e transmissão de informações, influenciam as atividades econômicas, modificando os mercados e consubstanciando uma realidade diferenciada de organismos multilaterais, onde as esferas pública e privada se interpenetram com a perda das soberanias estatais. Todo esse processo, ilustrado pelos programas de privatização, delegações de competência, desregulamentação, desconstitucionalização e deslegalização, afeta profundamente as instituições jurídicas que, como parece certo, dificilmente guardarão semelhança com o modelo jurídico forjado na modernidade, nos âmbitos dos Estados Liberal e Social. Pode-se falar, então, na ocorrência de uma nova ruptura histórica. Ou seja, o modelo jurídico legado pelo Estado da era moderna perde espaço para um modelo mais condescendente com a nova realidade do mundo globalizado.³⁰ [sublinhas nossas]

Dentro desse quadro globalizante, outros poderes se apresentam além do Estado. São novos atores sociais – empresas transnacionais, instituições financeiras, diversos tipos de associações, organizações não governamentais, organizações religiosas – que são tão ou mais ameaçadores aos direitos fundamentais quanto o próprio Estado. Exemplificando as diversas esferas de poder, Wilson Steinmetz destaca:

(i) megagrupos industriais e comerciais (nacionais e multinacionais) produtores de bens e prestadores de serviços, com poderes econômicos superiores a muitos Estados nacionais; (ii) megagrupos financeiros (bancos, fundos de pensão, companhias de seguro, corretoras e investidores internacionais diversos) com capacidade de condicionar e até impor modelos de políticas econômicas e com capacidade de articular e executar “ataques financeiros especulativos” desestabilizadores de economias nacionais e regionais; (iii) megagrupos midiáticos – com destaque para as redes de televisão – com a capacidade de monopolizar as informações; (iv) associações e sindicatos com grande poder de pressão e de barganha e (v) organizações criminosas que desafiam a capacidade do Estado nacional em combatê-las.³¹

Wilson Steinmetz continua sua lista exemplificativa de detentores de poderes privados, acrescentando o Movimento de Trabalhadores Rurais Sem Terra, o Movimento dos Sem-Teto, centrais sindicais, associações de classe, associações profissionais, associações de consumidores, cooperativas, grupos de defesa de minorias, ambientalistas,

³⁰ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 65.

³¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

feministas, entre outras entidades. Assim, conclui o mencionado autor sustentando a existência desses “contrapoderes privados” ou “contrapoderes públicos não estatais”, que, não obstante fossem criados para lutar pela efetividade dos direitos fundamentais, adotam práticas que colidem com eles.³² Dessa maneira, o reconhecimento desses atores privados constitui mais um argumento favorável ao abandono de uma aplicação absoluta dos clássicos princípios civilistas, já que as relações entre particulares nem sempre ocorrerão em condições de plena igualdade entre as partes.

Internamente, o Estado pós-moderno busca conciliar os direitos sociais ínsitos do indivíduo com os dos grupos situados numa comunidade multicultural. Nesse contexto histórico-social em desenvolvimento, os direitos fundamentais enfrentam novos desafios que proporcionam o surgimento de direitos de terceira (direito do consumidor, proteção ao patrimônio histórico e cultural, meio ambiente equilibrado)³³ e quarta dimensões (direito à democracia, à informação, ao pluralismo).³⁴

Oportuno ressaltar que a concepção dos direitos fundamentais em dimensões (ou gerações) existe apenas para destacar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos decorrem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Os direitos de cada geração continuam válidos juntamente com os direitos da geração que lhe antecede e sucede, ainda que sujeitos a novas dicções sociais e jurídicas. Desse modo, a visão de direitos fundamentais em termos de gerações revela o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo.³⁵

Ao observar esse processo contínuo e cumulativo dos direitos fundamentais, partindo do Estado Liberal (liberdade, igualdade, segurança) e Social (direitos sociais, econômicos e culturais) ao Estado Pós-Moderno (direitos relacionados ao princípio da solidariedade e, mais recentemente, à democracia e ao pluralismo), não se pode desprezar a evidente dimensão objetiva e o efeito irradiante desses direitos, no sentido de revelar os valores mais importantes da comunidade e de influenciar todo o sistema jurídico.

Examinadas as principais características do Estado Pós-Social, pode-se concluir que ele é a síntese da dialética Estado Liberal e Estado Social. Daí advém que, no Estado contemporâneo, ocorre uma convergência³⁶ entre o público e o privado, que se opera em

³² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88-89.

³³ Na Europa, os direitos de 3ª dimensão surgem a partir do segundo pós-guerra, ao passo que, no Brasil, essa dimensão só veio a ser incorporada com a Constituição de 1988, embora já tivesse sido esboçada em 1946. Cf. FINGER, Júlio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 91.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 571.

³⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 224.

³⁶ A propósito, salienta Norberto Bobbio que, no mundo contemporâneo, coexistem dois processos peculiares: a publicização do privado e a privatização do público, afirmando que “o primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para alcance dos próprios objetivos”. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 27.

duas direções. De um lado, constata-se certa “privatização do direito público”,³⁷ pois cada vez mais o Estado utiliza instrumentos e paradigmas jurídicos do Direito Privado, estabelecendo relações negociais com os particulares. De outro, identifica-se uma “publicização do Direito Privado”,³⁸ como, por exemplo, com a funcionalização de diversos instrumentos de Direito Privado (função social da propriedade, da empresa, dos contratos, da família) e com a constitucionalização do Direito Privado.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Privado reflete essa convergência entre o público e o privado. Assim, diversos princípios e institutos que eram classicamente tratados em códigos privados, especialmente ligados à família, à propriedade e aos contratos, foram incluídos e tratados na Constituição.³⁹

De uma forma sintética, a constitucionalização do Direito Privado proclama uma releitura de institutos e princípios típicos desse direito à luz da Carta Magna, tendo em vista os princípios da supremacia e da força normativa da Constituição. Na espécie, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui valor fonte da ordem constitucional, que se irradia por todo sistema jurídico. Segundo Teresa Negreiros:

A perspectiva civil-constitucional constitui, em suma, a perspectiva de análise e de interpretação empenhada em demonstrar e explorar a conexão entre a história do direito civil e a história constitucional – particularmente o projeto de sociedade ‘justa, livre e solidária’ (CF, art. 3º, I) que se foi delineado nas Constituições do século XX [...] consiste em um discurso de defesa dos princípios constitucionais e, especificamente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas – aí incluídas as relações tipicamente de natureza civil, travadas entre os particulares.⁴⁰

³⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 26.

³⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 26.

³⁹ Eugênio Facchini Neto apresenta a extensa lista exemplificativa de institutos de direito privado que receberam tratamento na CF/88: da liberdade de constituir associações e cooperativas (art. 5º, inc. XVII a XX); da legitimidade representativa das entidades associativas (art. 5º, inc. XXI); da liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); da impenhorabilidade da pequena propriedade rural (art. 5º, inc. XXVI); dos direitos autorais (art. 5º, incs. XXVII e XXVIII); da propriedade industrial (art. 5º, inc. XXIX); do direito à herança (art. 5º, inc. XXX); da necessidade de defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, art. 170, inc. V, art. 48 do ADCT); da limitação da responsabilidade civil *ex delicto* dos sucessores (art. 5º, inc. XLV); da garantia do devido processo legal (art. 5º, incs. LIV e LV); da vedação de provas ilícitas (art. 5º, inc. LVI); da admissão da ação penal privada, subsidiária da ação penal pública (art. 5º, inc. LIX); da indenização por erro judiciário (art. 5º, LXXV); da gratuidade de registro de nascimento e óbito (art. 5º, LXXVI); dos direitos dos trabalhadores (art. 7º e seus incisos); da dignidade da pessoa humana e do valor da justiça social como princípios informadores de toda ordem econômica, o que abrange também toda atividade negocial privada (art. 170, *caput*); da necessidade de proteção das microempresas e empresas de pequeno porte (art. 170, inc. IX, e art. 179); da função social da propriedade urbana (art. 182, § 2º); da usucapião urbana (art. 183); da usucapião rural (art. 191); do pluralismo da noção de família (art. 226, §§ 3º e 4º); do livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º); da proteção absolutamente prioritária devida à criança e ao adolescente, em todas as suas dimensões existenciais (art. 227); da absoluta igualdade entre filhos de qualquer natureza (art. 227, § 6º), vedando-se peremptoriamente qualquer discriminação a respeito; da necessidade de proteção aos idosos (art. 229 e art. 230). Cf. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 36.

⁴⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 58-67.

No Direito Civil, o diálogo estabelecido entre Direito Privado e Constituição se realiza também por meio de princípios, cláusulas gerais (boa-fé objetiva, função social do contrato) e conceitos jurídicos indeterminados. É que, ao contrário do paradigma liberal, se passa a adotar um sistema aberto, que exige do juiz uma atividade interpretativa e criadora para o caso concreto.

Vê-se, assim, que o Direito Civil adquire nova conformação, a partir do reconhecimento do efeito irradiador dos direitos fundamentais e da supremacia hierárquico-normativa da Constituição, cujo fundamento e objetivos se encontram, respectivamente, na dignidade da pessoa humana e na construção de uma sociedade livre, justa, solidária e sem desigualdades.

Ao aplicar e interpretar o direito, o juiz deve considerar os princípios constitucionais, “orientando a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, para além dos meramente patrimoniais.”⁴¹ Fala-se, então, na despatrimonialização⁴² do Direito Civil, ou seja, a primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre aqueles patrimoniais. Vale dizer, os bens e os direitos patrimoniais não são fins em si mesmos, mas meios para realização da pessoa humana. Nessa esteira, Heloisa Helena Barbosa salienta:

necessário é que se enfatize o ponto central dessa nova ordem jurídica, especialmente no que respeita às relações privadas: substitui-se a ótica liberal, individualista, patrimonialista do século passado, por uma visão que se pode denominar humanista. O homem continua como centro de estruturação do sistema jurídico, porém, não mais como produtor e motor dessa circulação de riquezas, e sim como ser humano, que deve ser respeitado e assegurado em todas as suas potencialidades como tal. O patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social, para se tornar instrumento da realização das pessoas humanas. Em outras palavras, o homem não mais deve ser ator no cenário econômico, mas regente das atividades econômicas. Insista-se: o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio.⁴³

Feita essa exposição histórico-evolutiva, conclui-se que, gradualmente, diversos fatores contribuem para aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que repercute, evidentemente, para a nova forma de conceber o Direito Privado. Com efeito, a consagração da supremacia da Constituição e da irradiação de seus valores –

⁴¹ FINGER, Júlio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 95.

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33-34.

⁴³ BARBOSA, Heloisa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1998-1999, p. 27-39.

especialmente a dignidade da pessoa humana – por todo o sistema jurídico implicará uma convergência entre as esferas pública e privada, cujos reflexos se concretizarão na constitucionalização do Direito Civil e na adoção de um sistema aberto, orientado por novos ideais.

Assim, a seguir, será objeto de análise – dada sua primordial importância para as modificações no Direito Civil – o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, demonstrando a relação que têm com a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da cláusula geral da boa-fé objetiva.

1.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, A SOLIDARIEDADE SOCIAL E O DIÁLOGO COM O DIREITO PRIVADO

1.4.1 DIGNIDADE, CONSTITUIÇÃO E DIREITO PRIVADO

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Revela-se, pois, a importância que o poder constituinte originário conferiu à pessoa humana, colocando sua dignidade no cerne de todo o sistema adotado e, de forma contundente, alçando-a como alicerce de nossa sociedade. Nessa esteira, a Lei Maior, no art. 170, *caput*, vincula a ordem econômica à finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social. O planejamento familiar (art. 226, § 7º) também é uma expressão que traduz o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Veja-se, a propósito, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III- a dignidade da pessoa humana.

(...)

Art. 170. A ordem econômica [...] tem por fim assegurar a todos existência digna.

(...)

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Ana Paula de Barcellos sintetiza:

é inerente observar que todas as normas constitucionais referidas guardam uma louvável unidade de sentido e propósito. Em todos os níveis da vida social, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana se repete como valor fundamental e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais.⁴⁴ [sublinhas nossas]

A inserção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos republicanos, no Título I, no primeiro artigo da Constituição Federal, comprova sua precedência interpretativa sobre todos os demais dispositivos constitucionais que lhe seguem. Isso significa que a dignidade da pessoa humana não constitui mera declaração de conteúdo ético-moral, mas transcende tal dimensão, apresentando toda sua índole de eficácia jurídico-positiva constitucional. Nesse contexto em que a dignidade em questão foi erigida como valor jurídico fundamental da comunidade, ela atua como valor-guia, não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica, haja vista a eficácia normativa da Constituição. Daí afirmar-se que a dignidade da pessoa humana, como valor-fonte fundamental do direito, é o princípio mais relevante de nossa ordem jurídica, na medida em que lhe confere unidade de sentido e valor, condicionando toda exegese e aplicação do direito vigente.⁴⁵ É esse o entendimento de Ingo Sarlet:

impõe-se seja ressaltada a função hermenêutico-integradora do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna [...] o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência [...]⁴⁶ [sublinhas nossas]

A partir desse reconhecimento da tutela da pessoa humana como centro valorativo do nosso sistema, verifica-se um processo de modificações substantivas e inovadoras na maneira de conceber conceitos e institutos do Direito Privado. Sem dúvida, a leitura do Direito Civil, sob a ótica constitucional, atribuirá novos contornos à teoria contratual, porquanto evidente o compromisso do Estado Democrático de Direito com a efetiva

⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167.

⁴⁵ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no novo Código*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 123.

realização dos direitos fundamentais, especialmente no que tange à proteção da dignidade.⁴⁷ Portanto, o Direito Civil contemporâneo adquire novo polo valorativo: no lugar do indivíduo, a tutela da pessoa. Essa é a doutrina de Tereza Negreiros:

O compromisso do direito civil com a tutela da dignidade da pessoa humana é, portanto, assumido pela perspectiva civil-constitucional como inapelável consequência da sujeição das relações interprivadas aos ditames constitucionais. Muito mais que autonomia e liberdades individuais, o ordenamento civil e, para o efeito deste trabalho, a ordem contratual em particular são instrumentos de realização existencial da pessoa humana – pelo que, sob pena de afrontar a Constituição, o intérprete e aplicador do Direito deve dar primazia à realização existencial em detrimento da realização patrimonial.⁴⁸

No mesmo sentido, Daniel Sarmento:

o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolve no seio da sociedade civil e no mercado.⁴⁹

É indubitável o intenso diálogo entre o Direito Privado e a Constituição, clarificado pela repercussão do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, para que esse princípio não nos pareça demasiadamente vago, ou até sem sentido, é basilar a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, que desdobrou, juridicamente, o referido princípio em quatro postulados essenciais: direito à igualdade, tutela da integridade psicofísica, direito à liberdade e princípio da solidariedade social. O direito à igualdade compreenderia não apenas aquela igualdade formal, mas também a isonomia material a que o Estado compromete-se a promover, corrigindo desigualdades socioeconômicas. Ele também se articularia com o direito à diferença ou diversidade, pois a sociedade é multicultural. O direito à integridade psicofísica abrangeria aspectos negativos (proibição de tratamento degradante, tortura, etc) e positivos (garantia de um salário para assegurar uma existência digna e de numerosos direitos da personalidade, tais como nome, imagem, honra, privacidade), sem esquecer sua projeção decorrente dos avanços da biomedicina (reprodução assistida, clonagem humana, por exemplo). Já o direito à liberdade, embora envolva o reconhecimento da autonomia do indivíduo, é sopesado pelo dever de solidariedade social. Por fim, a solidariedade, explícita no art. 3º da Constituição Federal, não emerge apenas do contato social, mas se identifica como instrumento para construção de uma sociedade livre, justa, sem excluídos ou marginalizados. Em síntese, Celina Bodin comenta:

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

⁴⁸ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 62.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59-60.

O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sendo iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.⁵⁰

Dignidade e solidariedade não se compreendem separadamente. As pessoas se realizam na comunidade, razão pela qual cada uma delas reconhece a dignidade das demais. Daí porque a vinculação não só do Estado, mas também dos privados aos direitos, às liberdades e às garantias, a ensejar a autodeterminação da pessoa, em frente de seus semelhantes e ao poder público.⁵¹ Para entender a dignidade da pessoa humana, Jorge Miranda propõe as seguintes diretrizes:

- a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento;
- c) A dignidade da pessoa humana enquanto homem e enquanto mulher;
- d) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas;
- e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- f) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- g) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- h) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;
- i) A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.⁵² [sublinhas nossas]

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 188.

⁵² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2000, p.183-184.

Ditos postulados sumarizam a dignidade da pessoa humana, na medida em que permitem a existência do “indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual,”⁵³ dentro do que José Joaquim Canotilho chama comunidade constitucional inclusiva, ou seja, a República, fundada na dignidade da pessoa humana, reconhece o multiculturalismo humano e está a serviço do homem na realização do bem comum.⁵⁴

Doravante, tem-se o substrato para justificar a boa-fé objetiva como concretização da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, da solidariedade.

1.4.2 SOLIDARIEDADE E BOA-FÉ OBJETIVA

Nossa Lei Fundamental consagrou um Estado Democrático de Direito que prioriza a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I) e convoca à erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III). A diretriz da solidariedade se apresenta, pois, como finalidade primordial, fruto de especificação da dignidade da pessoa humana, conforme explícito no tópico antecedente.

Desse projeto solidarístico, no centro da coexistência humana, emergem duas ideias substanciais. Primeiro, a de que “cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro”.⁵⁵ Nesse aspecto, a solidariedade se relaciona com a boa-fé, uma vez que esta cria deveres de cooperação. Cooperar consiste em ser leal às expectativas do *alter*, colocar-se no lugar do outro, considerando-o em cada momento da relação contratual, contribuindo para a manutenção do vínculo e da sua finalidade.⁵⁶ É, por exemplo, não obstruir nem atrapalhar a atuação do contratante, obstaculizando o cumprimento de suas obrigações, pela imposição do pagamento em locais e horas difíceis, ou pela colocação de procedimentos burocráticos exacerbados e impeditivos à realização de seus direitos, como a exigência de autorizações prévias de papéis somente por determinados funcionários.⁵⁷ Cláudia Lima Marques comenta interessante jurisprudência:

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina: 2003, p. 225.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina: 2003, p. 226.

⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 139.

⁵⁶ GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. *Revista de Direito Privado*, n. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 2006, p. 63.

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 234.

a seguradora de saúde queria punir com a reabertura das carências para internação hospitalar indivíduo que no dia do pagamento estava hospitalizado em hospital conveniado e, por isso, deixou de pagar no dia, adimplindo tão logo recebeu alta. A partir do dia do vencimento da parcela não “paga”, a seguradora negou-se a cobrir seus gastos médicos, alegando que “terceiro” deveria ter pago em dia e que o doente deveria ter se preocupado com o pagamento na data da convalescença. O relator Des. Loureiro Ferreira afastou a incidência de tal cláusula sob o argumento de força maior e ausência de culpa do consumidor (TJRS, 3ª C., Ap. 592088512, j. 30.09.1992), mas a consciência do dever de conduta conforme a boa-fé, ou do dever contratual anexo de cooperação na execução das obrigações, poderia também ter evitado a lide.⁵⁸

O contratante deve, por isso, abster-se de criar empecilhos à realização da prestação devida. Semelhantemente, reflete o dever de consideração do outro, nos contratos de consumo, a vedação ao fornecedor de fazer exigências inúteis ou maliciosas, tais como imposição de série de autorizações, documentos, solicitações unicamente retiráveis por vontade do próprio fornecedor, em certa hora e local.⁵⁹ Assim é a jurisprudência:

Plano de previdência privada – Reembolso de despesas médico-hospitalares – Emergência não atendida pela estipulante em face do alegado inadimplemento do contratante – Improcedência da defesa – Prova hábil de que a instituição financeira escolhida pela estipulante retardou a remessa dos carnês de pagamento. Nessas condições, a estipulante descumpriu o dever lateral, que toca a todo credor, de colaborar no adimplemento, não sendo imputável ao obrigado, portanto, o descumprimento verificado imediatamente antes do evento que levou à hospitalização. (TJRS, Ap. Cív. 592093405, rel. Des. Araken de Assis, j. 10.08.1992.)⁶⁰

Subjacente à referida reciprocidade, está a igual dignidade social, ou seja, a garantia para todos de um mínimo assegurador de uma existência digna. E a boa-fé objetiva, por meio do dever de cooperar, permite a renegociação de dívidas do parceiro mais fraco, a fim de evitar a sua ruína em caso de quebra objetiva da base do negócio, preservando sua dignidade. Desse modo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 234.

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 234.

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 234-235.

Promessa de compra e venda – Extinção do contrato – Comprador inadimplente. A orientação que terminou prevalecendo na 2ª Seção, depois de inicial controvérsia, é no sentido de que o promissário comprador que se torna inadimplente em razão da insuportabilidade do contrato assim como pretendido executar pela promitente vendedora tem o direito de promover a extinção da avença e de receber a restituição de parte substancial do que pagou, restando a construtora uma parcela a título de indenização pelo rompimento do contrato. Essa quantia a ficar retida varia de caso para caso – ordinariamente tem sido estipulada entre 10% e 20%, para cobertura das despesas com publicidade e corretagem, podendo ser majorada quando o imóvel vem a ser ocupado pelo comprador. Não há razão para que tudo ou quase tudo que foi pago fique com a vendedora, uma vez que, por força do desfazimento do negócio, ela fica com o imóvel, normalmente valorizado, construído também com o aporte do comprador. Precedente. Recurso conhecido e provido em parte.⁶¹

Por igual, quando há quebra subjetiva da base do negócio, caso em que o consumidor inadimplente perde seu emprego, a ele é possível rescindir contrato que não lhe aproveitou e requerer as parcelas pagas, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.⁶²

A boa-fé também implica, entre tantas outras obrigações, o dever de cuidado, a fim de conservar a integridade (física ou moral) e o patrimônio do contratante, pelo que protege a dignidade, tanto que a violação desse dever pode ensejar danos morais e patrimoniais, além de possibilitar a resolução contratual com fundamento em sua violação positiva, consoante examinaremos no último capítulo. Veja como o dever de cuidado, relacionado às normas do CDC, quanto aos bancos de dados, busca proteger direitos da personalidade (nome, honra, etc). A propósito, eis a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

Dano moral – Cadastro negativo – Art. 73 do Código de Defesa do Consumidor. 1. Não tem força a argumentação que pretende impor ao devedor que quita a sua dívida o dever de solicitar seja cancelado o cadastro negativo. O dispositivo do Código de Defesa do Consumidor configura como prática infrativa “deixar de corrigir imediatamente informação sobre o consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata”. Quitada a dívida, sabe o credor que não mais é exata a anotação que providenciou, cabendo-lhe, imediatamente, cancelá-la”.⁶³

⁶¹ Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Resp 476.775/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.05.2003, DJ de 02.10.03, p. 360.

⁶² Superior Tribunal de Justiça, 3ª T., Resp 200.019/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 17.05.2001, DJ de 27.08.2001, p. 326.

⁶³ Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Resp 292045/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.08.2001, DJ de 27.08.01, p. 414.

Quanto à proteção do patrimônio, como resultado do dever de cuidado, o Superior Tribunal de Justiça também já proferiu decisão: “Caso fortuito – Civil – Ação de indenização – Roubo de veículo no interior de oficina de reparo – Não configuração – Previsibilidade do fato – Ressarcimento devido”.⁶⁴

Especialmente nos contratos de manutenção da vida e da saúde, é claro o ingresso da dignidade via boa-fé objetiva, pela proteção da integridade física. O serviço de tratamento à saúde deve, sobretudo, ser prestado com lealdade e segurança, pois sua eventual ineficácia envolve a própria vida do parceiro contratual.⁶⁵ No tocante a essa matéria, é pacífica a jurisprudência dos tribunais reconhecendo a abusividade de cláusulas que limitam a prestação desse tipo de serviço.⁶⁶

Nesse contexto, a boa-fé se conecta aos princípios da solidariedade e da dignidade, como se verifica em infindáveis exemplos existentes. Se antes a parte contratante podia fazer tudo, desde que não prejudicasse seu parceiro contratual, hoje, como dever de cooperação oriundo da boa-fé, ela tem a obrigação, não de mera abstenção de um possível comportamento prejudicial, mas de agir, em toda relação obrigacional, de modo a colaborar com a outra parte. A conciliação entre boa-fé e solidariedade se expressa pela relação cooperativa, numa postura que preserva os interesses legítimos do *alter*, impondo deveres e protegendo-o do exercício abusivo de direitos subjetivos. Assim, afirma Judith Martins-Costa:

Há esta mediação porque, em última instância, toda e qualquer norma do ordenamento funda-se no princípio da dignidade, cuja eficácia projeta-se por todo o ordenamento. A eficácia, porém, é dimensão necessariamente graduada, que exige mediações. Por seu específico significado, a solidariedade social, exigência também decorrente do reconhecimento da fundamental dignidade da pessoa, atine, no meu entender, com a boa-fé objetiva de modo mais direto ou imediato.⁶⁷

E completa Nelson Rosenvald:

A imprescindível relação de cooperação em qualquer negócio jurídico exprime não apenas uma postura ética de cuidado com o próximo, como se harmoniza com o dever jurídico de interação humana promovido pelo princípio da solidariedade. Este provoca a transposição do indivíduo para pessoa. A liberdade absoluta que permitia cada um atingir o máximo de suas potencialidades cede

⁶⁴ Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Resp 218470, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 27.03.2001, DJ de 20.08.2001, p. 470.

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 996.

⁶⁶ Súmula 302 do STJ: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. DJ de 22.11.2006, p. 425.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 633.

espaço para projeção da pessoa que coexiste em sociedade. A solidariedade, como via promocional da pessoa humana, é uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito.⁶⁸

À medida que o ser humano é afirmado como centro valorativo do sistema, surge uma tensão entre o princípio da autonomia privada e o da dignidade. Antes, o indivíduo isolado regulava seu destino sem qualquer conexão com o seu contexto social, e os contratos se amparavam basilarmente nos três princípios clássicos, em torno da autonomia da vontade: a) liberdade contratual *lato sensu* – as partes podem convencionar o que querem e como querem (liberdade de conteúdo contratual), obedecidos os limites legais; b) obrigatoriedade dos efeitos contratuais – o contrato faz lei entre as partes, conhecido pela expressão *pacta sunt servanda*; c) relatividade dos efeitos contratuais – o contrato vincula exclusivamente as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros.⁶⁹

Hoje, isso não é mais assim. Oportuno ressaltar que, no Estado Democrático de Direito, com o advento da novel Constituição Federal de 1988, vive-se outro paradigma. Os contratos, como meio de circulação de riquezas, sujeitam-se à ordem econômica constitucional. Esta deve obedecer aos fundamentos de nossa República, especialmente do art. 1º, incs. III e IV (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa), e seus objetivos de “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, incs. I e III). Tais contornos reforçam a finalidade da ordem econômica de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social”. E os contratos, como instrumentos de circulação de capital e integrantes da ordem econômica, devem respeitar o mandamento constitucional. Portanto, a livre iniciativa se torna espaço individual para a autonomia privada, no contexto dos mencionados princípios. O que significa afirmar que o contrato passa a ser concebido como instrumento a serviço da pessoa, observada sua dignidade e seu desenvolvimento. Esta é a lição de Tereza Negreiros:

A concreção constitucional da boa-fé como um dever de cooperação, de salvaguarda dos interesses alheios até o limite do que se considere como um sacrifício razoável, não quer significar, porém, o ocaso da autonomia individual, mas seguramente sugere uma nova sistemática de interpretação das relações patrimoniais, no sentido de funcionalizá-las a valores existenciais. Em uma fórmula sintética, pontifica Jorge Miranda, “O primado da pessoa é do ser,

⁶⁸ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no novo Código*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 209.

⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribuiu para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750, abril, São Paulo, p. 115-116.

não o do ter”. A exigência da justiça social, imposta como um dos objetivos da ordem econômica (CF, art. 170, *caput*), expressa o fenômeno da socialização do direito privado”, que, em última instância, impede que as relações intersubjetivas possam ser compreendidas em si mesmas, sem uma contextualização sistemática e, especificamente, constitucional. A dignidade da pessoa humana aparece, neste contexto, como um princípio unificante, razão e fim do Estado, e que, desde suas referências normativas mais remotas, vem ligada à ideia de respeito e solidariedade entre os homens, assim tornados pessoas – “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” – em espírito, poder-se-ia complementar, de boa-fé.⁷⁰ [sublinhas nossas].

A boa-fé objetiva, prevista tanto no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, inc. III, c/c art. 51, inc. IV, da Lei 8.078/90) como no Código Civil vigente (arts. 113, 187 e 422), insere-se em nosso contexto constitucional. É oportuno ressaltar que, sob essa perspectiva de reconhecimento de um diálogo entre Direito Civil e Direito do Consumidor, via boa-fé objetiva, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, na III Jornada de Direito Civil, em 2004. Eis o enunciado do congresso, ao examinar o art. 422 do Código Civil: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, eis que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”⁷¹

A aproximação do binômio ordem econômica/boa-fé põe em relevo a compreensão de que tal fato não constitui mero conceito ético, mas também econômico, vinculado, portanto, à funcionalidade econômica do contrato e à sua finalidade econômico-social. Daí afirmar-se a existência de dois aspectos, um externo e outro interno, iluminados pela boa-fé. Externamente, o contrato, na medida em que integra a ordem econômica, sujeita-se aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre iniciativa, que justificam uma intervenção na autonomia contratual. Internamente, o contrato surge como vínculo funcional, estabelecendo uma planificação econômica entre os contratantes, que devem conduzir-se de maneira a garantir a realização de seus fins e a completa satisfação das expectativas do negócio.⁷² Desse modo, Tereza Negreiros resalta:

⁷⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 258.

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 252.

⁷² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995, p. 20-32.

O princípio da boa-fé atua, nesta ordem de ideias, como instrumento por excelência do enquadramento constitucional do direito obrigacional, na medida em que a consideração pelos interesses que a parte contrária espera obter de uma dada relação contratual mais não é do que o respeito à dignidade da pessoa humana em atuação no âmbito obrigacional.⁷³

Clara é, pois, a infiltração do princípio da dignidade da pessoa humana, como vértice axiológico da ordem jurídica, na seara do Direito Privado, via boa-fé objetiva, acarretando a consagração da primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre aqueles de cunho patrimonial, processo denominado “despatrimonialização”,⁷⁴ ou seja, os bens e os direitos patrimoniais não são fins em si mesmos; ao contrário, são meios para realização da pessoa humana. Essa passagem do indivíduo que “tem” à pessoa que “é” não implica, contudo, a anulação da autonomia privada, mesmo porque essa liberdade é instrumento adequado para realização das necessidades essenciais, mas se trata do reconhecimento do outro como pessoa.⁷⁵

A autonomia, então, modula-se, enriquece e ganha equilíbrio em atenção à liberdade substancial e à solidariedade, ambas espectros da tutela da dignidade da pessoa humana. E, nesse aspecto, a boa-fé objetiva atua como modelo de eticização da conduta social, pautado em padrões sociais de lisura, honestidade e correção, expressão de respeito recíproco, convergente a não frustração da legítima expectativa do *alter*. Atendendo-se ao zelo e à estima com que se deve tratar o semelhante, a boa-fé revela o interesse coletivo, segundo o qual as pessoas devem pautar o seu agir pela cooperação e pela retidão. Nesse sentido, a boa-fé constitui a “porta de entrada” para o princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo a realização dos projetos individuais em harmonia com o projeto comunitário do Estado Democrático de Direito.⁷⁶

2 CONTORNOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

2.1 AS DUAS ACEPTÕES DA BOA-FÉ: A SUBJETIVA E A OBJETIVA

O nosso ordenamento jurídico não distingue, terminologicamente, as noções de boa-fé. Disso poderiam emergir confusões prejudiciais à aplicação e ao alcance de uma e de outra vertente. Por isso a importância de diferenciar a boa-fé obrigacional, também chamada boa-fé objetiva, daquela subjetiva.

⁷³ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 270.

⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33-34.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 91.

⁷⁶ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no novo Código*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 208.

A boa-fé subjetiva refere-se ao estado psicológico do agente, no momento da análise de seu comportamento numa situação jurídica.⁷⁷ Constitui-se em uma enganosa crença do sujeito, quer em seu próprio estado de ignorância de uma situação ou de direito alheio, quer na aparência de uma situação jurídica. Assim, Judith Martins-Costa assevera:

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousa seja no próprio estado (subjetivo) de ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc).⁷⁸

São fartos os exemplos nas relações reais, contratuais, empresariais, familiares, sucessórias e obrigacionais.⁷⁹ Assim, está de boa-fé quem, possuindo, acredita fazê-lo sem ferir direito alheio, quando as circunstâncias indicarem sua ignorância. Aquele que casa desconhecendo erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, por exemplo, a existência de crime cuja natureza torne insuportável a existência conjugal, poderá anular o casamento, subsistindo para aquele que o contraiu de boa-fé os efeitos civis dessa união até o dia da sentença anulatória. A revogação do mandato notificada apenas ao mandatário é inoponível a terceiro que, ignorando, de boa-fé, com esse último tratou.

Em sua vertente subjetiva, a caracterização da boa-fé requer o exame do estado anímico da pessoa cujo comportamento se deseja analisar, a fim de que se aplique a norma ao caso. Conotação diversa é a da boa-fé obrigacional, uma vez que esta, como novo princípio de direito contratual, supera a noção de simples critério avaliador das intenções reveladas no comportamento das partes.⁸⁰

A boa-fé objetiva consiste no dever de conduta imposto às partes, obrigando-as à colaboração mútua, ambas considerando seus interesses reciprocamente, para que se efetivem os objetivos justificadores do contrato celebrado. Distancia-se, pois, da concepção subjetiva, já que esta se restringe à verificação de um estado psicológico marcado pela crença equivocada em uma situação. Enquanto a primeira vertente é um fenômeno normativo, já que o sujeito tem o dever jurídico de agir conforme a boa-fé, a segunda é um estado psíquico de ignorância daquele que, estando de boa-fé, acredita erroneamente numa situação. Nesse sentido, Philippe Stoffel-Muck informa:

⁷⁷ DA SILVA, Agathe E. Schmit. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, jan./mar., 1996, p. 154.

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411-412.

⁷⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 87, São Paulo, 1992, p. 81.

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

De uma parte, a boa-fé é uma realidade concreta, ignorância não faltosa de um vício jurídico, e, por outro lado, uma norma objetiva de comportamento, prescrevendo um agir conforme o padrão do homem honesto. Esta dualidade entre um estado de crença errônea (“eu estou de boa-fé”) e um fenômeno normativo (“eu atuo como manda a boa-fé”) é largamente destacada.⁸¹ [sublinhas nossas]

Também se tem distinguido esses conceitos a partir da antítese boa-fé/má-fé.⁸² A boa-fé subjetiva contrapõe-se à má-fé, porque a vontade consciente de lesar direito alheio revela a ausência da boa-fé subjetiva. Entretanto, a falta da boa-fé obrigacional não implica necessariamente a intenção de lesar a outra parte. A abstenção do dever de cooperação não se confunde com o ânimo de prejudicar.

Desse modo, na vertente obrigacional, a boa-fé, presente desde a fase das tratativas à posterior execução do contrato, estabelece um padrão de conduta leal, constituindo verdadeira fonte de deveres e limitação de direitos. Assim, ela reclama uma postura ativa de cooperação e respeito. Não basta a simples abstenção de condutas, requer-se, além disso, que as partes atuem de modo a não frustrar suas expectativas, o que será mais bem explicado no decorrer do trabalho.

Finda relevante distinção, cumpre estudar a boa-fé objetiva a partir das funções que ela exerce, segundo propõe Judith Martins-Costa.⁸³

2.2 OS CAMPOS NORMATIVOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

2.2.1 A FUNÇÃO INTERPRETATIVA DA BOA-FÉ

Na função hermenêutico-integrativa, a mais conhecida de todas, a boa-fé atua como *kanon* apto ao preenchimento de lacunas, haja vista que nem todas as situações fáticas e jurídicas ocorrentes na relação contratual são previstas ou previsíveis pelas partes. Para um dimensionamento preciso do tema, é necessário separar o que é consequência do princípio da boa-fé daquilo que é resultado da interpretação integradora. Essa última se limita à investigação e à explicitação volitiva das partes ao tempo da constituição do ato, consistindo em verdadeiro recurso para interpretação flexibilizadora da vontade delas. Já a boa-fé objetiva, numa ação mais ampla, não atua apenas nesse campo, mas alcança a relação obrigacional em sua plenitude, até mesmo ao tempo de seu adimplemento, inclusive na integração de lacunas. Como reconhece Clóvis Veríssimo Couto e Silva:

⁸¹STOFFEL-MUCK, Philippe. *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Paris: LGDJ, 2000. No original: «D'une part elle est une réalité concrète, l'ignorance non fautive d'un vice juridique, et, d'autre part, unenorme objective de comportement au standard de l'honnête homme. Cette dualité entre un état de croyance erronée (je suis de bonne foi) et un phénomène normatif (j'agis comme la bonne foi le commande) est très largement soulignée».

⁸² NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 15.

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. *Revista Forense*, n. 382, v. 101, Rio de Janeiro, nov./dez., 2005, p. 119-120.

Em muitos casos, é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado da aplicação do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora. É certo que tal forma de interpretação serve, realmente, para aumentar o conteúdo jurídico; mas, por outro lado, não é menos exato que se adstringe, tão somente, à pesquisa e à explicitação volitiva das partes no momento da constituição do negócio, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos [...] e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações.⁸⁴

A razão disso consiste em que, para que os contratos produzam seus efeitos harmonicamente, exigem-se certos comportamentos não previstos na lei nem nas cláusulas pactuadas. Aqui a boa-fé funciona como cânone hermenêutico integrativo, qualificando essas condutas não previstas, mas tão necessárias à realização do programa contratual proposto.

Dispõe o art. 112 do Código Civil que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, ratificando o reconhecimento da responsabilidade do declarante e da confiança da parte a que se dirige a declaração de vontade. Aqui o magistrado partirá do elemento externo (declaração) para o interno (vontade real), como forma de interpretar o nascimento do contrato e seu conteúdo substancial. Como sintetiza Renan Lotufo:

O destinatário não pode ater-se simplesmente ao sentido literal da declaração, porque lhe incumbe também o dever de diligência na precisão do conteúdo volitivo do negócio, conforme a boa-fé. Se o destinatário cumpre esse requisito, merece proteção sua fé, sua confiança, em que a declaração é válida com o significado que extraiu.⁸⁵

Já o art. 113 do Código Civil prescreve que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Evidente como a boa-fé objetiva transcende a composição voluntária de interesses que originou o contrato. Ao contrário, ela alcança a amplitude da relação obrigacional, superando as previsões iniciais dos contraentes. Assim, o princípio da boa-fé constitui ferramenta interpretativa para preservar a finalidade econômico-social do negócio jurídico e o sentido do contrato em toda relação cooperativa, ainda que a operação hermenêutica vá de encontro à vontade contratual.

Portanto, são distintos os momentos participativos dos arts. 112 e 113 do Código Civil. O primeiro visa clarificar as cláusulas contratuais, consoante o sentido a elas conferido pelas partes na gênese do negócio jurídico. Para isso, o intérprete buscará o sentido real do contrato, atendendo à intenção comum materializada na declaração. Em outro giro, a

⁸⁴ COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 33.

⁸⁵ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. V.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 308.

boa-fé objetiva do artigo seguinte, ao projeto elaborado pelos contratantes, acrescenta outras disposições que passam a integrar a relação obrigacional complexa, o que terá especial relevância para o tema da violação positiva do contrato, consoante se detalhará no último capítulo. A boa-fé, desse modo, permite estender a operação a ponto de integrar o negócio jurídico por deveres anexos (art. 422 do CC) ou limitar o exercício de direitos subjetivos (art. 187 do CC), o que será explicitado em tópicos adiante.

Importante notar que esses artigos, por serem diversos, não são, por isso, excludentes. Quando o intérprete não puder alcançar a intenção das partes, o princípio da boa-fé atua subsidiariamente na busca da vontade comum dos contratantes, por meio do preenchimento de declarações imprecisas ou lacunosas, determinando uma normativa de conduta leal, em harmonia com o tipo de contrato e com o padrão social das partes envolvidas.⁸⁶ Segundo a lição de Antonio Junqueira:

a forma mais adequada para solucionar a interpretação do negócio jurídico no direito brasileiro consiste em alargar o primeiro momento da operação interpretativa, entendendo-se por declaração não apenas o ‘texto’ do negócio, mas tudo aquilo que, pelas suas circunstâncias (pelo ‘contexto’), surge aos olhos de uma pessoa normal, em virtude principalmente da boa-fé e dos usos e costumes’. Inicia-se a interpretação objetivamente, com base em critério abstrato de exame do documento, para depois partir para o subjetivo, a vontade real dos declarantes (...) Com relação ao que as partes não previram, deve-se utilizar, para completar o processo interpretativo, da vontade presumida, já, então atendendo ao que *in concreto* se passou entre as partes e, principalmente, ao que razoavelmente se poderia supor que entre elas se passaria (interpretação integrativa).⁸⁷

Assim, o recurso à boa-fé objetiva é extremamente adequado nas hipóteses em que o juiz não encontra apoio no texto legal ou na literalidade do contrato, nem quando lhe for possível a reconstrução da intenção das partes ou, considerando o valor da declaração, apreciar segundo os usos do tráfego. Portanto, inicialmente, deve o juiz considerar as normas contratuais como um conjunto significativo, partindo do complexo de direitos e deveres postos para realização de determinada finalidade existente dentro de uma função social.

As disposições contratuais devem ser analisadas em conjunto, não como fragmentos, mas com significância nas circunstâncias concretas do desenvolvimento e execução do contrato. As situações imprevistas pelas partes, ou não reguladas pelas disposições, podem ser inferidas do módulo contratual, e sua violação poderá, inclusive,

⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no novo Código*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 91.

⁸⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82.

ensajar a resolução do contrato com base em sua violação positiva, como veremos em momento oportuno. Nesse raciocínio que busca clarificar o sentido do conjunto contratual concretamente considerado, é imprescindível a referência aos princípios jurídicos materiais e aos módulos valorativos do sistema, expressos nos princípios da autovinculação, função social, equilíbrio e boa-fé. Nesse sentido, Judith Martins-Costa afirma:

A explicitação dessas regras de ordem técnico-hermenêutica evidencia a função do juiz, diante da ordenação contratual que lhe está submetida, de exercitar verdadeiramente um *officium iudicis*. Este qualificativo resulta da consideração de que, nessas circunstâncias, o julgador se comporta do mesmo modo que o legislador, quando estabelece os chamados ‘preceitos dispositivos’ do direito das obrigações. É o caso, por exemplo, da fixação, por via judicial, dos deveres secundários de prestação, conhecidos no direito comum como *naturalia negotii*, como o dever do transportador de conduzir com segurança a pessoa ou a coisa transportada. Aqui, não atua o juiz *praeter legem*, não inova ou cria direito, mas apenas cumpre ‘a obrigação de atuação estabelecida pela lei’.⁸⁸

Judith Martins-Costa, citando a jurisprudência portuguesa, ilustra a aplicação da boa-fé em seu caráter integrativo, de maneira a inserir o legítimo interesse da contraparte no complexo contratual. Trata-se da hipótese em que um pescador marítimo sofreu acidente de trabalho (reduzindo sua capacidade laborativa em 40%), devidamente reconhecido tanto pela entidade patronal quanto pela seguradora. Essa última propôs pagar ao sinistrado pensão, calculada com base no salário anual, de 180.000 (cento e oitenta mil escudos), valor máximo que a entidade patronal estava comprometida a assegurar no momento do acidente. Entretanto, a entidade patronal reconheceu que, no ano do acidente, o acidentado auferira 266.312 (duzentos e sessenta e seis mil e trezentos e doze escudos). Não obstante, ela recusou-se a pagar qualquer pensão ou indenização, atribuindo esse encargo à seguradora. Inconformado, o acidentado ajuizou ação de indenização contra as duas entidades, postulando verba indenizatória e pensão anual e vitalícia, no valor de 158.315 (cento e cinquenta oito mil, trezentos e quinze escudos). Em primeira instância, declarou-se a seguradora integralmente responsável pelo pagamento de pensão anual com base no salário real do acidentado. No recurso, determinou-se que a pensão fosse paga tanto pela seguradora (até em valor compatível com o máximo segurado) como pela entidade patronal (o saldo compatível com o valor salarial real).⁸⁹

A legislação vigente à época da conclusão do contrato, e ainda assim da ocorrência do sinistro, limitava a determinado valor a base diária para cálculo da pensão por acidente.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 432.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 433-434.

Porém, sobreveio norma dispondo que a pensão fosse calculada com base no salário real do sinistrado. O contrato dispunha que “o segurado transfere para a seguradora e esta assume, de acordo com a legislação em vigor e nos termos desta apólice, a responsabilidade pelos encargos provenientes de acidentes de trabalho e doenças profissionais em relação aos trabalhadores em serviço daquele abrangido pelo presente contrato”. Por conseguinte, pareceria lógico, num primeiro momento, a seguradora responder por 180 mil escudos (valor calculado com base no salário anual). Mas não foi essa a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que manteve a decisão da primeira instância, condenando a seguradora a pagar o valor calculado com base no salário real, não anual. Assim, Judith Martins-Costa comenta decisão da justiça portuguesa:

a) primeiramente, a natureza do contrato de seguro, ‘negócio jurídico, cuja essência radica, fundamentalmente, na boa-fé das partes contratantes’; b) a finalidade objetiva e concreta do contrato de seguro firmado, pelo qual a entidade patronal quis transferir para a seguradora toda a responsabilidade que então lhe era exigível de acordo com a legislação em vigor, assumindo-a a seguradora plenamente, na forma da cláusula relativa ao objeto contratual; c) a incidência do princípio da boa-fé, ‘que é da essência do contrato de seguro e obriga tanto o segurado quanto o segurador, [a qual] há de verificar-se enquanto durar o contrato, nas preliminares conducentes à sua formação, no seu cumprimento como na própria interpretação e integração da declaração de vontade.⁹⁰

Na nossa jurisprudência, a aplicação do princípio da boa-fé na interpretação do contrato é expressa em decisão unânime, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 568.462-0, em que figurou como relator o Juiz Sílvio Salvo Venosa. Trata-se da hipótese de contrato de adesão, cuja cláusula de eleição do foro impossibilitava ou dificultava a defesa do consumidor. O relator valeu-se do princípio da boa-fé para interpretar o contrato de modo menos benéfico àquele que o redigiu, por ser contrato de adesão. Nesse sentido, Sílvio Salvo Venosa salienta:

Esta controvertida matéria encontra convencimento homogêneo nesta Câmara, em reiterados julgados. As regras de processo não podem ser aplicadas com o rigorismo extremo a ponto de nulificar o direito de defesa do hipossuficiente, no caso o consumidor. [...] Ora, não se nega que a faculdade de eleição de foro no contrato continua válida, dentro dos princípios do art. 42 do Código Civil. Porém, essa eleição nos contratos de massa, contratos de cláusulas predispostas ou

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 433.

contratos de adesão (definido pelo art. 54 do Código de Defesa do Consumidor), como ocorre nos contratos de consórcio, pode se afigurar abusiva, se na prática dificultar ou impossibilitar a defesa do consumidor. Cuida-se de aplicação do princípio da boa-fé nos contratos, aliás, não desconhecido pelo legislador de nosso Código Civil. Nesse sentido, diz a lei sob exame [CDC] que dentre as cláusulas nulas de pleno direito se incluem aquelas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV). Pois bem, sabido é que os consórcios, com espectro mais ou menos amplo, atuam pelo vasto território nacional, angariando aderentes desde os lindes das coxilhas até a Amazônia. Nesse diapasão, afigura-se sumamente iníqua e abusiva a cláusula de eleição de foro que obriga o aderente a litigar no juízo mais favorável ao predisponente do contrato de massa, sendo este economicamente muito mais poderoso. Doutro lado, argumenta-se que o fornecedor ou prestador de serviços está estruturado para vender aqui e acolá, da mesma forma deverá estar estruturado para agir judicialmente onde profissionalmente atue.⁹¹

Exemplar quanto à função interpretativa da boa-fé é a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 158.728. Neste decidiu-se ser abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado na UTI – Unidade de Tratamento Intensivo, quando a prorrogação de permanência nessa unidade decorrer de complicações de doença coberta pelo plano de saúde e que motivou a internação. Eis o destaque do Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito:

ora, uma cláusula que limita a internação de um segurado, apesar da causa da prorrogação decorrer de complicações da própria doença, por fato inesperado, a provocar nova internação, ainda em decorrência do mesmo fato, é, a meu juízo, efetivamente abusiva do direito do consumidor, que não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. De fato, a realização do contrato de seguro, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, aplicável, por inteiro, à espécie, pressupõe o atendimento dos serviços contratados. Ora, se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal previsto em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete

⁹¹ Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, 5ª C., MS nº 568.462-0, rel. Salvo Venosa.

abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade. Não há como admitir cláusula que assumia pela realidade concreta da doença uma limitação de internação. Havendo vinculação ao fato inaugural coberto pelo contrato, não pode a seguradora, pura e simplesmente, fragilizado o segurado, negar a internação pelo período necessário ao tratamento.⁹²

Não se pode desprezar que, na sua função interpretativa integrativa, a boa-fé objetiva tem especial destaque na teoria da aparência, conjuntamente com a boa-fé subjetiva. Judith Martins-Costa exemplifica citando jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul. Eis o caso: uma senhora X ajuizou ação de cobrança em desfavor de certa Sociedade Y, pedindo a devolução de valor expedido junto àquela, referente à compra de uma casa pré-fabricada, que não fora entregue pela Sociedade vendedora, configurando inadimplemento contratual. A Sociedade contestou o pedido, alegando inexistência de qualquer vínculo com o senhor Z, pois este, embora tenha utilizado formulários timbrados da empresa e, em sua sede, ajustado o contrato e recebido o pagamento, tratava-se de vendedor autônomo, alheio à Sociedade. A ré apelou da decisão da primeira instância, favorável à senhora X, mas o Tribunal condenou a empresa com fundamento na teoria da aparência. Assim, Judith Martins-Costa comenta:

Fundamentou o relator a decisão no fato de a teoria da aparência fundar-se na boa-fé, entendida como geradora da confiança legítima, cuja existência é necessária nos relacionamentos sinalagmáticos ‘para tornar possível a vida social dentro de um padrão médio de honestidade e moralidade’, uma vez que ‘a todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade ou inatividade violarem esta obrigação, deverão suportar as consequências de sua atitude’. Comprovou-se que o aparente vendedor, embora formalmente autônomo, utilizava-se das dependências da empresa ré e de seu material, como folhas de papel timbrado, com o consentimento daquela, com o que se solveu a lide com o recurso ao instituto do mandato tácito, previsto no art. 1.290 do Código Civil. Como se vê, típico caso em que a boa-fé reenviou a solução para conjunto normativo integrante do próprio sistema.⁹³

⁹² Superior Tribunal de Justiça, 3ª T., Resp 158.728, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.08.1999, DJ de 17.05.1999, p. 197.

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 437.

Enfim, a boa-fé, como cânone hermenêutico integrativo, possibilita a sistematização das decisões judiciais. A boa-fé objetiva permite uma noção operativa pragmática, uma vez que substitui o chamamento de princípios considerados genéricos, tais como os de correção, equidade, honestidade e solidariedade social.

2.2.2 ABOA-FÉ COMO LIMITE AO EXERCÍCIO DE DIREITOS

A boa-fé, ao operar negativamente, restringe o exercício de direitos pela invocação da Teoria dos Atos Próprios,⁹⁴ pela qual, aos contratantes, mesmo no exercício de seus direitos subjetivos, é vedado o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter*. Devem conduzir-se em uniformidade de comportamento, zelando pela lealdade, pela cooperação e pela proteção das expectativas. Dessa maneira, Judith Martins-Costa informa:

Assim como ocorre a criação de deveres, pode ainda verificar-se, pela incidência da boa-fé objetiva, a limitação do exercício de direitos subjetivos ou de direitos formativos. Isto acontece, por exemplo, quando a boa-fé enseja a aplicação da Teoria dos Atos Próprios, pela invocação da regra que veda *venire contra factum proprium*; quando proíbe a abusiva invocação da exceção de contrato não cumprido ou da *exceptio non rite adimpleti contractus*; quando afasta o exercício do poder formativo extintivo de resolução em face do adimplemento substancial da obrigação; quando veda a exigibilidade, por inadimplemento antecipado da obrigação; ou, ainda, quando impede a exigibilidade de um direito se o titular permaneceu inerte por longo tempo, de forma a criar na contraparte a legítima expectativa de que o mesmo não mais seria exercido (*supressio*), tal como ora versado no art. 330 do novo Código, e o seu contrário, a *surretio*; ou vedando a contraditoriedade da conduta contratual, hipótese designada pela expressão *tu quoque*, ou ainda carreando à antiga *fattispecie* do abuso de direito uma conotação objetiva, assim como procede, agora, o art. 187 do Código Civil.⁹⁵

Enquadra-se na proibição do *venire contra factum proprium*⁹⁶ quem exerce posição jurídica antagônica ao comportamento exercido anteriormente, verificando-se dois comportamentos de uma mesma pessoa, sendo o primeiro (*o factum proprium*) contraditório ao segundo. Esse desvio de conduta em relação à linha de atuação que o contratante vinha adotando como padrão pode prejudicar a relação de confiança recíproca se quebrar

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 214.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. V. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, p. 40-41.

⁹⁶ PEZELLA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23-24, jul./dez., 1997, p. 215.

as expectativas criadas na contraparte. Não é qualquer comportamento contraditório que viola a regra do *venire*, mas aquele que importe quebra da confiança, ante às legítimas expectativas criadas na outra parte contratante. Como distingue Tereza Negreiros:

não é suficiente afirmar-se que a expressão *venire contra factum proprium* consubstancia o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior; há quebra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas. Na verdade, não são todas as expectativas, mas somente aquelas que, à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos (e não somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação assim gerada. Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando reversão de expectativas assim ocorridas gere efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída.⁹⁷

É exemplar o agravo interposto pelo Banco Bandeirantes S/A contra decisão favorável ao titular de abertura de crédito em conta corrente (cheque especial), que teve reconhecido o direito de obter a restituição dos valores indevidamente cobrados pela instituição financeira, segundo a mesma taxa praticada para o cheque especial. Garantiu-se, pois, à agravada a repetição do indébito nos mesmos moldes do que lhe foi exigido indevidamente, inclusive quanto à eventual capitalização dos juros. Se, na ocasião da liquidação, houvera capitalização de juros no montante cobrado da agravada, o mesmo cálculo deveria incidir no cálculo do indébito a ser ressarcido. É, no mínimo, contraditória a conduta do Banco ao sustentar que, qualquer que fosse o índice de juros aplicado, jamais seria possível capitalizá-los. Não é este o argumento utilizado pelo Banco ao assumir a posição de credor.⁹⁸

Opinou a relatora pela vedação ao comportamento contraditório, por violar o princípio da boa-fé objetiva e a tutela da confiança, conforme Anderson Schreiber:

O comportamento contraditório é abusivo, no sentido de que é um comportamento que, embora aparentemente lícito, se torna ilícito ou inadmissível. E isto porque seu exercício, examinado em conjunto com um comportamento anterior, afigura-se contrário à confiança, despertada em outrem, o que revela no âmbito normativo, contrariedade à boa-fé objetiva.⁹⁹

⁹⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 147.

⁹⁸ Superior Tribunal de Justiça, 3ª T., AgRg nos Edcl no Resp 762.031/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2006, DJ de 1º.08.2006, p. 446.

⁹⁹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

A proibição do comportamento contraditório também está presente no processo. Pelo instituto da *estoppel*,¹⁰⁰ uma pessoa não pode afirmar ou negar fato determinado se, em momento processual anterior, agiu, afirmou ou negou de maneira oposta. Não se pode reclamar algo em contradição ao que havia aceitado.

Como já fundamentou o Superior Tribunal de Justiça, a boa-fé objetiva também está presente no processo e não permite que uma parte alegue contra a outra um fato que ela não aceita e para o qual exige prova judicializada. Assim o Superior Tribunal de Justiça já analisou recurso especial sobre matéria de seguro:

já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a boa-fé veda o comportamento contraditório inclusive na fase processual, por forma a incidir na fixação do *dies a quo* para o cálculo da prescrição extintiva, pois se a recusa de seguradora em aceitar os dados de que dispunha em seu departamento médico como suficientes para caracterizar a incapacidade coberta pelo seguro, e a não aceitação do laudo apresentado pelo segurado ao propor a ação, conduziu à realização de perícia em juízo, não poderia ensejar a invocação daquelas datas do laudo não aceito para a fluência do prazo prescricional.¹⁰¹

A incidência da boa-fé objetiva, pela invocação do *venire*, verifica-se também no âmbito da Administração Pública, conforme a ementa:

Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios.

Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei nº 6766/79.

A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento. Recurso não conhecido.¹⁰²

É oportuno diferenciar a regra do *venire* daquela conhecida pela expressão *tu quonque*. A primeira veda o comportamento contraditório que quebre a confiança, sem exigir que a conduta repudiada ocorra após um ato indevido, ou seja, basta que ambos

¹⁰⁰ Harriet Christiane Zitscher narra interessante caso de aplicação da *estoppel*, no qual “um homem morou junto com sua companheira numa casa desde 1965. No ano de 1973, ele declarou oralmente que a casa pertencia a ela. Em seguida, a companheira gastou a maior parte de sua poupança na reforma da casa com o consentimento do homem. Três anos depois, este homem interessou-se por outra mulher e exigiu da companheira que ela saísse de casa. Os tribunais obrigaram o homem a transferir a propriedade da casa à antiga companheira”. ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao Direito Civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 140.

¹⁰¹ Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Resp 184.573/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 19.11.98, DJ de 15.03.1999, p. 241.

¹⁰² Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Resp 141.879/S, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 17.03.1998, DJ de 22.06.1998, p. 90.

comportamentos tomados em conjunto configurem a quebra de confiança, ainda que isoladamente não apresentem qualquer irregularidade. A segunda é instrumento específico para preservar o equilíbrio contratual, pois impede que contratante violador de norma legal ou contratual exija do outro, fiel ao programa avençado. A boa-fé objetiva atua como guardiã do sinalagma contratual, ao obstar que contratante faltoso pretenda benefício da sua própria falta. Conforme assinala Tereza Negreiros:

A respeito do *tu quonque*, a ideia básica é a de que atenta contra a boa-fé o comportamento inconsciente, contraditório com o comportamento anterior, e, especificamente, que resulte em desequilíbrio entre os contratantes, na medida em que permita que contratantes igualmente faltosos sejam, não obstante, tratados de forma desigual. Voltar-se contra os próprios atos constitui, nesta hipótese, um comportamento que o princípio da boa-fé não tolera: *equity must come in clean hands* – resume o brocado inglês.¹⁰³

É exemplo de aplicação da *tu quonque* o princípio do art. 146 do Código Civil ao dispor que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Também não pode o condômino que viola convenção do condomínio pretender exigir dos demais condôminos seu apreço. Assim como não pode pretender a extinção do negócio, mesmo perante circunstâncias que alterem a base contratual, o contratante moroso.

Atua a boa-fé como limitação ao exercício de direitos nos casos indicados sob a expressão *supressio*.¹⁰⁴ Trata-se da paralisação de uma pretensão, coibindo-se o exercício de um direito que, não sendo exercido por certo período de tempo, criou na contraparte a expectativa de que não seria mais utilizado. Portanto, para sua configuração, exigem-se o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que ele não mais seria exercido e a existência de desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor.

Assim, firmado na teoria da *supressio*, votou o Min. Ruy Rosado de Aguiar em recurso especial, cujo objeto era o cabimento ou não de reconvenção. Tratava a lide, apreciada pelo Tribunal Paulista, de empregado demitido por justa causa em 6 de dezembro de 1990, tendo ele sido admitido em 20 de abril de 1982. Contudo, a empresa só foi cobrar o prejuízo na reconvenção, em 21 de agosto de 1995. O empregado recorrido ajuizou ação de danos morais e materiais, alegando injusta demissão, sob acusação de estar se locupletando de vantagens na aquisição de peças e equipamentos. Por outro lado, ficou provado acerto, na época do desligamento do empregado, que evidenciava

¹⁰³ NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 143.

¹⁰⁴ Do latim: supressão. NUNES, Pedro. *Dicionário de terminologia jurídica*. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1965, p. 972.

compensação de prejuízos. A empresa manifestou pedido de reconvenção, julgado improcedente pelo tribunal. Então adveio o recurso especial, merecendo destaque o fundamento do voto vencido:

O Ministro Ruy Rosado Aguiar:

1. O eminente Ministro-Relator assim relatou e decidiu o recurso especial, que foi conhecido e provido:

2. Pedi vista dos autos para examinar a questão relacionada com a improcedência da reconvenção, a respeito da qual assim decidiu o egrégio Tribunal paulista, em acórdão de lavra do ilustre Desembargador Laerte Nord: “A demissão por justa causa se deu em 6 de dezembro de 1990, oito anos e quase oito meses após a admissão do autor, ocorrida em 20 de abril de 1982, sendo certo que a empresa só iria cobrar o prejuízo, na reconvenção de 21 de agosto de 1995 (fls.97/101), porque acionada, presumindo-se, pelo tempo decorrido, que não o fizesse se não tivesse que responder ao pleito indenizatório. Na verdade, tudo indica que o documento de 6 de dezembro de 1990 (fl. 28), em que o autor admitia os fatos, a falta grave e a justa causa, era o desfecho de entendimentos que visavam ao acerto final entre as partes, compensando-se o prejuízo da empresa com os anos de trabalho do autor. Acerto que teria sido contrariado pela abertura do inquérito policial e pelo ajuizamento desta ação. De qualquer forma, a convicção extraída do documento de fl. 18 leva-me a julgar também procedente a reconvenção (fls. 333/334).”

3. Tenho como admissível a teoria da *supressio*, segundo a qual o comportamento da parte, que se estende por longo período de tempo ou se repete inúmeras vezes, porque incompatível com o exercício do direito, pode levar a que se reconheça a extinção desse direito, com base na boa-fé objetiva.

No caso dos autos, a egrégia Câmara examinou os fatos da causa e concluiu que o documento de fl. 18 representava o acerto final das contas entre empregadora e empregado, tendo o decurso de tempo consolidado essa conclusão. Daí a improcedência da reconvenção.¹⁰⁵

Já o seu contrário, a *surrectio*,¹⁰⁶ permite o surgimento de um direito como resultado da legítima confiança gerada na contraparte por determinada conduta, reiterada no tempo. Judith Martins-Costa comenta interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande

¹⁰⁵ Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Resp 207.509/SP, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, j. 18.08.2003, DJ de 18.08.2003, p. 209.

¹⁰⁶ Do latim: set. figurado – surgimento. FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. Rio de Janeiro: Artes Gráficas Gomes de Souza, 1962, p. 973.

do Sul ao examinar lide decorrente de contrato de locação, em que se aplicou a referida regra. Assim, afirma Judith Martins-Costa:

Trata-se de conflito fruto de contrato de locação, que previa rescisão unilateral, mediante prévio aviso de 60 dias à contraparte, por carta protocolada que expressasse o poder extintivo da denúncia contratual, contemplando a possibilidade de renovação do contrato, desde que a parte interessada se expressasse por meio de carta protocolada, com antecedência mínima de 60 dias. Por mais de 12 anos ficou constatado que as partes prorrogaram a avença continuamente, sempre mediante a formalidade de envio de cartas. Em certa ocasião, porém, em resposta ao pedido de prorrogação feita pelo locatário, respondeu a locadora que não pretendia renová-lo. Argumentou o locatário o direito à automaticidade da prorrogação. A locadora, em via oposta, defendeu a legitimidade de sua pretensão a resilir a avença (TJRGS. Ap. Civ. 197280175, 1ª C. Civ., j. 19.08.1998. rel. Des. Irineu Mariani.).¹⁰⁷

Tanto a hipótese de extinção (*supressio*) quanto a de criação (*surrectio*) de um direito tutelam a aparência e suas respectivas expectativas, a proteção à confiança traída, a preservação da lealdade na ordem contratual. Dessa maneira, Nelson Rosenvald assevera:

Supressio e surrectio são dois lados de uma mesma moeda: naquela ocorre a liberação do beneficiário; nesta, a aquisição de um direito subjetivo em razão do comportamento continuado. Em ambas preside a confiança, seja pela fé no não exercício superveniente do direito da contraparte, seja pelo credo na excelência do seu próprio direito.¹⁰⁸

Na função de limitar o exercício de direitos subjetivos, tem a jurisprudência brasileira adotado a boa-fé como fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial.¹⁰⁹ Segundo esta, se a prestação foi substancialmente satisfeita, ao credor é vedado o exercício do poder de resolução contratual, cabendo-lhe apenas o pedido de adimplemento e de perdas e danos, ainda que o contrato ou a lei disponham pela rescisão do negócio. Para tanto, compreende-se prestação substancialmente satisfeita aquela que, conquanto não inteiramente cumprida, atingiu o cumprimento próximo do resultado final.

Examinado conforme as circunstâncias do caso e a finalidade econômico-social do contrato, o descumprimento parcial da obrigação não implica necessariamente a quebra do sinalagma. Havendo o adimplemento substancial, atua a boa-fé de modo a preservar o equilíbrio, protegendo o devedor de um credor inflexível.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 218.

¹⁰⁸ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no novo Código*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141.

¹⁰⁹ BECKER, Annelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 9, n. 1, Porto Alegre: Livraria do Advogado, nov., 1993, p. 70.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a falta da última prestação em contrato de alienação fiduciária em garantia de veículo automotor não autoriza o credor alienante a resolver o contrato nem a promover busca e apreensão do bem, no lugar de cobrar a parcela faltante. Especialmente, tratando-se de hipótese em que houve consignação judicial desta. É uma lição o voto do relator Min. Ruy Rosado de Aguiar:

A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato. O deferimento de sua pretensão permitiria a retenção dos valores já recebidos e, ainda, obter a posse do veículo, para ser revendido nas condições que todos conhecemos, solução evidentemente danosa ao financiado.¹¹⁰

Também sob fundamento na mesma teoria, decidiu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não violar a lei decisão que indefere o pedido de liminar de busca e apreensão considerando ser o valor da dívida muito inferior ao do bem (menos de 20%) e o fato de ser esse maquinário essencial à continuidade das atividades da empresa devedora.¹¹¹

Hipótese fático-jurídica diversa é a de segurado que, obrigando-se ao pagamento de três prestações, com vencimentos a partir de 03-07-1998, pagou apenas uma delas e teve o veículo automotor objeto de seguro furtado em 30-07-1998. Não poderá pretender o pagamento de indenização securitária por sinistro ocorrido no período em que a cobertura estivera suspensa em razão de seu inadimplemento. A falta de pagamento de 50% do valor do prêmio é suficiente para a não oneração da companhia seguradora, que tem legitimidade para invocar em sua defesa a exceção de suspensão de contrato pela inadimplência do segurado.¹¹²

¹¹⁰ Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Resp 272.739/MG, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar Júnior, j. 1º.03.2001, DJ de 02.04.2001, p. 299.

¹¹¹ Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Resp 469.577/SC, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar Júnior, j. 25.03.2003, DJ de 05.05.2003, p. 310.

¹¹² Superior Tribunal de Justiça, 3ª T., Resp 415.971/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar Júnior, j. 14.05.2002, DJ de 24.06.2002, p. 302.

2.2.3 A BOA-FÉ COMO NORMA DE CRIAÇÃO DE DEVERES JURÍDICOS

A boa-fé constitui o alicerce da convivência social, na medida em que se traduz no dever de cada parte agir de modo a não defraudar a confiança do *alter*, alcançando todos os participantes da relação jurídica e servindo como norte e padrão de conduta a ser seguido. Apresenta-se de modo multifuncional, sendo-lhe imputada tradicionalmente três distintas funções, quais sejam, a de cânone hermenêutico-interpretativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

Os deveres jurídicos decorrentes da boa-fé costumam ser qualificados como deveres de prestação secundários (acessórios ou anexos) e deveres instrumentais (deveres de proteção).¹¹³ O ponto de partida para compreendê-los é a constatação de uma nova percepção da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo complexo e dinâmico, cuja finalidade não se resume apenas à realização da prestação principal, mas tem em vista a satisfação dos interesses globais envolvidos. Por isso, sob a ótica solidarista, exige-se de ambas as partes, credor e devedor, uma relação de cooperação e lealdade, que persiste mesmo após o adimplemento da prestação principal. Nesse sentido, Nelson Rosenvald comenta:

A visão solidária da relação obrigacional, porém, demonstra que os contratantes assumirão a postura de parceiros e não simplesmente de polos opostos em um vínculo negocial. Não há qualquer ingenuidade em supor uma *affectio contratus*, pois a existência de interesses opostos não impede que cada parte respeite um mínimo ético e indispensável de lealdade e cuidado para com o outro. Aliás, essa postura cooperativa permitirá que se alcance um ponto de equilíbrio no qual a relação logre êxito pelo adimplemento, com inegável satisfação dos interesses do credor (obtem a prestação) e do devedor (recupera a liberdade jurídica cedida), sem esquecer o cumprimento da função social externa da relação perante a coletividade.¹¹⁴

A relação obrigacional surge, geralmente, polarizada em torno dos deveres principais ou primários de prestação. Define-os Judith Martins-Costa: “constituem estes e os respectivos direitos o fulcro ou núcleo dominante, a alma da relação obrigacional, em ordem a consecução de seu fim. Daí que sejam eles que definem o tipo de contrato, sempre que se trate de uma relação dessa natureza”.¹¹⁵

¹¹³ O próximo subtítulo abordará de forma específica esses deveres, haja vista a diversidade terminológica existente entre os autores para se referir ao mesmo assunto.

¹¹⁴ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no novo Código*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 95.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. V. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, p. 35.

Entre os deveres de prestação, há aqueles secundários ou acidentais. Estes se subdividem em deveres de prestação secundários meramente acessórios ou anexos da obrigação principal e deveres de prestação secundários com prestação autônoma. Os primeiros têm como objetivo assegurar a perfeita execução das prestações de dar, fazer ou não fazer, como, na compra e venda, o dever de conservar a coisa vendida ou de acondicioná-la. Os segundos são relativos às prestações complementares da obrigação principal, como a indenização dos prejuízos causados pela mora. Todos esses têm por escopo conferir ao credor determinado benefício por meio de um direito à prestação, ao qual corresponde o dever de prestar.¹¹⁶

Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, independentemente da manifestação de vontade pelas partes, em qualquer de suas fases. Trata-se dos deveres de conduta ou deveres instrumentais, por vezes confusamente chamados anexos, laterais ou acessórios, conforme veremos detalhadamente em tópico específico. Esses deveres não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada e são emprestados pela boa-fé ao negócio jurídico, a fim de resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que se empresta.

Melhor esclarece Judith Martins-Costa:

São instrumentais os deveres decorrentes da boa-fé porque direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, à vista das concretas finalidades para que foi criado o vínculo; a mesma característica da instrumentalidade se verifica porque auxiliam a densificar a diretriz constitucional da solidariedade social no campo do Direito das Obrigações.

Igualmente são “avoluntaristas” porque não derivam, necessariamente, do exercício da autonomia privada (podendo mesmo limitar aquele exercício) nem de pontual explicitação legislativa (servindo, muitas vezes, para suprir e corrigir disposição legal) tendo presente a relação obrigacional concretamente considerada, a sua “economia”, o programa econômico-contratual, a ser visualizado no quadro da efetiva realidade social e econômica em que o contrato opera.¹¹⁷

Sendo assim, não é possível uma definição taxativa ou *a priori* desses deveres. O desenvolvimento de sua tipologia é aberto, seu conteúdo é fixado caso a caso, consoante as circunstâncias que cercam a atuação das partes, consoante a natureza de sua relação e a própria situação socioeconômica. Assim, Judith Martins Costa propõe a seguinte listagem:

¹¹⁶ Esta é a classificação proposta por Judith Martins-Costa, que adotamos neste tópico para compreender a terceira função da boa-fé objetiva. Contudo, como veremos detalhadamente no momento oportuno, há autores que sugerem outras expressões para abordar o mesmo tema.

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. . *Comentários ao novo Código Civil*. V. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, p. 37.

a) os deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado no depósito; b) os deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidente; g) os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares.¹¹⁸ [sublinhas nossas]

Antonio Manoel da Rocha Menezes Cordeiro¹¹⁹ propõe uma classificação para deveres de conduta em três categorias:

a) Deveres de proteção

Os deveres de proteção servem para proteger a contraparte dos riscos de danos à sua pessoa e ao seu patrimônio, durante a relação obrigacional complexa. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

O cliente de estabelecimento comercial que estaciona o seu veículo em local para isso destinado pela empresa não celebra um contrato de depósito, mas a empresa que se beneficia do estacionamento tem o dever de proteção, derivado do princípio da boa-fé objetiva, respondendo por eventual dano.¹²⁰

¹¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 439.

¹¹⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 603-608.

¹²⁰ Superior Tribunal de Justiça, 4ªT., Resp 107.211/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar Júnior, j. 03.12.1996, DJ de 03.02.1997, p. 740.

b) Deveres de esclarecimento

O dever de esclarecer ou de informar, em sentido amplo e de veracidade, envolve a relação obrigacional, desde as conversações preliminares até a fase pós-contratual. Para Clóvis Veríssimo Couto e Silva:

O dever de esclarecimento, como seu nome indica, dirige-se ao outro participante da relação jurídica, para tornar clara certa circunstância de que o *alter* tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora totalmente. Esclarecimento, evidentemente, relacionado com alguma circunstância relevante. Não se trata de dever para consigo mesmo, mas em favor de outro. “A” deve a indicação em favor de “B”.¹²¹

O dever subjetivo à informação não se restringe ao simples desejo de saber algum assunto, pois a pertinência da informação depende de um interesse objetivamente justificado, para que o contratante atente sobre fatos que a sua diligência ordinária não alcançaria isoladamente.

Por conseguinte, pelo princípio da proporcionalidade, os fatos notórios não se incluem no dever de esclarecimento. Não se pode ignorar a existência do ônus de informar-se, como forma de diligência do indivíduo com seus interesses particulares.

Conquanto não seja objeto específico desse estudo, importante notar que, no Código de Defesa do Consumidor, em que preside o pressuposto da vulnerabilidade, a informação é funcionalizada à correção de desequilíbrios. Assim, a proteção ao consumidor objetiva estabelecer o reequilíbrio, com redução, inclusive, da assimetria informativa da parte débil (art. 5º, inc. XXXII, da CF). Por essa razão, o fornecedor deve informar clara e suficientemente os consumidores (art. 30 de CDC), estendendo os deveres de lealdade e transparência também na forma de realizar publicidade dos produtos ou serviços.¹²²

Clara violação ao dever de informar está no caso abaixo ementado, pois a Companhia ré deixou de adotar uma conduta conforme a boa-fé, porque não informou aos produtores, a quem havia distribuído sementes para o plantio de tomates, o risco de não vir a adquirir a respectiva produção. Assim é a jurisprudência:

Contrato. Tratativas. *Culpa in contraendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por

¹²¹ COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 115.

¹²² FRADERA, Vera M. Jacob de. A interpretação da proibição da publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 4, jan./fev., 1992, p. 177.

sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento em parte do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação.¹²³

c) Deveres de lealdade

Constitui mandamento de cooperação recíproca e de consideração aos interesses do parceiro contratual. Apresenta-se como dever de não falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por ele consignado. Agir com deslealdade implica atingir a dignidade do outro contratante.

Judith Martins-Costa encontra bons exemplos na jurisprudência estadual, na qual já se decidiu ferir a boa-fé a conduta de cliente bancário, titular de conta corrente, que, após sucessivos saques, a limite coberto ou não, alega inexistência de débito. Também decidiu o tribunal ser desleal a conduta de contratante de seguro privado de saúde que não respondeu, honestamente, questionário sobre doenças preexistentes, fornecido pela seguradora anteriormente à conclusão do negócio jurídico, estando ciente da existência da moléstia.

A lealdade também marca as relações de direito administrativo. No Rio Grande do Sul, médica, servidora municipal, foi licenciada para tratamento de saúde. Durante a licença, porém, atendia pacientes em clínica particular, o que motivou suspensão disciplinar. Inconformada, ajuizou ação indenizatória contra a Administração. Decidiu o Judiciário pela improcedência da demanda, em face do dever, descumprido pela médica, de não atender paciente particular, no período da licença, comprometendo a plena recuperação de sua saúde, objetivo precípua da licença concedida.¹²⁴

Reforça o dever de lealdade nas relações de Direito Administrativo decisão do Superior Tribunal de Justiça:

O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de memorando de entendimento, para suspensão de execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição. Direito de obter a suspensão fundada no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade.¹²⁵

¹²³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª C. Apel. Cív. nº 591.028.295, rel. Ruy Rosado Aguiar Júnior, DJ 06.06.61, v. m., publicado na Revista de Jurisprudência do TJRS nº 154, p. 378.

¹²⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3ª C. Cív., Ap. Cív. 596.131.060, rel. Des. Moacyr Adiers, j. DJ 26.07.1997, In: MARTINS-COSTA, Judith; GERSON, Branco. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 205.

¹²⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª C., Ap. Cív., 5911028295, rel. Des. Ruy Rosado Aguiar Júnior, j. 06.06.91, DJ. 1º.11.91, RJTURS, p. 154-378.

Ressalte-se que a cooperação, informada pela ordem jurídico-econômica considerada, indica o caminho do adimplemento, para o qual é polarizado o negócio jurídico. Assim sendo, é desleal o comportamento que prejudique a utilidade procurada no contrato, ou seja, o programa econômico que é a prestação. Desse modo, assevera Judith Martins-Costa:

A colaboração possibilita o adimplemento porque, para que este seja eficazmente atingido, é necessário que as partes atuem, ambas, em vista do interesse legítimo do *alter*. As partes de uma relação obrigacional não são entidades isoladas e estranhas, atomisticamente consideradas: pelo contrário, tendo se aproximado em virtude de contato social juridicamente qualificado por graus de proximidade ou distância (e o grau que aproxima dois contratantes é de extrema proximidade), as partes estão entre si relacionadas, razão pela qual a necessidade de colaboração intersubjetiva constitui, como afirmou Menezes Cordeiro, “princípio geral da disciplina obrigacional”.¹²⁶

Está demonstrado, portanto, que a boa-fé objetiva, nas suas diversas funções, orienta uma atuação “conforme a confiança depositada pela contraparte”.¹²⁷ De tal modo, configura uma ação refletida, pensando no *alter*, sem abuso e cooperativamente, a fim de que se cumpra o objetivo contratual proposto.

O império da vontade individual é assim limitado por esse dever de agir leal e honestamente. Nesse sentido, a boa-fé objetiva reconhece e valoriza a pessoa humana, conferindo eficácia à dignidade, à igualdade e à solidariedade no âmbito contratual e, por conseguinte, na esfera das relações privadas, fato que revela uma nova leitura do Direito Civil.

Consoante se ratificará nos próximos capítulos, a visão contemporânea desse campo do Direito, proporcionada pelo reconhecimento da boa-fé objetiva como norma jurídica inserida na relação obrigacional complexa, atingirá nossa teoria geral do inadimplemento à medida que a boa-fé impõe deveres não previstos contratualmente, mas cuja violação atinge radicalmente o interesse das partes na manutenção do vínculo inicialmente firmado. Entretanto, antes de chegarmos a essa análise, é oportuno estabelecer, de forma bastante clara, as numerosas terminologias dos deveres nascidos da relação obrigacional e sua relação com o princípio da boa-fé objetiva.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. V. 5. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26.

¹²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A incidência da boa-fé no período pré-negocial: reflexos em torno de uma teoria jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 4, 1992, p. 149.

2.2.3.1 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL COMPLEXA E OS DEVERES ORIUNDOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

O capítulo antecedente buscou demonstrar a tríplice atuação da boa-fé objetiva no exercício de suas diversas funções: interpretativa, limitadora de direitos subjetivos e criadora de deveres jurídicos. Ficou patente, na espécie, o caráter normativo da boa-fé,¹²⁸ cujos principais efeitos consistem no surgimento de deveres, independentemente da declaração de vontade das partes, e na consequente ampliação do próprio conceito de obrigação.

Na esteira do que já se expôs, pela visão oitocentista das codificações liberais, as partes vinculavam-se apenas pela vontade, e o objeto da relação jurídica negocial consistia, apenas, na obrigação principal, daí a conclusão de que estamos diante de obrigações simples. Entretanto, como já demonstrado, dito modelo, fundado exclusivamente na autonomia da vontade e em um sistema fechado de regras, gerou situações de desigualdades que ensejaram diversas mudanças de paradigma. Sobre essa transformação que se reflete na forma de visualizar a situação jurídica obrigacional, Fernando Noronha sustenta a distinção entre obrigação simples e sistêmica com bastante clareza:

Na verdade, existem duas maneiras de encarar qualquer situação jurídica obrigacional, da vida real: uma, vendo nela apenas o que se chama de relação obrigacional simples, isto é, somente olhando o vínculo entre credor e devedor, que se traduz no poder do primeiro de exigir uma prestação, que o segundo tem o dever de realizar; outra, encarando-a na perspectiva da pluralidade de direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades interligados e nascidos de um determinado fato (por exemplo, um contrato ou um fato ilícito), digam ou não respeito a prestações exigíveis de uma ou outra parte. Nesta segunda perspectiva teremos o que se chama de relação obrigacional complexa ou sistêmica. Numa relação obrigacional complexa, considera-se o conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras, mas com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é razão última de sua tutela. Uma relação obrigacional na acepção restrita é apenas um vínculo, construído por determinado direito subjetivo do credor, dirigido à realização da prestação (crédito), e pelo correspondente dever jurídico do devedor, de realizar esta (débito). É apenas um dos vínculos que se podem distinguir no âmbito do complexo unitário constituído pela relação obrigacional sistêmica.¹²⁹ [sublinhas nossas]

¹²⁸ Como destaca Fernando Noronha: “Apesar de dizerem respeito a simples condutas impostas pela boa-fé, para auxiliar na realização das finalidades da relação obrigacional, os deveres fiduciários não são de natureza meramente moral ou social, são verdadeiros deveres jurídicos, mesmo que eles não sejam determináveis com antecipação, ou pelo menos não sejam determináveis em grau suficiente para poderem caracterizar prestações autonomamente exigíveis.” NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações – introdução à responsabilidade civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 82.

¹²⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações – introdução à responsabilidade civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.

Abordando o mesmo tema, Mário Júlio de Almeida Costa afirma que a relação obrigacional pode também ser conceituada de forma una ou simples, tanto quanto de maneira múltipla ou complexa. O primeiro sentido corresponderia à concepção clássica romanística, segundo a qual a obrigação se limitaria ao dever de prestar e ao correlato direito de exigir a prestação. Já o segundo sentido define a obrigação de modo globalizante, incluindo, ao lado dos deveres de prestação, deveres laterais, além de direitos potestativos, sujeições, ônus e expectativas.¹³⁰ Em harmonia com a exposição do autor português, Fernando Noronha exemplifica as duas formas de visualizar a relação obrigacional:

O contrato de locação de imóvel urbano proporciona mais uma boa concretização das relações obrigacionais complexas. Se encarmos do ponto de vista da relação obrigacional simples, poderemos falar na obrigação de pagar o aluguel, com o locador podendo exigir e o locatário devendo pagar. Do ponto de vista da relação obrigacional complexa teremos o conjunto de direitos e deveres que na locação unem reciprocamente locador e locatário, a que se referem os arts. 22 e 23 da Lei n. 8.245/91: o locador é obrigado a entregar o prédio, a garantir ao locatário o seu uso, a resguardá-lo de embaraços e turbações de terceiros, etc.; o locatário é obrigado a pagar o aluguel, a reparar os estragos a que der causa, a restituir o imóvel ao termo do contrato, etc. E repare-se que muitos outros direitos e deveres existem, previstos noutros preceitos, como a obrigação do locador de dar preferência ao locatário na hipótese de venda (art. 27), o direito do locador de exigir periodicamente reajustes (art. 17, parágrafo único) e revisões (arts. 19 e 68), ou ainda o direito de recusar o pagamento de aluguéis atrasados ou em montante inferior ao devido, e mesmo o de requerer o despejo do locatário.¹³¹

Segundo destaca Franz Wieacker, em sua análise histórica do Direito Privado moderno, a jurisprudência alemã foi a grande responsável por diversas modificações no direito das obrigações daquele país. Conforme informação do mencionado autor, tanto a prática como a doutrina germânica reconheceram a relação obrigacional como uma relação jurídica complexa (organismo) capaz de gerar deveres acessórios, deveres de proteção em geral, deveres pré-contratuais (*culpa in contraendo*) e responsabilização contratual do respectivo credor (*culpa in exigendo*).¹³²

¹³⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 60.

¹³¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações – introdução à responsabilidade civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73-74.

¹³² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 597.

Na Alemanha, diversas foram as formas de denominar a amplitude da relação obrigacional, utilizando terminologia até mesmo usual em outros ramos do conhecimento.¹³³ Siber, por exemplo, definiu dita relação obrigacional como um organismo¹³⁴ para expressar “um conjunto unificado de pretensões, existentes ou virtuais, dotadas de sentido unitário enquanto conjunto e não como sobreposição de entidades independentes”.¹³⁵ Já Zepos importou um conceito moderno da psicologia (*Gestalt*), para comparar a relação obrigacional a uma totalidade organizada cujas propriedades não resultam da simples soma de suas partes, mas das qualidades particulares do todo.¹³⁶ Herholz, por sua vez, qualifica a relação obrigacional como relação-quadro constante,¹³⁷ mas é Laurenz quem difunde a expressão mais utilizada para conceituar o tema: sistema e processo [*Geiße und Prozess*].¹³⁸

Assim, na atualidade, como já se ressaltou alhures, as relações obrigacionais são compreendidas em sintonia com os valores constitucionais e com um sistema aberto que admite a ampla utilização de princípios para solucionar diversas questões concretas. Nesse contexto, a relação obrigacional é vista como um processo,¹³⁹ ou seja, uma série de atos cuja finalidade é o adimplemento. Pretende-se, dessa forma, que o cumprimento da obrigação se realize de maneira mais satisfatória para o credor e menos onerosa para o devedor. Essa visão dinâmica da obrigação, tendo como parâmetro uma ordem de cooperação entre credor e devedor, resulta de outros deveres – além do principal – cuja importante fonte gerada nas diversas funções em que atua a boa-fé objetiva.¹⁴⁰

Nessa ótica, existem os chamados deveres principais ou primários, que identificam a relação obrigacional e constituem a própria “alma” da obrigação como, por exemplo, o dever de uma parte transferir a coisa e o da outra parte de pagar o preço fixado no contrato

¹³³ Importante o alerta de Carlos Alberto da Mota Pinto: “O recurso a formas imagéticas de expressão, com a pretensão de conseguir, por via impressionística, a caracterização que se pretende, e com a implícita consequência provável da quebra de rigor, é uma atitude constante, particularmente nas ciências sociais, quando se deparam impasses terminológicos [...] O recurso ao emprego de imagens na caracterização dos conceitos jurídicos é legítimo, na medida em que a essência do conceito é, ao menos aproximativamente, patenteada. Concedendo-se, embora, que uma linguagem imagética, pelo seu potencial persuasivo, possa ser legitimada, ainda que só consiga um resultado aproximado, é sempre, todavia, de exigir que ela não comporte, lateralmente, o risco de sugerir conclusões perturbadoras da necessária clareza”. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 381-382.

¹³⁴ Carlos Alberto da Mota Pinto critica essa terminologia: “ao transplantar-se uma categoria pertinente a uma dada camada do real – a da vida orgânica – para um outro estrato – o da vida social –, sugere-se, fortemente, contra a verdade, que os vínculos singulares são criados pela relação contratual, tal como os processos fisiológicos pelo organismo [...] Ora, essa perspectiva das coisas é manifestamente criticável, pois o fundamento da criação dos vínculos, cujo complexo sistemático e dinâmico constitui a relação contratual, está no direito objectivo e no concorde comportamento voluntário das partes.” MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 383.

¹³⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63.

¹³⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 383.

¹³⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64, e MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379-380.

¹³⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 384.

¹³⁹ Fernando Noronha prefere a utilização da expressão relação obrigacional complexa, sistêmica ou sistema obrigacional, em vez dos termos “conjunto” e “processo”. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações – introdução à responsabilidade civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 76.

¹⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 39-40.

de compra e venda. Paralelamente àqueles, podem advir os deveres secundários ou acidentais, que se referem, diretamente, à prestação principal, mas sem qualquer particularidade que requeira individualização específica, como nos casos em que o devedor, por seu atraso culposo, deverá indenizar os prejuízos do credor. Esses deveres secundários classificam-se em meramente acessórios da prestação principal, cuja finalidade é preparar o cumprimento ou garantir sua perfeita realização (por exemplo, conservar a coisa até sua tradição) e deveres secundários com prestação autônoma, que podem coexistir com a prestação principal (indenização pela mora) ou substituí-la (indenização pela impossibilidade culposa).¹⁴¹

Tanto os deveres principais como os secundários dizem respeito aos deveres da prestação. Ao lado deles, existem os deveres laterais, que, sem se ligarem à espécie de obrigação ou ao tipo do contrato, também decorrem do fato jurídico obrigacional, mas com fundamento em fontes diversas. Enquanto os deveres de prestação possuem como suporte jurídico o contrato e como suporte fático o seu momento genético (conjugação da vontade das partes), os deveres laterais se fundamentam no princípio da boa-fé objetiva e possuem como fonte fática a atuação das partes inseridas em um conjunto de circunstâncias, independentemente do momento genético do contrato.¹⁴²

Várias são as denominações sugeridas para conceituar referidos deveres: laterais (Esser), de proteção (Heinrich Stoll) e, ainda, deveres de conduta (Larenz).¹⁴³ Em conhecido trabalho sobre o tema, Antunes Varela sugere a expressão deveres acessórios de conduta, para designar aqueles necessários ao correto desenvolvimento da relação obrigacional, ressaltando sua distinção e características principais da seguinte forma:

A distinção entre os deveres (primários ou secundários) de prestação e os deveres acessórios de conduta reflecte-se desde logo em dois aspectos: primeiro, na possibilidade de os deveres acessórios de conduta (que variam conforme as circunstâncias concretas de cada situação) surgirem antes (ou independentemente) de se ter constituído a relação obrigacional de onde decorre (ou viria a decorrer) o dever de prestação [...]; depois, na possibilidade de os deveres acessórios de conduta terem como titular activo pessoas estranhas à relação donde nasce o dever de prestação [...]. Quanto à sua disciplina jurídica, a generalidade dos deveres acessórios de conduta não dá lugar, como vimos, à acção judicial de cumprimento [...]. Por último, os deveres acessórios de conduta tanto recaem sobre o devedor, como

¹⁴¹ Esta é a classificação proposta por Mário Júlio de Almeida Costa (*Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 63-64) e seguida por Jorge Cesa Ferreira da Silva (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 71-72).

¹⁴² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 95-96.

¹⁴³ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. V.1, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 124, nota (1).

afectam o credor, a quem incumbe evitar que a prestação se torne desnecessariamente mais onerosa para o obrigado e proporcionar ao devedor a cooperação de que ele razoavelmente necessite, em face da relação obrigacional, para realizar a prestação devida.¹⁴⁴ [sublinhas nossas]

Em estudo sobre a mesma temática, Carlos Alberto da Mota Pinto também aponta a imprecisão terminológica para designar idêntico fenômeno, qual seja, o da existência de deveres cuja função consiste em auxiliar a realização positiva do fim contratual e da proteção à pessoa e ao patrimônio da outra parte.¹⁴⁵ Ressalta aquele mestre que esses deveres podem existir em qualquer relação contratual, embora sejam mais comuns nas relações duradouras, e que sua concretização se produz “à medida que vão verificando situações que põem em perigo a consecução do interesse do contrato”.¹⁴⁶ Destacando as principais diferenças dos deveres laterais (também chamados deveres de conduta), afirma o doutrinador português:

Não existindo, pois, desde o início, em número e com conteúdo fixo, dependendo o seu surgimento e a sua superação da situação material concreta, como emanções do princípio da boa-fé, segundo o fim do contrato, carecendo dum fim próprio, diverso do auxílio à consecução do interesse contratual e do impedimento de consequências laterais indesejáveis, surgem-nos, segundo a sua essência, como algo de funcional, como elementos de um processo em desenvolvimento para um determinado fim. Nesse seu papel instrumental, não estão, todavia, isolados, antes a sua funcionalidade deve ser transposta para o quadro ou sistema que, em conexão com outros elementos (créditos, débitos, direitos potestativos, deveres acessórios, sujeições, ônus), integram a relação contratual. Com efeito, também esta, produto de uma conexão de elementos ligados por uma comunidade de direcção final, deve ser caracterizada como um processo. Resultam já, claramente, do atrás exposto, os aspectos que contradistinguem os deveres de prestação dos, agora focados, deveres laterais: a chave dos deveres laterais é o fim do contrato, a serviço do qual se encontram; a finalidade do dever de prestação, sendo mediatamente o fim do contrato, é directamente a satisfação do interesse na prestação; os deveres laterais criam as condições para uma consecução, sem estorvo, do fim visado; o dever de prestação é o elemento principal, a alavanca, com que o fim pode ser conseguido; os deveres laterais não têm por objecto uma prestação

¹⁴⁴ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. V.1, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 126-127.

¹⁴⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-339.

¹⁴⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 347.

determinada antecipadamente, com clareza, pelo que não é possível, salvo algum caso raro, obter coercitivamente o seu cumprimento específico. Acresce ao exposto a possibilidade de existência de relações obrigacionais em sentido amplo sem deveres primários de prestação. Tais relações obrigacionais complexas esgotam seu conteúdo em deveres de comportamento ou deveres laterais (de informação ou de cuidado) entre determinadas pessoas. É o que sucede, por exemplo, com a relação pré-contratual, fundamentadora da chamada responsabilidade pré-negocial, em que há recíprocos deveres de comportamento, cuja violação pode originar deveres secundários de prestação (indenização, nos termos do art. 798), mas nenhum dever primário de prestação, com a relação, emergente dos chamados contratos com eficácia de proteção para terceiro, entre o devedor e a pessoa não participante no contrato, mas abrangida pelo seu efeito proctetor e com a relação fundamentadora da chamada responsabilidade pós-contratual.¹⁴⁷ [sublinhas nossas]

Ante o todo exposto, não há dúvidas de que a diversidade quanto à terminologia e à classificação dos deveres oriundos da relação obrigacional complexa possa gerar confusões, razão por que é importante mencionar as denominações sugeridas pelos principais autores que tratam do assunto. Em nosso direito pátrio, por exemplo, Fernando Noronha propõe a seguinte classificação: (1) deveres principais, primários ou deveres primários de prestação (também chamados de deveres típicos ou essenciais); (2) deveres acessórios ou secundários de prestação e (3) deveres fiduciários, anexos, laterais ou deveres de conduta (também chamados de deveres correlatos ou colaterais).¹⁴⁸ De outro lado, Clóvis Couto e Silva¹⁴⁹ utiliza a denominação deveres secundários, anexos ou instrumentais para abarcar o conjunto de deveres laterais e aqueles outros de prestação secundária.

¹⁴⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 347.

¹⁴⁸ Segundo Fernando Noronha, “os deveres principais dizem respeito às prestações nucleares, ou seja, visam à satisfação direta do interesse do credor; os deveres acessórios também estão diretamente dirigidos a prestações específicas pré-determináveis, mas não se confundem com a prestação principal; por fim, os deveres fiduciários não são pré-determináveis e traduzem-se em deveres de cooperação emanados da boa-fé objetiva, com vistas a auxiliar a realização das finalidades da relação obrigacional.” NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações – introdução à responsabilidade civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78-80.

¹⁴⁹ COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 112.

Para os fins deste estudo, é oportuno saber que Heinrich Stoll, não obstante as críticas sofridas por sugerir a denominação deveres de proteção,¹⁵⁰ foi o responsável por inaugurar a sistematização dos diversos deveres existentes. Segundo o jurista alemão, toda relação obrigacional apresenta uma duplicidade de interesses. Em um primeiro instante, identifica-se um interesse positivo, que consiste em fazer algo para que um resultado seja atingido, ou seja, as partes se vinculam focando o objeto da prestação que deverá ser cumprida pela atuação do devedor. Entretanto, existem outros interesses que devem ser considerados. Tendo em vista que a relação obrigacional pode expor a perigo os bens ou a pessoa da outra parte, a boa-fé objetiva deve incidir regulando o comportamento dos sujeitos, a fim de evitar situações danosas (deveres de proteção). Assim, a boa-fé objetiva cria deveres que veiculam um interesse negativo, ou seja, medidas devem ser adotadas para que um determinado resultado não seja atingido.¹⁵¹ Em excelente monografia sobre o tema, explica Manuel A. Carneiro da Frada que:

Dentro do mosaico dos deveres laterais de conduta [...] podem individualizar-se [...] aqueles que têm em vista defender as partes de todas aquelas intromissões danosas na sua esfera de vida (pessoa e patrimônio) que o contrato recíproco durante todo ciclo vital da relação obrigacional propicia. Os primeiros prosseguem um interesse conexo com a prestação e têm, assim, uma finalidade positiva. Os segundos, ao invés, pretendem proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e patrimônio que nascem da (e por causa da) relação particular estabelecida: a sua finalidade é negativa. A estes chamou Stoll deveres de proteção.¹⁵² [sublinhas nossas]

Resumindo a discussão em torno desse assunto, Jorge Cesa Ferreira da Silva esclarece da seguinte forma:

- 1) os deveres de prestação veiculam os interesses do credor na prestação. São subjetivados em apenas uma das partes, portanto. Os deveres de proteção veiculam os interesses de ambas as partes na preservação da própria pessoa e de seu patrimônio, sendo a subjetivação de tais deveres, assim, bilateral.
- 2) os deveres de prestação possuem uma função positiva; os de proteção, uma função negativa.
- 3) os deveres de prestação fundamentam-se primordialmente na vontade das partes. Os deveres de proteção fundamentam-se na boa-fé (§§ 157 e 242 do BGB).

¹⁵⁰ Antunes Varela critica a expressão “deveres de proteção”, argumentando que, além da proteção contra eventuais danos, esses deveres perseguem outros fins perseguidos na relação complexa. Varela, Antunes. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 124. Também aponta a impropriedade da expressão MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 403.

¹⁵¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 90.

¹⁵² FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra, 1994, p. 41.

4) os deveres de prestação podem ser violados por não se lograr a consecução do interesse [*Interessenverteilung*], por se prejudicar a consecução do interesse [*Interessenbeeinträchtigung*] ou por se pôr em perigo a consecução do interesse [*Gefährdung des Leistungsinteresses*]. Já os deveres de proteção, como não consubstanciam um interesse positivo, podem ser violados tendo-se o interesse prejudicado ou tendo-se colocado o interesse em perigo.¹⁵³

Contudo, a doutrina subsequente a Heinrich Stoll, como vimos anteriormente, procedeu a uma ampliação do conceito de deveres laterais. Esses deveres não se limitam apenas à proteção do patrimônio e à pessoa da contraparte, mas abarcam todo o conjunto de deveres emanados do dever de cooperação propugnado pela boa-fé objetiva, em uma relação indireta (ou qualitativa) com a prestação. Na espécie, enquadrar-se-ia nessa categoria, por exemplo, o dever do vendedor de maquinários de fornecer as informações que permitam sua melhor utilização.¹⁵⁴

Assim, atualmente, como já referido no item relativo às funções da boa-fé objetiva, para o qual remetemos o leitor interessado na matéria, os deveres laterais podem ser didaticamente enquadrados em três grandes grupos, segundo classificação proposta por Antonio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro: deveres de proteção, deveres de lealdade e cooperação, e deveres de informação e esclarecimento.

Esclarecidas as principais correntes terminológicas em torno dos deveres laterais (ou deveres de proteção ou de conduta, consoante se preferir chamar) e lançadas as principais linhas de seu conteúdo, o que se almeja com este tópico é estabelecer as premissas para posterior análise entre os deveres laterais criados pela boa-fé objetiva no âmbito da relação obrigacional complexa e as tradicionais figuras do inadimplemento.

Em outras palavras, o que se procurará verificar nos capítulos seguintes é quando e de que modo o descumprimento de deveres laterais se enquadra nas figuras básicas de inadimplemento já postas na legislação pátria ou se é necessário o desenvolvimento de uma nova figura ao lado das já existentes.

3 PANORAMADO INADIMPLEMENTO NO SISTEMA JURÍDICO VIGENTE

Feito o exame da boa-fé objetiva e da relação obrigacional complexa, o presente capítulo se propõe a apresentar um breve panorama das noções de inadimplemento, mora e garantias legais da prestação. Longe de seu escopo estudar os detalhes dessas categorias jurídicas, mas apenas proceder à distinção desses conceitos, para que se compreenda, com clareza, o tema da violação positiva do contrato.

¹⁵³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 79-80.

¹⁵⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 81.

3.1 DO INADIMPLEMENTO

Examinadas as premissas anteriores, é imprescindível verificar se as hipóteses de inadimplemento tradicionalmente concebidas são suficientes para abranger todas as situações de descumprimento obrigacional. Assim, é preciso abordar, previamente, as linhas gerais do inadimplemento no âmbito do Direito Civil brasileiro.

Conforme já assinalado, nascida a relação obrigacional, ela é polarizada pelo seu adimplemento, que constitui o modo natural de sua extinção, seja mediante a entrega ou restituição de um bem (dar), a prática de uma atividade (fazer) ou a abstenção de uma conduta (não fazer).¹⁵⁵

Entretanto, tendo em vista a superação do conceito de relação obrigacional estática, deve-se destacar que a realização do adimplemento ultrapassa o cumprimento dos deveres de prestação (primários e secundários). Estamos dizendo que o conceito de adimplemento se amplia, pois também envolve o cumprimento dos deveres anexos, visando à realização do conjunto de interesses globalmente envolvidos. Assim, o adimplemento possui três requisitos, devendo ser:

- a) voluntário – pois será efetuado espontaneamente pelo devedor. Caso exista coerção praticada pelo credor, estaremos diante da hipótese de inadimplemento (art. 580 do CPC);
- b) exato – a prestação será satisfeita no tempo, local e forma ajustados (art. 394 do CC), sob pena de perda de sua utilidade e constituição do inadimplemento;
- c) lícito – não é suficiente cumprir a obrigação principal – prestação –, mas também os deveres anexos resultantes da boa-fé objetiva perante o parceiro (art. 422 do CC), com atenção à função social da relação jurídica (art. 421 do CC), caso contrário, haverá abuso de direito, considerado objetivamente como ato ilícito, pelo art. 187 do Código Civil.¹⁵⁶

Em síntese, o adimplemento significa o modo natural de extinção das obrigações a partir do seu cumprimento voluntário, adequado e direto,¹⁵⁷ consubstanciado não apenas na realização dos deveres da prestação, mas também em todo o conjunto de interesses envolvidos na relação obrigacional dita complexa. Como destaca Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

O cumprimento deve ser feito em obediência a dois princípios: (a) “pontualidade”, regra básica de que o cumprimento deve ajustar-se inteiramente à prestação devida, de que ao *solvens* cabe efetuá-lo ponto por ponto, mas em todos os sentidos e não apenas no aspecto

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 266.

¹⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 268.

¹⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 266.

temporal. É o enunciado pelo artigo 394 do nosso Código Civil [...]; (b) boa-fé, nos termos do art. 422 do Código Civil [...]. O princípio deve ser levado em conta como uma causa ou fonte especial de deveres de condutas exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade perseguida pelas partes através dela. As partes não se deve só aquilo que elas mesmas estipularam ou estritamente aquilo que determina o texto legal, mas tudo aquilo que em cada situação impõe a boa-fé. E essa atuação vai influir sobre as duas partes do contrato, ora limitando a obrigação de prestação, ora ampliando-a.¹⁵⁸ [sublinhas nossas]

Paralelamente ao aprofundamento do conceito de adimplemento, amplia-se também o de inadimplemento, que não se restringe ao descumprimento da prestação principal devida. Assim, haverá inadimplemento quando não forem realizados, pelo credor ou devedor, quaisquer dos interesses e deveres inerentes ao vínculo obrigacional.¹⁵⁹

Portanto, não apenas a simples ausência da prestação conduz ao inadimplemento, mas também o descumprimento de circunstâncias que valoram o comportamento do obrigado (arts. 389 e 394 do Código Civil) e a violação de deveres criados pela boa-fé objetiva. Fixados os contornos do inadimplemento, oportuno prosseguir em seu estudo, distinguindo as noções de inadimplemento absoluto, mora e garantias legais da prestação.

3.1.1 INADIMPLEMENTO ABSOLUTO

Diz-se absoluto o inadimplemento quando a prestação não puder ser realizada (impossibilidade do objeto da prestação) ou quando não houver mais sentido em sua realização (fato relativo ao interesse do credor). Na definição de Agostinho Alvim, esse tipo de inadimplemento se verifica “quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo”.¹⁶⁰ Mais esclarecedora é a definição seguida dos exemplos indicados por Araken de Assis, segundo o qual no inadimplemento absoluto:

Existe uma inatuação importante – a falta atribuível ao devedor – irrecuperável. Exemplos dessa modalidade gravíssima de descumprimento dos deveres obrigacionais: (a) Pedro se obrigou a entregar a Mário um automóvel, que, entretanto, pereceu em razão de mau uso; (b) Artur se comprometeu a fazer mágicas na festa de aniversário do filho de Paulo e não compareceu a ela; (c) Fernando, obrigado pelo saldo do preço do automóvel, caiu em insolvência [...] O inadimplemento absoluto resulta, outrossim, da rejeição da

¹⁵⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 92.

¹⁵⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 124.

¹⁶⁰ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 15.

prestação defeituosa ou da sua imediata restituição. Também toca ao credor rejeitar o cumprimento serôdio tornado inútil (art. 395, parágrafo único, do CC-02).¹⁶¹ [sublinhas nossas]

A impossibilidade se verificará quando houver um “obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica”.¹⁶² Se a impossibilidade do objeto da prestação for originária, ou seja, contemporânea ao nascimento da obrigação, tal fato acarretará a nulidade do negócio jurídico, por atingir o plano de validade, nos termos do art. 166, inc. II, do CC.¹⁶³ De outro lado, a impossibilidade superveniente interfere no plano da eficácia, e suas consequências variarão conforme a modalidade de obrigação (dar, fazer ou não fazer).¹⁶⁴

Se a obrigação for de dar coisa incerta, antes da fase de escolha e individuação da coisa, não se pode cogitar de impossibilidade, pois, em regra, gênero e quantidade não perecem (art. 246 do CC). No caso de obrigação de dar coisa certa, seu cumprimento será possível quando existir o bem e este puder ser objeto de negócio jurídico. Já nas obrigações de fazer personalíssimas, configurar-se-á a impossibilidade quando o obrigado (com ou sem culpa) se recusar ou não puder realizá-la. Nas obrigações de não fazer, a doutrina diverge se o ato comissivo, por si só, já enseja inadimplemento ou se há casos em que é cabível configuração de mora nesse tipo de obrigação.¹⁶⁵

Tradicionalmente, classifica-se a impossibilidade de prestar a obrigação em relativa (subjativa) ou absoluta (objetiva), total ou parcial. Diz-se relativa (subjativa), quando a impossibilidade de prestar a obrigação for somente do devedor, podendo ela ser realizada por terceiro; absoluta (objetiva) é aquela obrigação que inviabiliza o próprio objeto da prestação, e, portanto, não poderá ser realizada por ninguém; total é a impossibilidade em que a prestação não puder ser realizada em sua inteireza, e parcial é aquela em que, sendo divisível o objeto, parte dela poderá ser prestada.¹⁶⁶

Oportuno ressaltar algumas consequências do inadimplemento. Verificada sua ocorrência, a parte prejudicada, com fundamento no artigo 475 do Código Civil,¹⁶⁷ poderá optar por: 1) requerer a tutela específica da obrigação,¹⁶⁸ se entender que esta ainda lhe é viável, cumulando tal pedido com o de perdas e danos; 2) resolver o negócio jurídico e pedir indenização por perdas e danos.

¹⁶¹ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 102 e 104.

¹⁶² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 96.

¹⁶³ Ressalva Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Na originária subjativa (a que é impossível simplesmente para o devedor – relativa), o ato é válido, caracterizando-se apenas uma incapacidade (impotência) do devedor. É o caso da venda de coisa alheia, ato ineficaz, mas válido, cuja prestação eventualmente poderá vir a ser cumprida, tanto obtenha o devedor condições de efetivá-la”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 97.

¹⁶⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 132-133.

¹⁶⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 133.

¹⁶⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 134.

¹⁶⁷ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

¹⁶⁸ A execução específica da obrigação não será possível na hipótese de inadimplemento absoluto.

Assim, havendo inadimplemento absoluto, o pedido não será o de cumprimento do contrato, pois, nessa hipótese, ocorreu a impossibilidade plena do objeto ou a perda completa de seu interesse pelo credor. A solução, então, consiste na resolução do pacto, sendo que o pedido de perdas e danos só será cabível se a prestação se tornou impossível por culpa do devedor.¹⁶⁹

O artigo 389 do Código Civil, ao fixar a responsabilidade contratual, dispõe 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”. Assim, não sendo possível a execução específica da obrigação (obtenção da prestação *in natura*), se original, ela se converte no dever de indenizar. Além de fazer jus ao dano emergente (equivalente em pecúnia quanto aos prejuízos causados pela inexecução da obrigação), o credor poderá pleitear os lucros cessantes (valor correspondente àquilo que razoavelmente deixou de ganhar, em razão do evento danoso), bem como juros, atualização monetária e honorários advocatícios.

3.2 MORA

Diversamente do que ocorre no inadimplemento absoluto da obrigação, na mora,¹⁷⁰ apesar de a obrigação não ter sido cumprida na forma, no lugar e no tempo devidos, ela ainda poderá ser prestada de forma útil para o credor.¹⁷¹

A conceituação¹⁷² adequada dessa categoria jurídica deve ser formulada a partir da leitura conjunta dos artigos 394 e 396 do Código Civil, que assim dispõem:

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou convenção estabelecer.

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não ocorre este em mora.

¹⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V.2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 123.

¹⁷⁰ Sobre a etimologia da expressão, leciona Pontes de Miranda: “Mora vem de *memor*, lembrar, recordar, tal como memória [...] O que não adimpliu ou o que recusou se põe em retardo, se atrasa, e esse escorrer de tempo, essa demora, em que se pode prestar e não se presta, ou em se pode receber e não se recebe, é o tempo da mora; por abreviação, a mora.” MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. V. 23, Campinas: Bookseller, 2003, p. 147.

¹⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V.1, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 714.

¹⁷² Pontes de Miranda apresenta o seguinte conceito: “Mora é falta ao adimplemento, não só demora, ou retardo.” MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. V. 23, Campinas: Bookseller, 2003, p. 160.

Tais dispositivos, contudo, suscitam duas questões a serem examinadas nesse subtítulo: a primeira questão refere-se à inclusão ou não dos fatores relativos ao local e à forma como condições integrantes do conceito de mora; a segunda diz respeito à necessidade da existência de culpa do devedor ou do credor como requisitos desse instituto.

Assim, em um primeiro momento, do exame sistemático de tais dispositivos, pode-se concluir que, à luz do Código Civil, mora é o “atraso, imputável por distintos fatores a uma das partes, no prestar ou no receber a prestação que ainda interessa ao credor”.¹⁷³

Contudo, da leitura do artigo 394 mencionado extrai-se uma imprecisão técnica,¹⁷⁴ pois o legislador vinculou à ideia de mora não apenas a noção de tempo (atraso), mas também a de lugar e forma – independentemente de sua relação com o tempo da prestação.¹⁷⁵

A dicção desse dispositivo deve ser interpretada a partir da premissa de que a mora está intrinsecamente ligada ao aspecto temporal. Desse modo, não haverá mora no simples fato de a prestação ser realizada ou recebida no lugar ou na forma diversos do pré-fixado. Individualmente, esses fatores não podem configurar mora, mas poderão ensejá-la se associados ao fator tempo: vale dizer, quando provocarem atraso no prestar ou no receber a prestação. Consoante esse entendimento:

A definição legal do Código Civil é extremamente clara: não é somente o atraso-inação que gera a mora. Também pode atrasar a prestação (a correta prestação) o mau cumprimento de dever de prestar. Em qualquer uma das hipóteses, porém, o que se considerará para afirmar que há mora é que a prestação ainda não se efetuou, mas que, posteriormente, poderá realizar-se. Nesse sentido, é inegável que a mora relaciona-se exclusivamente ao tempo.¹⁷⁶ [sublinhas nossas]

No que diz respeito à necessidade ou não de existência de culpa para configuração da mora, é preciso fazer uma distinção. Tratando-se de mora *solvendi*, verificar-se-á a mora quando o retardamento no cumprimento de obrigação exigível (líquida, certa e vencida) for culposo.¹⁷⁷ Aqui se entende que a culpa do devedor será sempre presumida, entretanto dita presunção é relativa, pois o devedor poderá provar que o atraso no cumprimento da obrigação decorreu de caso fortuito ou de força maior. A questão, contudo, não é pacífica, propondo Pontes de Miranda a seguinte crítica:

¹⁷³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 144.

¹⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 714.

¹⁷⁵ Segundo Gustavo Tepedino: “a prestação realizada em local diverso do pactuado ou de modo inadequado configura o cumprimento defeituoso da obrigação, uma das possibilidades de inadimplemento, a que se convencionou chamar violação positiva do contrato”. Cf. TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 715.

¹⁷⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 149.

¹⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 715.

Só o fato de haver mora *ex re*, que não exige a culpa do devedor, bastaria para que não se pudesse falar de culpa como elemento da mora [...]. Tem se por a parte a questão de ser ou não ser elemento da mora a culpa. Os que o afirmam não examinaram detidamente os casos, nem atenderam a outras regras do sistema jurídico [...]. Para que haja mora é preciso que possa ser imputada, isto é, que possa a qualquer pessoa ser possível a prestação tempestiva; portanto que não tenha havido impossibilidade objetiva.¹⁷⁸ [sublinhas nossas]

Já a mora *accipiendi*¹⁷⁹ ocorrerá quando o credor recusar, imotivadamente, a prestação regularmente ofertada pelo devedor ou quando ele exigir do devedor o pagamento em modo superior ou diverso do convencionado, impondo-lhe um sacrifício extraordinário.¹⁸⁰ Discute-se se a culpa é requisito para a mora do credor¹⁸¹ ou se basta a simples recusa injustificada. Nesse embate, defendem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que:

Para a constituição em mora do credor, o Código Civil não cogita da demonstração de sua culpa, sendo suficiente a atitude de injustificada recusa ao recebimento pela falta de cooperação. A questão deve ser posta em seus devidos termos. Com base na contemporânea visão da obrigação como processo imantado ao adimplemento, o credor também deverá pautar sua conduta no princípio da boa-fé objetiva, sendo censurável a prática de qualquer comportamento que dificulte o acesso do devedor ao adimplemento. O devedor anseia por cumprir a prestação e recuperar a sua liberdade, extinguindo o vínculo. Portanto, pagar não é apenas um dever, cuidando-se de direito subjetivo de devedor de adimplir, que corresponde, inexoravelmente, ao dever de cooperação do credor. O prolongamento da obrigação é danoso para o devedor. Se o credor não puder amparar sua recusa ao recebimento da prestação em atos objetivos e legítimos, será ela injustificada.¹⁸²

Em síntese, enquanto para a mora do devedor exige-se a culpa, para se verificar a mora do credor, é suficiente a objetiva recusa injustificada. Por conseguinte, poder-se-ia compreender mora como o “atraso culpável do devedor ou advindo de injustificada recusa da prestação pelo credor, respectivamente, no prestar ou no receber a prestação que ainda interessa ao credor”.¹⁸³

¹⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. V. 23, Campinas: Bookseller, 2003, p. 154, 156, 159.

¹⁷⁹ “Mora do credor é a omissão do credor em cooperar para que a dívida se solva, até onde essa cooperação é indispensável.” MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. V. 23, Campinas: Bookseller, 2003, p. 242.

¹⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 407.

¹⁸¹ Pontes de Miranda também defende que “a culpa não é pressuposto da mora do credor”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. V. 23, Campinas: Bookseller, 2003, p. 246.

¹⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 407.

¹⁸³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 144.

Outra discussão que merece destaque consiste em saber se o descumprimento de obrigação negativa no tempo devido acarretaria somente inadimplemento absoluto ou se haveria hipóteses em que dito descumprimento ensejaria mora. No que tange às obrigações negativas, dispõem os artigos 251 e 390 do Código Civil que:

Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Com fundamento nas disposições dos artigos descritos, tradicionalmente afirmava-se, acriticamente, que o descumprimento da obrigação de não fazer não comportaria mora, mas somente inadimplemento absoluto. Segundo esse entendimento, uma vez praticado o ato, cuja abstenção se esperava do devedor, este se tornaria inadimplente, independentemente de interpelação.¹⁸⁴

Entretanto, ao observar as obrigações que perduram no tempo, chega-se à conclusão diversa. Consoante Pontes de Miranda,¹⁸⁵ nas obrigações contínuas de não fazer, havendo possibilidade de elidir os efeitos da inexecução, o devedor poderá purgar a mora e continuar abstendo-se de praticar o ato a que se obrigara não fazer.¹⁸⁶ Seguindo o entendimento do citado jurista, Jorge Cesa de Faria propõe o seguinte exemplo:

A contrata com B em 1º de março, que B, a partir do dia 30 daquele mês, deixará de vender determinados produtos em uma dada região por um período de 6 meses. Pela interpretação do negócio, visualiza-se que o termo inicial não é essencial. Passado o dia 30 de março, constata-se que B continua vendendo seus produtos na região determinada, inadimplindo o acordo. Seria este caso hipótese de mora ou de inadimplemento absoluto? Entendido o inadimplemento em questão como absoluto, o resultado será a conversão da prestação em perdas e danos, o que, muito possivelmente, não atenderia aos

¹⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 526.

¹⁸⁵ “Não é verdade que não haja mora de obrigações negativas”. Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. V. 22, Campinas: Bookseller, 2003, p. 151. Esse entendimento também é o de Gustavo Tepedino. TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 526.

¹⁸⁶ MIRANDA, Pontes. *Apud* TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 527.

interesses do credor. Por outro lado, persistindo o interesse do credor *A* na prestação, não haverá sentido em se negar a viabilidade da mora, conservando-se, assim, a obrigação à prestação primária acrescida das perdas e danos decorrentes do atraso. Pelo que se percebe, a hipótese seria melhor dimensionada nesse segundo regime, apesar de se tratar de obrigação negativa.¹⁸⁷

Feitas as observações anteriores, é possível compreender a mora a partir de dois modelos: um amplo, que a concebe como descumprimento de qualquer dever obrigacional, gerando atraso no objeto da prestação, e outro restrito, que limita o descumprimento tão somente aos deveres que afetem diretamente os interesses da prestação.¹⁸⁸

Na visão de Jorge Cesa Ferreira Silva, o Código Civil pareceu adotar o modelo amplo da mora, ao concebê-la como qualquer descumprimento de dever obrigacional.¹⁸⁹ Segundo essa corrente, estaria em mora, por exemplo, o dentista que, contratado para extrair dente, agrava o estado do paciente, causando-lhe diversas sequelas.¹⁹⁰

Não obstante dita concepção tenha a vantagem de dar proteção jurídica a casos semelhantes, sem a necessidade de construção de uma terceira figura de inadimplemento, são numerosos os obstáculos que ela enfrenta.

O primeiro consiste no fato de que tanto a mora como o inadimplemento absoluto se baseiam em uma mesma prestação estabelecida pelo título, como, por exemplo, a realização de uma cirurgia, o conserto de um carro, o acompanhamento jurídico. Assim, sustentar que o profissional de saúde que praticou danos ao paciente está em mora enquanto não extinguir os efeitos deletérios de seu ato dificulta a distinção entre prestação primária (gerada pelo título) e prestação reparatória.¹⁹¹ Segundo Jorge Cesa Ferreira:

Para que haja mora, é necessário que o interesse na prestação ainda subsista. Veja-se que, por isso, o Código Civil, ao regular a purga da mora do devedor (art. 959, I), exige a realização da prestação primária acrescida da prestação relativa aos prejuízos gerados pela mora. Nos casos como o do exemplo, no entanto, o objeto da prestação terá mudado totalmente. Não será mais a extração do dente, mas a sanção das sequelas produzidas pela intervenção cirúrgica. A extração do dente, se porventura não ocorreu, configurará parcela (agora) insignificante do interesse do credor. Nesse sentido, o devido pelo dentista não poderá ser considerado corretamente prestação primária acrescida da prestação reparatória, mas tão somente esta última.¹⁹²

¹⁸⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 157.

¹⁸⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 159.

¹⁸⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 163-164.

¹⁹⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

¹⁹¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155.

¹⁹² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166.

Em segundo lugar, o modelo amplo de mora põe em risco a distinção entre as regras da dita mora com àquelas relativas aos vícios, na medida em que iguala o atraso no ato de prestar ao atraso na realização do objeto da prestação. Tais situações não podem ser confundidas: se, de um lado, os vícios constituem desconformidades no objeto da prestação, de outro, a mora configura atraso no ato de prestá-la, independentemente da qualidade do objeto resultante.¹⁹³

À vista das mencionadas dificuldades, prefere-se adotar o modelo restrito de mora, compreendendo-a como o atraso dos deveres diretamente vinculados à satisfação dos interesses da prestação (deveres principais, deveres secundários e deveres laterais importantes) e excluindo do seu conceito, portanto, todos os demais deveres (como os laterais de proteção).¹⁹⁴

3.3 AS GARANTIAS LEGAIS DA PRESTAÇÃO CONTRATUAL

3.3.1 AS GARANTIAS DA PRESTAÇÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO CIVIL

Para realizar negócio jurídico, as partes têm liberdade de estabelecerem, dentro dos limites da lei e dos princípios de direito, o conteúdo do contrato (suas cláusulas, suas condições, sua forma de pagamento etc). Também têm a faculdade – especialmente nos contratos de compra e venda – de examinar o seu objeto, conferindo se suas condições estão em conformidade com o pré-fixado. Entretanto, nem sempre é possível verificar, com absoluta segurança, a perfeição do objeto, haja vista a possibilidade de existirem neles defeitos e vícios ocultos. Igualmente, não é absoluta a certeza da existência, da validade e da eficácia dos direitos relativos à coisa.

Diante disso, com objetivo de salvaguardar o adquirente dos vícios relativos à coisa, proporcionando-lhe segurança na realização do negócio, o ordenamento previu as chamadas garantias da prestação (evicção e vício redibitório). Esses institutos normativos apresentam contornos similares aos da mora, do inadimplemento e da violação positiva do contrato e preveem consequências muito semelhantes a desses últimos, razão por que justifica a opção de estudo em tópico destacado.

Com efeito, dispõe o art. 441 do Código Civil que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”. Os vícios redibitórios descritos são defeitos ocultos que atingem a coisa recebida em contrato comutativo,¹⁹⁵ tornando-a inadequada a seu uso ou reduzindo-lhe o valor, de tal modo que, se o adquirente conhecesse o vício, não teria realizado o contrato ou teria oferecido contraprestação menor. Eles encontram seu fundamento no princípio da garantia da posse útil da coisa, independentemente de culpa ou má-fé do contratante, como esclarece Gustavo Tepedino:

¹⁹³ SILVA, Jorge Cesa Ferreirada. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166.

¹⁹⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreirada. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 170.

¹⁹⁵ “Contrato comutativo é todo aquele em que há prestação e contraprestação.” MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*. V. 38, Campinas: Bookseller, 2003, p. 384.

A responsabilidade por vícios redibitórios não resulta de culpa ou má-fé [...] Entende-se que se trata de um risco inerente aos negócios, cuja razão de ser é a segurança do comércio jurídico. O conhecimento do vício pelo alienante é indiferente, pois, para o caracterizar como redibitório. Mas é importante para determinar suas consequências.¹⁹⁶

Os principais requisitos dos vícios redibitórios são: 1. Existência de defeito oculto, ou seja, imperceptível ao exame de uma pessoa de padrão médio atenta à administração dos seus negócios; 2. Que dito defeito seja efetivamente desconhecido do adquirente no momento da realização do negócio; 3. O defeito oculto deve trazer prejuízo à utilidade da coisa, seja pela diminuição significativa de seu valor ou por torná-la imprópria ao uso a que se destinava; 4. O defeito oculto deve preexistir à transferência do bem.¹⁹⁷ Por fim, deve-se destacar que o regime dos vícios redibitórios aplica-se aos contratos comutativos, ou seja, àqueles em que, *ab initio*, são estabelecidas as prestações de cada um dos contratantes, pressupondo-se a relativa equivalência entre eles.¹⁹⁸

O adquirente da coisa eivada de vício tem a seu favor as chamadas ações edilícias (*actio redibitoria* e *actio estimatoria* ou *quantum minoris*). Assim, o adquirente poderá optar por resolver o contrato, rejeitando a coisa viciada e pleiteando a devolução do preço (ação redibitória). Também poderá manter a coisa consigo e requerer do alienante a redução da contraprestação em valor correspondente ao da depreciação da coisa (ação estimatória ou *quantum minoris*), caso ela ainda lhe apresente alguma utilidade.

Ao lado da responsabilidade por vícios redibitórios, que protege o adquirente da coisa quanto aos defeitos materiais que impeçam ou diminuam seu uso, assegurando sua posse útil, a responsabilidade por evicção visa disciplinar “as obrigações impostas ao alienante pelos defeitos de direito eventualmente apresentados pela coisa e que prejudiquem a posse pacífica da mesma”.¹⁹⁹ Sua finalidade, portanto, consiste em resguardar o adquirente de uma eventual alienação por pessoa não proprietária. Lembra Pontes de Miranda o sentido da terminologia dessa categoria jurídica:

Evincere é ex vincere, vencer pondo fora, tirando, afastando. A língua portuguesa possui o verbo “evencer”: o terceiro, ou o próprio outorgante que vence, quer como demandante, quer como demandado, evence, porque vence e põe fora, no todo ou em parte, o direito do outorgado. O vencedor é evictor; o vencido é evicto. Por isso responde quem deu causa ao atingimento do direito do outorgado, à luta evincente.²⁰⁰

¹⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 67-68.

¹⁹⁷ Para Pontes de Miranda, o momento em que se aprecia o vício do objeto é o da tradição, e não o da conclusão do contrato. Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*. V. 38, Campinas: Bookseller, 2003, p. 383.

¹⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 60-64.

¹⁹⁹ SERPA LOPES *Apud* TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. V.2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73.

²⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*. V. 38, Campinas: Bookseller, 2003, p. 221.

Desse modo, a evicção é a perda de um bem, que foi objeto de contrato oneroso, em virtude de sentença judicial ou ato administrativo, para um terceiro que é o titular de seu domínio. Não havendo cláusula de exclusão de responsabilidade do alienante,²⁰¹ o evicto terá direito, além da restituição do preço pago, à indenização, nos termos do art. 450 do Código Civil.²⁰²

3.3.2 AS GARANTIAS LEGAIS DA PRESTAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Todo o regramento do Código de Defesa do Consumidor foi inspirado para resolver os problemas causados pelo sistema de produção massificada deflagrado com a Revolução Industrial. Nesse contexto, evidente a inexistência de igualdade material entre as partes contratantes, pois o fornecedor se sobrepõe ao consumidor não apenas no controle dos meios de produção, mas também nos domínios econômico, técnico e informativo. Esse paradigma rompe, assim, com a clássica visão da codificação oitocentista, cujo fundamento maior se encontrava no pressuposto de igualdade entre as partes, plena liberdade contratual e proteção da propriedade privada.

Dita ruptura se reflete no regramento das garantias legais da legislação consumerista, que possuirá fundamentos e consequências diversos da legislação civil. Assim, no sistema do CDC, os vícios se dividem em vícios de qualidade (por inadequação e por insegurança) e vícios de quantidade.

Os vícios de qualidade por insegurança são denominados defeitos (arts. 12 a 17 do CDC) e constituem anomalia extrínseca ao objeto, apresentando potencial de causar acidente de consumo por oferecer risco à saúde, à vida e à segurança do consumidor. Não serão analisados neste estudo, pois “não se referem ao objeto propriamente dito, mas aos efeitos dos defeitos.”²⁰³

Os vícios de qualidade por inadequação ou deformidade dizem respeito às anomalias intrínsecas²⁰⁴ do objeto, provocando seu mau funcionamento e comprometendo sua qualidade, de modo a frustrar a legítima expectativa do consumidor que o adquiriu. Dessa maneira, encontram seu fundamento no princípio da proteção da confiança, como leciona Cláudia Lima Marques:

²⁰¹ Art. 448. Não obstante a presença de cláusula de exclusão da responsabilidade por evicção, o evicto poderá pedir a restituição pelo preço pago pela coisa, com fundamento na vedação do enriquecimento sem causa.

²⁰² Art. 450. Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das quantias que pagou: I - à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; II - à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; III - às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído.

²⁰³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 192.

²⁰⁴ Esclarece Cláudia Lima Marques que, no vício por inadequação, a anomalia no produto existe desde a origem, pois ele é já inserido no mercado com mencionado problema. Assim, destaca a autora que “as normas sobre vícios no CDC não se referem ao problema do mau uso. O mau uso liga-se ao problema do dever de informação: cumprido este dever anexo, o fornecedor só responde pelo vício de inadequação do produto, não pelo problema de adequação do produto oriundo de

O princípio das novas normas sobre vício seria o da proteção da confiança que o produto ou serviço despertou legitimamente no consumidor. Confiança esta na adequação do produto ou serviço aos fins que razoavelmente dele se esperam, segundo dispõe o art. 20, § 2º, do CDC [...] o dever de qualidade liga-se ao princípio da proteção da confiança, confiança esta depositada pelo consumidor no resultado da atividade produtora do fornecedor, por seu produto ou serviço, como duas facetas da mesma realidade. [sublinhas nossas]

Assim, no sistema do CDC, o vício por inadequação é aquele que torna o objeto impróprio ao seu uso ou que diminui o seu valor. A responsabilidade por mencionado vício nasce com a simples violação do dever legal de evitá-lo, independentemente de culpa. Também é solidária entre todos os integrantes da cadeia produtiva que inseriram o produto no mercado de consumo, podendo ser imputada ao fabricante, distribuidor ou comerciante (art. 18). Em vista disso, afirma-se que:

a garantia de adequação do produto é um verdadeiro ônus natural para toda a cadeia de produtores; a adequação do produto nasce com a atividade de produzir, de fabricar, de criar, de distribuir, de vender o produto. No sistema do CDC, a garantia por inadequação é mais do que a garantia por vícios redibitórios – é garantia implícita ao produto, garantia de sua funcionalidade, de sua adequação, garantia que atingirá tanto o fornecedor direto como os outros fornecedores da cadeia de produção.²⁰⁵ [sublinhas nossas]

Ainda sobre a extensão do sistema de garantias no CDC, relativamente ao Código Civil, no que tange à responsabilidade solidária existente entre os integrantes de toda a cadeia produtiva, ressalta Cláudia Lima Marques:

A legitimação passiva se amplia com a responsabilidade solidária e com um dever de qualidade que ultrapassa os limites do vínculo contratual consumidor/fornecedor direto. Concluindo, há a imposição de um dever anexo, não só ao contrato, como eram os vícios redibitórios, mas anexo à própria atividade produtiva, abrangendo assim todos os fornecedores, conforme dispõe o art. 18 do CDC. Podemos dizer também que o novo dever legal afasta a incidência das normas ordinárias sobre vícios redibitórios [...]. O vício, como

eventual mau uso pelo consumidor ou terceiro.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1159.

²⁰⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1178-1179.

instituto do direito do consumidor, é mais amplo e seu regime mais objetivo: não basta a simples qualidade média do produto, é necessária a sua adequação objetiva, a possibilidade de que aquele bem satisfaça a confiança que o consumidor nele depositou, sendo o vício oculto ou aparente. Da mesma forma, os legitimados passivamente, isto é, os responsáveis são agora todos os fornecedores envolvidos na produção e não só o cocontratante.²⁰⁶

Outra questão interessante que também ratifica a amplitude do sistema de garantias no CDC diz respeito à sua abrangência. Enquanto no Código Civil os vícios redibitórios se referem apenas aos defeitos ocultos, no CDC a garantia dos vícios por inadequação não se limita àqueles ocultos, mas também aborda os aparentes e os de fácil constatação (art. 26, *caput*).

Seguindo a mesma lógica, o CDC considera nulas as cláusulas contratuais que exonerem ou atenuem as garantias quanto aos vícios por inadequação (art. 24 do CDC). Diversamente dispõe o Código Civil ao admitir o afastamento, consoante disposição voluntária das partes, da garantia quanto aos vícios de direito (art. 444 do CC).

No que tange aos prazos para ação redibitória, também existe diferença entre os dois sistemas, pois esses prazos são muito mais exíguos no Código Civil. Ao passo que, no Código Civil, o prazo para a ação redibitória conta-se da entrega do bem, no CDC o prazo decadencial é contado a partir do momento em que ficar evidenciado o defeito. Nesse sentido:

Um dos maiores avanços concedidos pelo CDC em relação ao CC/1916 – nem sempre percebido pela doutrina – foi conferido pelo disposto no §3º do art. 26 da Lei 8.078/90, ao estabelecer, sem fixar previamente um limite temporal, que, tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito. O dispositivo possibilita que a garantia legal se estenda, conforme o caso, a três, quatro ou cinco anos. Isto é possível porque não há, de propósito, disposição, indicando o prazo para o aparecimento do vício oculto, a exemplo da disciplina do CC/2002 (§1º, art 445). O critério para delimitação do prazo máximo de aparecimento do vício oculto passa a ser o da vida útil do bem.²⁰⁷
[sublinhas nossas]

²⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1161.

²⁰⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. *Apud*. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1183.

Finalmente, acrescente-se a essas distinções uma série de alternativas criadas pelo CDC como soluções para os vícios de qualidade por inadequação ou para os vícios de quantidade: (1) a substituição do produto, por outro de mesma espécie e em plena condição de uso; (2) a restituição imediata da quantia paga, com atualização monetária, sem prejuízo de perdas e danos; (3) o abatimento proporcional do preço; (4) no caso dos vícios de quantidade, o direito à complementação do peso ou da medida.²⁰⁸

No que tange às mencionadas opções disponíveis ao consumidor, a diferença desse sistema, relativamente ao do Código Civil, também pode ser percebida no momento do nascimento do direito de substituição das partes viciadas.²⁰⁹ Segundo o art. 18, § 1º, do CDC, não havendo substituição das partes viciadas no prazo de 30 dias, o consumidor poderá, alternativamente e à sua escolha, requerer (I) a substituição do produto, (II) a restituição da quantia paga, (III) o abatimento proporcional do preço.

Primeiramente, importante destacar que a reclamação do consumidor nesse prazo preliminar de 30 dias não se aplica nos vícios de quantidade, cujas alternativas podem ser solicitadas pelo consumidor desde o aparecimento do vício.²¹⁰ Já nos vícios de qualidade por inadequação, a substituição do produto viciado por outro de mesma espécie somente em dois casos não antecederá a tentativa de substituição das partes viciadas, no prazo de 30 dias (art. 18, §3º): quando a intensidade do vício for tamanha que comprometa a qualidade do produto ou que reduza, significativamente, seu valor; quando se tratar de produto essencial.²¹¹ Nesse aspecto, o CDC, ao regular certos vícios do produto ou do serviço em que for vedada a prévia substituição das partes viciadas, atribui consequências jurídicas até então reservadas aos casos de mora e de inadimplemento absoluto.²¹²

3.4 PRÉVIAS CONCLUSÕES SOBRE A CONFORMAÇÃO INTERNA DO INADIMPLEMENTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Do exame dos vícios expostos nos tópicos precedentes e da constatação de sua aproximação com as consequências jurídicas do inadimplemento, poder-se-ia pensar na possibilidade de incluir os vícios nessa nova terceira via de inadimplemento proposta – a violação positiva do contrato, também chamada de cumprimento defeituoso ou inexecuto.

Entretanto, é preciso fazer algumas distinções. Como se confirmará no capítulo seguinte, na Alemanha, onde a teoria da violação positiva ganhou destaque com Herman Staub, a ausência de regras gerais sobre vícios contribuiu para que o advento, a par de situações similares, fosse enquadrado como caso de violação positiva do contrato.

²⁰⁸ Cf. Código de Defesa do Consumidor, arts. 18, 19 e 20.

²⁰⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197.

²¹⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 198.

²¹¹ Conforme destaca Cláudia Lima Marques, O CDC não define o que é um produto essencial – a princípio, todos os produtos comestíveis e de uso pessoal básico já podem ser aí incluídos. O critério deve ser lido sob o impacto do princípio da proteção da confiança [...]. O produto é essencial quanto à expectativa do consumidor de usá-lo; logo, pode o consumidor exigir de pronto a substituição do produto. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1154 e 1155.

²¹² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 198.

Aqui, a situação é diferente, pois os vícios encontram detalhadas disposições tanto no Código Civil como na legislação consumerista. Por essa razão, não faria sentido, à primeira vista,²¹³ em nosso sistema jurídico, posicionar as hipóteses de vícios como causas de uma terceira forma de inadimplemento – a violação positiva do contrato.

Como propõe Jorge Cesa Ferreira da Silva, o mais adequado consiste em examinar as hipóteses de vícios como casos de inadimplemento absoluto (total ou parcial) e mora, pois os defeitos do objeto estão relacionados à prestação principal.²¹⁴ Finalmente, para confirmar esse entendimento, o referido autor sugere que “os casos de redibição seriam regulados como inadimplemento absoluto, os de redução proporcional do valor (*quantum minoris*), como impossibilidade parcial, e os de atraso no cumprir corretamente prestação (p. ex. art. 18 do CDC), como casos de mora.”²¹⁵

4 VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO NO DIREITO ALEMÃO

4.1 DOUTRINA DEFENDIDA POR HERMAN STAUB

A teoria da violação positiva do contrato²¹⁶ foi desenvolvida por Herman Staub a partir da observação de uma série de casos práticos que não se enquadravam nas hipóteses de mora ou de inadimplemento absoluto. Não foi preocupação desse autor germânico estabelecer contornos rígidos para as situações identificadas, mas sim apontar a existência de uma lacuna no BGB (Código Civil Alemão). Destacando essa terceira via de inadimplemento, observa Franz Wieacker:

Enquanto que o direito comum das obrigações apenas conhecia dois tipos de não cumprimento, ou seja, o inadimplemento definitivo (impossibilidade) e o retardamento da acção do cumprimento (mora), hoje todos os outros casos de violação dos deveres contratuais (cumprimento defeituoso [*Pflichtverletzung im Vertrag*]) obrigam à indenização dos prejuízos e habilitam a outra parte à denúncia do contrato. Esta evolução foi iniciada desde cedo pelo facto de, na esteira de uma indicação pioneira de Staub, a jurisprudência ter

²¹³ Os vícios somente dariam ensejo à violação positiva do contrato quando representassem uma “ponte”, para a quebra da confiança do parceiro contratual, como nos contratos de fornecimento em que as prestações entregues fossem, intermitentemente viciadas. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 204.

²¹⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 204.

²¹⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 201.

²¹⁶ A doutrina portuguesa prefere a expressão cumprimento defeituoso à violação contratual positiva, pois essa última “categoria abrange outras situações, que não as provenientes de infração a qualquer contrato, e porque também nos casos de falta de descumprimento há muitas vezes uma violação positiva – o devedor fez aquilo que não devia (vendeu, por ex., a terceiro a coisa que prometera vender ao credor). VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. V.2., 7. ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 127.

reconhecido como incumprimento contratual, além do inadimplemento da prestação ou do adimplemento tardio, também a chamada violação contratual positiva [*positive Vertragsverletzung*] (frequentemente, mas não sempre, verificada quando de um acto incorreto de cumprimento). A partir daqui impôs-se progressivamente o ponto de vista de que os três tipos – omissão, mora e cumprimento defeituoso da prestação principal – eram, afinal, apenas aspectos particulares dum cumprimento da prestação gerador de responsabilidade. A evolução é típica de um abandono, trabalhoso, mas contínuo das posições da pandectística, pois as hipóteses restritas e incompletas de cumprimento defeituoso do BGB fundam-se numa generalização feita por Friedrich Mommsen a partir das fontes romanísticas, nas quais a figura da impossibilidade definitiva estava limitada à obrigação individual proveniente da *stipulatio*. A formulação geral deste ponto de vista é devida a Ernest Rabel e Heinrich Stoll.²¹⁷

Múltiplos são os exemplos da violação contratual positiva que serão citados adiante para introduzir o tema ora proposto, consoante descrição de Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria:

Exemplo 1: o dono do veículo manda consertar os travões deste. O mecânico procede ao conserto, mas não informa ao dono que o óleo dos travões está praticamente no fundo. O dono do veículo tem, por isso, um acidente. Exemplo 2: a empresa produtora vende a um industrial uma máquina. Por defeito de fabrico, ela explode quando é posta, na fábrica deste último, em funcionamento. Daqui resultam também vultosos prejuízos nas instalações fabris do industrial. Exemplo 3: A fábrica de cerveja comprometeu-se ao fornecimento de 2 hl. de cerveja, para uma cervejaria, duas vezes por semana. Em vários fornecimentos de cerveja, constatou-se a qualidade inferior dela. Por esse facto, o dono da cervejaria recusou-se a receber posteriores remessas de cerveja.²¹⁸

Assim, Herman Staub identificou 5 hipóteses que ensejariam a violação positiva do contrato: 1) o descumprimento de obrigações negativas; 2) o negligente cumprimento de deveres da prestação; 3) o mau cumprimento de obrigações duradouras, pondo em risco os fins do contrato; 4) o descumprimento de deveres laterais; 5) a recusa antecipada do devedor de cumprir o devido.²¹⁹

Ao dissertar sobre o descumprimento de obrigações negativas (não fazer), Herman Staub cita o caso de vendedor que se obrigara, contratualmente, a não comercializar algo e, apesar disso, comercializou.²²⁰

²¹⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Caloustre, 1967, p. 598.

²¹⁸ RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Direito das obrigações*. V. 2., Coimbra: Almedina, p. 461-462.

²¹⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 217.

²²⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferrei da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 218.

Quanto ao negligente cumprimento da prestação, este se verifica no exemplo do sócio que se responsabiliza por apresentar, durante certo período, o balanço da sociedade, e, durante o período pré-fixado, ele entrega os balanços, porém os executa de modo negligente, apresentando resultados desconectados da situação real da empresa. Sem saber disso, os demais sócios tomam decisões com base nos resultados apontados em ditos balanços. Após a adoção dessas medidas e ainda dentro do prazo de entrega combinado, o sócio apresenta novo balanço, revelando a verdadeira situação da empresa. Consta-se, então, que as providências adotadas com base no primeiro balanço foram prejudiciais a ela.²²¹

Ressalta Herman Staub que o caso não pode ser enquadrado como impossibilidade, tanto que o devedor executou a prestação (entrega dos balanços da empresa). De outro lado, a hipótese também não é de mora, pois o segundo balanço apresentado ocorreu dentro do período de tempo estabelecido para entrega. Portanto, trata-se de mais um caso de inadimplemento não regulado pelo BGB.²²²

O terceiro grupo de casos abrange o mau cumprimento de obrigações duradouras. É o caso do restaurante que, há anos, tem contrato de fornecimento exclusivo com determinada cervejaria. Em algumas prestações, porém, a fornecedora lhe entrega cerveja azeda, o que gera insatisfação na freguesia. Situação semelhante é a do contrato de fornecimento de carvão para o proprietário de uma estação de banhos: o fornecedor de carvão se obrigara a entregar, diariamente, durante o verão, determinada quantidade de carvão, mas, durante três semanas, o carvão entregue não é capaz de suprir o fim a que se destinara.²²³

Nos exemplos citados, não se pode falar em impossibilidade, pois tanto a boa cerveja como o bom carvão poderiam ser plenamente prestados pelos fornecedores. Também não se trata de mora, pois a razão do descumprimento não foi o atraso na prestação. Em tais casos, claramente identificáveis nas obrigações de fornecimento, mas que não se restringem necessariamente a elas, a existência do inadimplemento se concretiza na existência de determinados atos que colocaram em risco os fins do contrato.

O quarto grupo proposto por Herman Staub envolve o descumprimento de deveres laterais, abrangendo situações em que o interesse envolvido consistia na proteção do patrimônio da parte contratante. É o caso do fabricante de material brilhante que não informa que seu produto é inflamável, e este, vindo a explodir na loja do adquirente-comerciante, ocasiona diversos danos. Hipótese semelhante é a da empresa que fornece à outra informação equivocada sobre a solvabilidade de antigo cliente seu, o que ocasiona a essa última diversos prejuízos.²²⁴

²²¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 219.

²²² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 219.

²²³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 219-220.

²²⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 221.

No último grupo encontra-se a recusa antecipada do devedor de cumprir o devido.²²⁵ É o caso do devedor que, em momento anterior ao vencimento da prestação, demonstra (seja por declarações ou por meio de sua conduta) não ter interesse em adimplir sua obrigação. Sobre esse grupo, Eduardo Righi e Graziela M. V. Boabaid Righi acrescentam que:

Para desenvolver esta idéia, Staub partiu da noção prevista na *comom law*, de *anticipated breach of contract* que colaborou para a compreensão de relação obrigacional complexa no direito continental. Para a doutrina da quebra antecipada do contrato, se um dos integrantes declara, ‘por atos ou palavras peremptórias e inequívocas, a intenção de não cumprir a sua prestação, diferida a tempo certo, pode a outra parte considerar esse comportamento como inadimplência. Diante de tal revelação, o credor deve reputar o contrato rompido, mitigando, deste modo, os danos a serem respondidos pelo infrator do pacto. Assim cabe à parte lesada pela violação do contrato, acordar com a inadimplência e rescindir o contrato ou optar pela resolução contratual, cabendo, em ambos os casos, reparação pelos danos sofridos.²²⁶ [sublinhas nossas]

Para finalizar o exame desse grupo, oportuno destacar o exemplo indicado por Herman Staub. Trata-se do caso do adquirente de um lote de coisas que, sabendo da data do seu recebimento, organiza seus negócios no sentido de revenda ou produção do material adquirido. Não obstante a confiança do adquirente no recebimento do objeto pactuado, o fornecedor, antes de chegada a data de entrega, declara – com firmeza e seriedade – que não cumprirá sua prestação. Situações como essas requerem a adoção de um conjunto de providências para mitigar ou reparar os danos sofridos pelo adquirente que depositara toda sua confiança na contraparte. Segundo propõe Herman Staub, não faria sentido manter dita relação contratual, mas sim criar uma possibilidade de sua resolução, enquadrando-a como hipótese de violação positiva do contrato.²²⁷

²²⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223.

²²⁶ RIGHI, Eduardo; RIGHI, Graziela M. V. Boabaid. A complexidade obrigacional e a violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, v. 395, ano 104, Rio de Janeiro, jan./fev. 2004, p. 132.

²²⁷ Em sentido semelhante, esclarece Ruy Rosado de Aguiar Júnior que: “No incumprimento antecipado, não se pode propriamente vislumbrar uma quebra da obrigação principal, porquanto ainda não se ofereceu o momento oportuno para a exigibilidade da prestação, mas existe aí situação que, desde logo, evidencia a impossibilidade da prestação sem nada mais ter-se que esperar. Ao menos, há quebra da confiança quanto ao futuro cumprimento, não havendo nenhum interesse social na manutenção de um vínculo que, por tais razões, encontra-se gravemente ferido.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 128.

4.1.1 AS PRINCIPAIS CRÍTICAS DIRIGIDAS A HERMAN STAUB E OS DESENVOLVIMENTOS DOUTRINÁRIOS POSTERIORES

Importante ressaltar que, após Herman Staub, a doutrina alemã se dividiu em dois grupos: um que nega a existência da violação positiva do contrato como nova categoria jurídica e outro que a concebe de forma residual, ou seja, primeiro retira-se o campo reservado para a impossibilidade, para a mora e para os vícios relacionados com as garantias da prestação, e só então se deve analisar o suporte fático da violação positiva do contrato.²²⁸

A primeira crítica formulada à proposta de Herman Staub sustenta que a designação unitária de violação positiva do contrato abrigava uma diversidade de fenômenos que se multiplicariam à medida que surgissem novas necessidades práticas. Tal constatação provocaria um esvaziamento no conceito de violação positiva, que acabaria por abranger todas as violações culposas que não pudessem integrar a impossibilidade ou a mora do devedor.²²⁹

Outra crítica de relevo consiste naquela defendida por Heinrich Stoll ao entender que a violação positiva do contrato deveria ser suplantada. Além de utilizar o argumento citado anteriormente, o autor nega a existência da lacuna jurídica destacada por Herman Staub, defendendo que, ao final, a atuação contra qualquer uma daquelas cinco realidades descritas como hipóteses de violação positiva acabaria por resultar em uma das regras de mora ou impossibilidade, como explica Antonio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro:

Numa enumeração mais cuidadosa, e aproveitando o florescimento ocorrido depois de Staub, Heinrich Stoll é levado a distinguir a actuação contra um dever de omissão, o mau cumprimento de uma obrigação, o pôr em perigo o escopo contratual numa relação duradoura, a falha numa prestação única em contratos de fornecimento sucessivos de bens e a recusa de cumprimento por parte do devedor. Tomando esta enumeração como significativa, pode-se contrapor-se o que segue. A actuação contra um dever de omissão seria um vulgar incumprimento. Tratando-se de omissão independente junto de uma prestação principal, mandariam as regras sobre impossibilidade parcial; seja a omissão dependente, ditada apenas pelo princípio da boa-fé e caberia à prestação propriamente dita decidir do destino da violação. Este modelo de raciocínio pode aplicar-se às demais modalidades de violação positiva do contrato: em todas as falhas enumeradas, haveria sempre o não cumprimento de deveres, ou a criação, pelo devedor, de uma situação tal que o seu cumprimento não faria mais sentido. Em qualquer dos casos, haveria que recorrer às regras da mora ou às da impossibilidade, ambas tratadas pelo BGB.²³⁰

²²⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 224-225.

²²⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 597.

²³⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 598.

Heinrich Stoll também nega a autonomia da violação positiva do contrato ao definir, de modo ampliado, os interesses da prestação. Na concepção desse autor, o interesse de prestação “abrange realidades que ultrapassam o interesse do credor no cumprimento da obrigação, já que ela se estende também ao interesse do credor num correcto e honesto processamento da relação”.²³¹ Diante disso, a boa-fé também imporia deveres de não fazer (não quebrar a confiança) que estariam inseridos nos próprios deveres de cumprimento, o que dispensaria a criação da violação positiva do contrato como nova categoria jurídica.²³²

Por fim, outra objeção à teoria que ora se estuda relaciona-se com a própria censura dirigida aos deveres de proteção que, não tendo seu fundamento no acordo contratual das partes, terminariam por ocasionar uma “hipertrofia contratual”, criando obrigações não desejadas pelos contratantes mediante o alargamento exacerbado do conteúdo da prestação. Desse modo, os críticos da existência desses deveres afirmam que os danos à pessoa ou ao patrimônio da contraparte devem ser examinados nos termos da responsabilidade civil extracontratual, segundo o dever geral de não causar prejuízos aos outros (*noeminem laedere*).²³³ Segundo os defensores desse argumento:

Não se vislumbraria em regra qualquer motivo para sujeitar a parte num contrato a uma responsabilidade por violação do interesse de integridade mais severa do que aquela que decorre da aplicação do direito delitual geral: os deveres de proteção que se diz acompanharem os deveres primários de prestação, visando interesses independentes do contrato, não passariam no fundo dos vulgares deveres do tráfico de matriz extracontratual que atingem o devedor na sua relação com qualquer terceiro. Consequentemente, deveria celebrar-se a despedida dos deveres de protecção, os quais não ficariam certamente a constituir nenhuma página gloriosa da dogmática do nosso século.²³⁴

As referidas objeções, contudo, não impediram a permanência e o aperfeiçoamento da teoria da violação positiva do contrato, como se confirmará adiante. No que tange à crítica relacionada com os deveres de proteção, sua insubsistência se verifica a partir do reconhecimento majoritário da contratualidade desses deveres.²³⁵ Relativamente a eles, a controvérsia se desloca das discussões quanto à sua existência para o estabelecimento de seus contornos. Nesse sentido, Carlos Alberto da Mota Pinto:

²³¹ FRADA, Manuel Carneiro A. da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 42.

²³² A respeito de Heinrich Stoll, é esclarecedora a observação de Manuel Carneiro A. da Frada: “Para este autor, a não observância deste parâmetro de comportamento e a quebra de confiança envolvida constituiriam, por si, formas de perturbação do interesse de prestação, mas precisamente, um pôr em perigo, esse interesse”. FRADA, Manuel Carneiro A. da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 42.

²³³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 599-590.

²³⁴ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 46.

²³⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 88.

Ora, a delimitação dos deveres de protecção da pessoa e do patrimônio da contraparte, abrangidos na relação obrigacional complexa, suscita algumas dificuldades [...] Quando se poderá entender que os danos, causados por uma das partes contratuais à outra, não resultam da lesão de deveres gerais, promanando, antes, da violação de especiais vínculos obrigatórios que se sobrepõem ao devedor passivo universal de respeitar os direitos absolutos, pessoais e patrimoniais? [...] Ora, sendo assim, devem ter-se por compreendidos no conteúdo da relação contratual os deveres de cuidado necessários para evitar os danos pessoais ou patrimoniais, susceptíveis de ser desencadeados (segundo uma relação de tipo idêntico à da teoria da causalidade adequada), por qualquer das actividades que cada parte está obrigada a executar ou legitimada para realizar em vista desse fim [...] Só se poderá, portanto, falar de cumprimento defeituoso ou, na pouco feliz designação de Staub, de violação contratual positiva, por violação dum dever contratual de protecção da pessoa ou do patrimônio da outra parte, quando o comportamento danoso teve lugar na actuação ou execução do contrato, isto é, íntima conexão com ela, e não por ocasião dela.²³⁶ [sublinhas nossas]

Apesar das críticas apresentadas, a violação positiva do contrato manteve interesse e atualidade. Sua importância reside na elaboração doutrinária e jurisprudencial partindo de problemas concretos para a tentativa de elaboração teórica em constante aperfeiçoamento.²³⁷ Conforme lembra Jorge Cesa Ferreira da Silva, “não há grande discrepância entre as referências de Staub e os desenvolvimentos doutrinários posteriores.”²³⁸ A doutrina alemã posterior a Herman Staub também menciona, como suporte fático para a violação positiva do contrato, o mau cumprimento dos deveres de prestação, estabelecendo os seguintes requisitos: 1) a realização da prestação, 2) dita realização deverá ser defeituosa, 3) o não enquadramento do mau cumprimento dentro das regras de vícios e 4) a presença de danos típicos.

Assim, primeiramente, a prestação deve ser realizada pelo devedor, indicando, ainda que superficialmente, a existência de inadimplemento, sem se enquadrar nas hipóteses de mora ou impossibilidade.²³⁹

Acrescente-se, ainda, a necessidade de existência de culpa do devedor ao prestar o objeto em desconformidade com o estabelecido, como no caso em que o sócio entrega balanço da empresa de conteúdo culposamente errôneo ou do médico que realiza a cirurgia, mas, por ato seu, ocasiona infecção no paciente.

²³⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407, 409-410.

²³⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 602.

²³⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 225.

²³⁹ A realização da prestação de forma a ensejar a teoria do adimplemento substancial não pode dar causa à resolução do contrato.

Além disso, a realização da prestação de modo defeituoso, para constituir violação positiva do contrato, não se pode enquadrar na regulação específica dos vícios de direito (evicção) ou de vícios relativos ao objeto (redibitórios). Nessa esteira, a doutrina destaca que o maior âmbito de aplicação do mau cumprimento da prestação, como o caso de violação positiva do contrato, se encontra nos contratos sociais, nos de prestação de serviço e naqueles que envolvem conselho.

Por último, para que o mau cumprimento da prestação implique violação positiva do contrato, é necessária a existência de dano típico. Por exemplo, nos casos em que a forragem com veneno acaba matando os cavalos do comprador ou em que as maçãs bichadas contaminam as demais ou, ainda, quando o dentista, ao extrair o dente, compromete toda a arcada do paciente. Em todos esses casos o prejuízo não se confunde com aquele decorrente da não entrega ou da entrega tardia da prestação. Ao contrário, aí o interesse do credor se volta para a reparação dos danos decorrentes do mau cumprimento da prestação, que a doutrina alemã chama de danos acompanhantes ou danos decorrentes de defeitos.²⁴⁰

Ao explicar o descumprimento dos deveres laterais, a doutrina pós Herman Staub esclarece que esses deveres consistem naqueles de proteção e naqueles relacionados ao melhor adimplemento. Assim, o vendedor tem o dever de aconselhar o comprador de um equipamento quanto ao seu uso e o locador de um conjunto de lojas tem o dever de não alugar a loja contígua a um concorrente do primeiro inquilino.

Nesse sentido, é oportuna a sugestão de Antonio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro para quem os deveres laterais – ou acessórios, como prefere o autor lusitano – podem ser classificados como de proteção, de esclarecimento e de lealdade.²⁴¹

Os deveres de proteção consistiriam na obrigação que as partes devem ter em não causar danos mútuos nas suas pessoas ou nos seus patrimônios, e, como reconhece o autor português, teria aplicação nos conhecidos casos do linóleo²⁴² e do telheiro,²⁴³ ambos examinados pela jurisprudência alemã.

²⁴⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 227.

²⁴¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 604-607.

²⁴² MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 604. O caso do linóleo é minuciosamente descrito por Igor Mori: “A autora realizara determinadas compras num estabelecimento e pretendeu, depois, adquirir um tapete de linóleo; dirigiu-se, para tanto, com um empregado, ao sector de linóleos, onde, por negligência dele, foi colhida, conjuntamente com a criança, por dois rolos que caíram. O RG julgou que, tendo ocorrido os factos numa sequência em que se visava um efeito contratual, havia, entre as partes, uma relação preparatória, de natureza semelhante a uma relação negocial. A esta relação dever-se-ia aplicar a ideia, comum aos vínculos contratuais e negociais, segundo a qual destes podem resultar deveres de cuidado com a vida e a propriedade do parceiro. Estes deveres haviam sido violados.”^[227] Assim, entendeu o tribunal germânico que o fato de o cliente já se encontrar no interior do estabelecimento com o propósito deliberado de adquirir tais mercadorias faz nascer para o lojista o dever de diligência para com o possível cliente.” MORI, Igor. *A responsabilidade pré-contratual pela quebra dos deveres acessórios: admissibilidade no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 10 nov 2009.

²⁴³ “Um telhador que pretendia tirar medidas para uma placa de zinco, a instalar num telheiro, caiu através de uma tábua podre colocada no topo da construção e feriu-se com gravidade. O BGB entendeu que o proprietário, por força do contrato celebrado, devia ter tomado medidas convenientes para manter a segurança do local, tanto mais que sabia da necessidade que o encarregado da obra tinha de o franquear. Não o fazendo, violou esse dever de segurança, derivado da boa-fé.” CORDEIRO, Menezes. Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 604.

Entretanto, os deveres acessórios não se restringem àqueles que não causam danos ao patrimônio e à pessoa (atuação negativa), devendo abranger também aqueles que possibilitam um melhor adimplemento: deveres de informação e de lealdade. Desse modo, o descumprimento que enseja a violação contratual em exame nem sempre resulta de um comportamento positivo consubstanciado em danos causados à pessoa ou ao patrimônio, mas também pode ocorrer quando há omissão no cumprimento de um dever anexo.²⁴⁴

A recusa antecipada do devedor em adimplir deve ser séria, podendo efetuar-se por meio de declarações ou condutas. Excluem-se desse grupo as manifestações que, de modo longínquo e incerto, poderiam sugerir futuro inadimplemento, tais como afirmações do devedor de que possui dificuldades financeiras ou atraso de alguns dias no início de construção de uma casa.²⁴⁵

4.2 A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

4.2.1 O DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES NEGATIVAS

A primeira situação proposta por Herman Staub como hipótese de violação positiva do contrato foi o descumprimento de obrigações negativas. A despeito do entendimento do jurista alemão, o descumprimento de obrigação negativa, por si só, não tem o condão de gerar uma nova classificação das espécies de inadimplemento. Como ressalta Jorge Cesa Ferreira da Silva, “não é a espécie de obrigação – dar, fazer, não fazer etc – que determina a classificação do inadimplemento, mas sim a espécie de dever descumprido no conjunto do vínculo”.²⁴⁶

Assim, por exemplo, se um contratante divulga informação sigilosa a que teve acesso por meio de um contrato, não se pode afirmar, peremptoriamente, que o descumprimento da obrigação negativa (dever de não publicar a informação secreta) ensejará, necessariamente, a violação positiva do contrato. Isso porque, tratando-se de contrato de *know how*, a divulgação de um segredo tecnológico atingiria a própria obrigação principal, ocasionando inadimplemento absoluto, e não a violação positiva citada.²⁴⁷

Semelhantemente ocorre na hipótese em que um contratante obrigara-se a não vender seu produto em determinada região a partir de março, mas o faz no mês seguinte, sem frustrar, por inteiro, o interesse da outra parte. Não é o caso de inadimplemento absoluto, pois o interesse na prestação (não vender determinado produto naquela praça nos meses seguintes) ainda persiste. Também não se trata de violação positiva do contrato,

²⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 125.

²⁴⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229.

²⁴⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 233.

²⁴⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 232.

não obstante o descumprimento de obrigação negativa. Como já se examinou no capítulo 3, a situação mencionada configura mora, e o credor poderá manter o contrato e requerer indenização pelos prejuízos sofridos.²⁴⁸

4.2.2 O DESCUMPRIMENTO DE DEVERES LATERAIS

Consoante destacado no capítulo segundo, além dos deveres relacionados diretamente com a obrigação nuclear, existem outros que surgem a partir da compreensão da relação obrigacional como um processo complexo e dinâmico. São os chamados deveres laterais, cujo descumprimento não tem o condão de ensejar o inadimplemento absoluto ou a mora, já que essas duas categorias jurídicas vinculam-se aos deveres diretamente ligados à prestação, ao passo que os deveres laterais não estão diretamente ligados a ela.

Diante da incidência dos deveres laterais, faz-se oportuno, destarte, a introdução da violação positiva do contrato fundada na ofensa a esses deveres como terceira via de classificação do inadimplemento em nosso sistema jurídico. Contudo, algumas cautelas são necessárias, a fim de não confundir os deveres laterais – sobretudo em sua faceta de proteção com a segurança e o patrimônio da outra parte – com os preceitos do Código de Defesa do Consumidor destinados à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço.

4.2.2.1 DISTINÇÃO ENTRE VÍCIOS DE QUALIDADE POR INSEGURANÇA NO CDC E DEVERES LATERAIS

O sistema do CDC coloca à disposição do consumidor duas espécies de garantia: a garantia legal de adequação do produto ou do serviço (art. 18), que protege o consumidor contra os vícios, assegurando a utilidade do objeto, e a garantia legal de sua razoável segurança (art. 12), cuja finalidade é tutelar a incolumidade física do consumidor, protegendo-o dos chamados “acidentes de consumo”.²⁴⁹

A referida garantia legal de segurança enseja a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (também denominados vícios por insegurança) e não se confunde com os deveres laterais, não obstante a semelhança do campo de incidência de ambos: deveres de informação e segurança com a pessoa e o patrimônio da outra parte.

Com efeito, é preciso destacar que o dever de qualidade-segurança, estabelecido no art. 12, §1º, do CDC, não impõe ao produtor/fornecedor um dever de segurança absoluta. Ao contrário, com fundamento no princípio da proteção da confiança, a legislação consumerista estabelece que será defeituoso o produto ou o serviço que apresentar falha na segurança legitimamente esperada.

²⁴⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 232.

²⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1199.

Com a finalidade de estabelecer parâmetros para o conceito de segurança legitimamente esperada, a doutrina classificou os bens ou os serviços em duas espécies: os de periculosidade inerente e os de periculosidade adquirida. Assim, os bens de periculosidade inerente são aqueles produtos/serviços que, por sua própria natureza, possuem capacidade danosa, gerando, legitimamente, expectativa de acidentes. É o que ocorre, por exemplo, com aulas de iniciação a esportes radicais (rapel, paraquedismo, *rafting*) e com objetos como facas e armas de fogo. Como são bens com capacidade de gerar expectativa de acidentes, só serão considerados defeituosos quando lhes faltarem informações claras e adequadas.

Diferentemente ocorre com os bens de periculosidade adquirida que, em geral, não apresentam riscos de acidente, mas, por alguma situação (problemas de fabricação, de concepção ou de informação/instrução), tornam-se perigosos. Nessa hipótese, o consumidor não espera que o bem gerará algum dano, como nos casos em que explode um ar condicionado ou em que o alarme do automóvel provoca um incêndio.

Observados esses aspectos, percebe-se a semelhança das disposições do CDC sobre o fato do produto ou do serviço com os chamados deveres laterais, como salienta Jorge Cesa Ferreira da Silva:

o âmbito de aplicação das regras sobre o fato do produto ou serviço do CDC muito se aproxima dos deveres laterais. A existência de defeitos pode verificar-se quando faltam informações importantes sobre a utilização do bem (similitude com os deveres laterais de informação), quando ele é capaz de gerar danos distintos daqueles de alguma forma similares aos deveres de prestação (similitude com os deveres laterais de proteção). Além disso, independem da validade de eventual pacto anterior ou futuro, assim como se estendem para a proteção de pessoas alheias ao vínculo contratual.²⁵⁰

Entretanto, como já se afirmou inicialmente, o campo de abrangência dos vícios por insegurança no CDC é distinto daquele reservado aos deveres laterais, a começar pelos fundamentos que justificaram a elaboração da legislação consumerista. Enquanto os deveres laterais se desenvolveram no âmbito das relações contratuais, a responsabilidade civil pelo fato da coisa independe da pré-existência de qualquer relação obrigacional entre consumidor e fornecedor. Na esteira de Cláudia Lima Marques, trata-se de um novo tipo de responsabilidade objetiva: a responsabilidade não culposa, cujo fundamento resulta da junção de dois sistemas:

dois sistemas parecem ter influenciado o legislador consumerista brasileiro: o sistema norte-americano, que, partindo das garantias implícitas (contratuais), chegou à responsabilidade objetiva (por risco); e o sistema da Diretiva da Comunidade Econômica Europeia,

²⁵⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 238.

que partiu da ideia de defeito dos produtos industrializados (e só destes) introduzidos no mercado pelo fornecedor (ato antijurídico) para imputar a responsabilidade objetivamente ao fabricante que pode suportá-la e dividir o ônus na sociedade.²⁵¹

No sistema do CDC, portanto, a responsabilidade pelo fato do produto prevista no art. 12 exige não apenas o lançamento do produto no mercado e a prova do dano, mas também a existência do defeito.²⁵² Dessa maneira, as regras sobre os vícios de insegurança distinguem-se dos deveres laterais: enquanto aquelas atuam *a posteriori*, no campo indenizatório, estes afetam diretamente os destinos contratuais, admitindo, por exemplo, o pedido de resolução contratual ou a oposição de exceção de contrato não cumprido.²⁵³ Para esclarecer essa distinção, Jorge Cesa Ferreira da Silva propõe os seguintes exemplos:

Tome-se o caso do pintor contratado para pintar as paredes internas de um determinado edifício. Não obstante realizar o serviço para o que foi contratado de forma exemplar, passa constantemente a importunar os moradores, solicitando dinheiro emprestado, olhando de forma ameaçadora as jovens do prédio e sendo grosseiro com as crianças. Afora um eventual dano extrapatrimonial, não se pode corretamente afirmar que haveria, na hipótese, motivo para a responsabilização civil do referido pintor. Sobram, no entanto, motivos para romper-se o contrato por descumprimento por parte do devedor. Da mesma forma, mesmo ante a ocorrência de danos, encontram-se casos em que a distinção se torna nítida. O devedor (eventual fornecedor), ao efetuar o serviço, cai da escada a ele entregue pelo credor (eventual consumidor) para efetuar o serviço em decorrência de encontrar-se solto, há muito, um dos degraus; um dos contratantes, (o antigo proprietário do bem) não entrega à outra parte os documentos vinculados ao objeto da prestação necessários à extinção de conflitos possessórios relativos exatamente a este objeto, causando-lhe uma série de problemas e contratempos. Em todos esses casos, há danos que, além de poderem gerar outros efeitos contratuais, serão passíveis de indenização, não por serem tutelados pelas regras dos artigos 12 e seguintes do CDC, mas sim por concretizarem descumprimento de deveres laterais.²⁵⁴

²⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1212-1213.

²⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1214.

²⁵³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 242.

²⁵⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 242-243.

Ante o exposto, é clara a distinção do âmbito de aplicação entre os deveres laterais e as normas sobre os vícios por insegurança previstas nos artigos 12 e seguintes do CDC. Desse modo, os desenvolvimentos relativos à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço não excluem a possibilidade de se aceitar uma terceira via de inadimplemento – a violação positiva do contrato – fundada no descumprimento de deveres laterais.²⁵⁵

4.2.3 O MAU CUMPRIMENTO DOS DEVERES DA PRESTAÇÃO GERANDO DANOS DISTINTOS DOS CAUSADOS PELA MORA E PELO INADIMPLEMENTO ABSOLUTO

Ao examinar o descumprimento defeituoso da prestação como hipótese de violação positiva do contrato, é preciso, de pronto, compreender que, na Alemanha, onde a doutrina aqui estudada foi inicialmente concebida, não existem regras gerais sobre os vícios de prestação. Essa peculiaridade permitiu que diversas situações não enquadradas nos conceitos de inadimplemento absoluto ou mora fossem classificadas como casos de violação positiva do contrato naquele país. Os exemplos de cumprimento defeituoso mais conhecidos são os seguintes:

As maçãs enviadas continham bichos que contaminam as demais frutas do adquirente; a forragem comprada continha grãos envenenados, causadores da morte dos cavalos que dela se alimentaram; o telhado é mal reparado, e, na primeira chuva, a forte infiltração causa danos nos móveis da casa; o balanço é entregue com erros, fazendo com que as disposições societárias nele baseadas causem danos à empresa; o dentista opera mal o paciente e compromete, com isso, toda arcada dentária.²⁵⁶

No entanto, como nosso sistema jurídico possui amplo regramento sobre vícios, conforme vimos no capítulo terceiro, é mister examinar se a má prestação do objeto provoca o descumprimento de deveres de prestação, ocasionando a incidência das regras sobre vícios redibitórios e evicção (artigos 441 a 446 do Código Civil); ou o inadimplemento de dever de adequação do produto ou do serviço (artigos 18 a 25 do Código de Defesa do Consumidor); ou, finalmente, a violação de dever lateral.

Alerta Ruy Rosado de Aguiar Júnior sobre a necessidade de atentar para o fato de que, “no Brasil, 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”.²⁵⁷ Segundo o autor, o cumprimento imperfeito capaz de ensejar a violação contratual positiva é aquele em que “da prestação efetuada pelo devedor resultam danos ao credor”.²⁵⁸ Dessa maneira, ressalta a seguinte distinção:

²⁵⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.

²⁵⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244.

²⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 126.

²⁵⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 126.

O cumprimento imperfeito pressupõe a existência da prestação, mas efetivada de modo contrário à lei ou ao convencionado [...] o cumprimento imperfeito pode estar ligado à própria prestação principal, e assim ofendê-la diretamente, mas também pode decorrer de descumprimento de obrigação acessória, sendo essa violação causadora de ofensa indireta à obrigação principal, gerando, conforme o caso, seu desfazimento [...] Além da desatenção ao modo de cumprimento da prestação, devem ser aqui referidas as infrações contratuais positivas, que também pressupõem o cumprimento da prestação, igualmente de modo imperfeito, mas com imperfeição que não está nele mesma, e sim no fato de causar ofensa ao interesse do credor.²⁵⁹ [sublinhas nossas]

Desse modo, somente quando o cumprimento defeituoso recair sobre dever lateral é possível defender uma terceira via de inadimplemento distinta das tradicionais. Como destacam Eduardo Righi e Graziela Boabaid Righi:

As regras relativas aos vícios redibitórios têm por objetivo a manutenção do sinalagma, razão pela qual se restringe ao campo dos deveres de prestação. Diversamente, a violação positiva do contrato destina-se a gerar efeitos jurídicos para o não cumprimento dos deveres laterais. Já os vícios de qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços, regulados pelos arts. 18 a 25 do CDC, podem ser ocultos ou aparentes [...] Tais regras referem-se, outrossim, à garantia de qualidade do objeto do contrato de consumo, e não aos danos subseqüentes que podem ocorrer pelo mau cumprimento da prestação.²⁶⁰

O mau cumprimento dos deveres da prestação na relação obrigacional ocorre quando uma parte, ao realizar o combinado para atingir determinado resultado, pratica esse ato com imperfeição, gerando danos que ultrapassam aqueles concernentes à simples não realização da prestação. Como esses danos se concretizaram em virtude da prestação efetuada, são também denominados de “subseqüentes” ou “acompanhantes” da prestação principal.²⁶¹ A respeito do cumprimento ruim, defeituoso ou insatisfatório, salienta Araken de Assis que:

Na designação já transparece o alvitre manifesto de que, em suma, o obrigado adimpliu, embora – e isto define o problema – incorretamente. A divergência na conduta devida não se concentra na identidade ou na quantidade da prestação, o que daria lugar a inadimplemento parcial; o descumprimento recobre, no caso, os

²⁵⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do deverdor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 124.

²⁶⁰ RIGHI, Eduardo; RIGHI, Graziela M. V. Boabaid. A complexidade obrigacional e a violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, v. 395, ano 104, Rio de Janeiro, jan./fev. 2004, p. 143.

²⁶¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

deveres laterais e acessórios, objeto de anterior exame. Por exemplo, o médico diagnostica, exatamente, a doença do paciente Pedro, mas administra-lhe, dentre os vários disponíveis, um tratamento penoso ou demorado.²⁶²[sublinhas nossas]

A principal dificuldade em se identificar o mau cumprimento de deveres da prestação existe porque o “fato que gera o descumprimento dos deveres de prestação é absolutamente o mesmo que promove o descumprimento de dever lateral”.²⁶³

Destarte, é imprescindível separar o fato em si do descumprimento que ele representa, pois as consequências jurídicas de um e de outro são diversas. Veja, por exemplo, o caso da venda das maçãs bichadas ou da forragem contaminada, cuja entrega tanto pode significar o descumprimento de deveres da prestação – o que ensejaria a incidência das regras sobre vícios redibitórios –, quanto o descumprimento do dever lateral de proteção – o que permitiria a aplicação da violação positiva do contrato.²⁶⁴

Desse modo, é preciso estabelecer algumas distinções. Primeiramente, o interesse em obter a prestação (as maçãs, a forragem, por exemplo) não se confunde com aquele de assegurar a proteção do patrimônio e da pessoa com quem se relaciona. Ademais, os deveres laterais subsistem mesmo perante a nulidade do contrato: por exemplo, ainda que nulo um contrato de compra e venda, permaneceria o dever de informar o comprador dos possíveis danos oriundos da utilização do objeto adquirido. Por fim, a última diferença a se destacar encontra-se no fato de que a má realização da prestação requer a existência de danos típicos, ou seja, que extrapolem o interesse na prestação e se distingam daqueles decorrentes do inadimplemento absoluto ou da mora.²⁶⁵

Fica clara, por conseguinte, no contexto do mau cumprimento de deveres da prestação, a diferença entre o inadimplemento de deveres da prestação e o descumprimento de dever lateral, ainda que este decorra de um mesmo fato ou de fato conexo. Atendidas mencionadas distinções, é plenamente possível sustentar, em nosso sistema jurídico pátrio, a violação positiva do contrato baseada no mau cumprimento de deveres da prestação.

²⁶² ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 126.

²⁶³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

²⁶⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247.

²⁶⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247.

4.2.4 DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE ENTREGA EM CONTRATO DE FORNECIMENTOSUCESSIVO

Ao lado das obrigações simples e daquelas com prestação diferida no tempo, existem as obrigações duradouras. Nestas, o adimplemento se dá constantemente, de modo que as obrigações perduram no tempo, sem modificação do conteúdo da prestação, ocorrendo sua extinção por termo ou denúncia.²⁶⁶ São exemplos dessas relações os contratos de locação, depósito, sociedade e fornecimento. Para melhor esclarecimento, oportuna a distinção de Pontes de Miranda:

As prestações contínuas ou continuadas supõem atitude positiva ou negativa, ininterrupta, do devedor. Qualquer momento já presta, e a continuidade temporal estende, no tempo, a prestação mesma. A prestação é uma só, a despeito da permanência da atitude adimplidora. Alguns juristas somente veem prestação contínua nas obrigações negativas; mas sem razão: a obrigação de manter cheio o açude é obrigação a prestação contínua. Ainda que o pagamento da contraprestação seja periódico, a obrigação de fornecer, noite e dia, x de energia elétrica, é obrigação a prestação contínua. Tais obrigações são inconfundíveis com as obrigações em que o devedor há de prestar a momentos diferentes, regularmente ou não, como as de consertar os aparelhos de lavar roupa ou pratos, ou de ar condicionado. Aqui, as obrigações são múltiplas, embora se irradiem do mesmo negócio jurídico. Há pluralidade de prestações, a despeito da unidade jurídica. A prestação somente é contínua se é uma só, ainda que possa haver obrigações contínuas sucessivas. As prestações reiteradas são prestações de uma vez, mas regularmente (periódicas) ou irregularmente repetidas (circunstanciais). A dívida de conservação pode ser com obrigações de exame e atividade cada mês, ou quando seja preciso, informado o devedor. Prestações parciais são partes de prestação, que, feitas, apenas diminuem o que é devido. Não há reiteração, porque não há pluralidade; há unidade, que se parte. A prestação parcial é prestação fracionária do devido.²⁶⁷ [sublinhas nossas]

Ocorre que ditas relações duradouras apresentam uma peculiaridade em relação aos demais tipos de obrigação: enquanto as primeiras são criadas visando a sua permanência no tempo, as demais existem objetivando sua própria extinção. Nas obrigações duradouras, à medida que o tempo passa, o montante econômico do conjunto de prestações aumenta, o que desperta o interesse do credor em que a relação obrigacional dure o maior tempo possível.²⁶⁸

²⁶⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 253.

²⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. V. 22, Campinas: Bookseller, 2003, p. 206.

²⁶⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 253.

Discute-se, então, se, no descumprimento de prestações singulares de relações obrigacionais duradouras, o credor teria direito apenas às pretensões indenizatórias pelos danos sofridos específicos, ou se caberia indenização por inadimplemento de todo o contrato ou, ainda, se seria possível a ele requerer a resilição do contrato.²⁶⁹

Toda essa discussão surge porque nem sempre o descumprimento de uma obrigação em uma relação duradoura acarretará inadimplemento absoluto ou mora. De fato, há situações em que a ausência ou o atraso da prestação nesse tipo de obrigação configura inadimplemento absoluto (por exemplo, o locatário que não paga os devidos alugueres) ou mora (o carvão entregue horas após o combinado no contrato de fornecimento diário).²⁷⁰ Entretanto, há exceções.

Com efeito, há circunstâncias em que o descumprimento de obrigação em uma relação duradoura conduz ao rompimento da relação de confiança, sem implicar inadimplemento absoluto ou mora. Enquanto esses últimos se referem apenas aos deveres de prestação, o descumprimento de obrigação duradoura capaz de abalar a confiança das partes equipara-se ao descumprimento de dever lateral, o que permite sua classificação como caso de violação positiva do contrato.²⁷¹

4.2.5 RECUSA ANTECIPADA DE DEVEDOR EM CUMPRIR A OBRIGAÇÃO

A séria manifestação do devedor, por meio de declaração ou conduta, de que irá descumprir o contrato também poderá configurar inadimplemento. Contudo, é preciso, preliminarmente, estabelecer uma distinção entre o próprio ato de inadimplemento e suas consequências e o chamado inadimplemento antecipado.

A manifestação antecipada do devedor de que não irá cumprir a obrigação configura o próprio inadimplemento em si. Não se confunde com os efeitos típicos desse descumprimento, entre os quais se encontra a “antecipação dos efeitos do inadimplemento” também chamada de “inadimplemento antecipado”.

Feita essa distinção, é preciso verificar a viabilidade da recusa antecipada como hipótese de inadimplemento em nosso sistema jurídico. O primeiro argumento favorável à sua existência no direito brasileiro se baseia nos deveres decorrentes da boa-fé objetiva e na concepção de obrigação como uma relação complexa. Para possibilitar a realização do adimplemento em sua melhor forma, assegurando a confiança quanto à prestação, entre o nascimento da obrigação e o termo para seu cumprimento, há uma série de deveres que devem ser cumpridos, tais como o de empacotar corretamente a encomenda ou de bem alimentar o animal antes de sua entrega. Além disso, sua viabilidade também se confirma pela existência de regras expressas no Código Civil, como a do art. 333 do Código Civil,

²⁶⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 255.

²⁷⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 255.

²⁷¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 256.

que admite a antecipação do vencimento da obrigação quando houver fundada desconfiança quanto à solvência do devedor.²⁷²

Fixada a possibilidade da recusa antecipada do devedor como hipótese de inadimplemento, é preciso distinguir quando seu enquadramento será de inadimplemento absoluto, mora ou violação positiva do contrato.

Conforme já destacado, a recusa antecipada poderá se manifestar por meio de declarações ou de atos. Por sua vez, estes podem estar relacionados diretamente ou não com a prestação. Desse modo, nas situações em que o descumprimento antecipado for de um dever secundário de prestação,²⁷³ poderá haver inadimplemento absoluto ou mora. Veja, por exemplo, que o descumprimento de um dos atos preparatórios para construção de uma aeronave impede a realização do resultado final, gerando a impossibilidade de sua construção ou o atraso em sua entrega.²⁷⁴

Entretanto, pode ocorrer que o descumprimento antecipado se refira a um dever lateral, o que representa uma ofensa à relação de confiança entre as partes, sem constituir a causa necessária de não realização da prestação. Esses casos, sim, poderão ser classificados como violação positiva do contrato.

CONCLUSÃO

A estrutura do Direito Civil contemporâneo é reflexo de um conjunto de fatos históricos que, no capítulo inaugural deste trabalho, foram examinados segundo as diversas dimensões dos direitos fundamentais.

No Estado Liberal, a ideia de abstenção do Poder Público provocou a observada dicotomia entre as esferas pública/privada existentes à época. Tal fato refletiu nas grandes codificações oitocentistas, que, deixando para as Constituições os temas ligados à organização política, resultaram na elaboração de um sistema completo e fechado para regular as relações entre particulares. Fruto das aspirações burguesas, ditas codificações consolidaram o interesse individualista daquele momento: proteção da propriedade privada e supervalorização da liberdade contratual.

Entretanto, o apontado modelo de Estado Mínimo, acompanhado por referidas codificações, mostrou-se perecível. Diversos eventos históricos (Revolução Industrial, movimentos trabalhistas, grandes guerras mundiais, entre tantos outros acontecimentos significativos ao longo do tempo) contribuíram para a defesa de um Estado que adotasse uma postura mais ativa. Verificou-se que as relações entre particulares não aconteciam em condições igualitárias e geravam diversas injustiças sociais. Para atenuar esses problemas, propôs-se, de um lado, o surgimento de numerosas leis extravagantes (Consumidor,

²⁷² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 261.

²⁷³ Dever secundário é aquele diretamente ligado à prestação principal.

²⁷⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 264.

Locação, Criança e Adolescente) como reflexo do dirigismo estatal, de outro, a par do advento de Cartas Constitucionais, com a introdução nelas de verdadeiros catálogos de direitos fundamentais, expressando valores significativos da sociedade como um todo. Com efeito, gradualmente, notava-se o abandono dos rígidos princípios das codificações oitocentistas, assim como da inflexível separação entre o público e o privado.

Ocorre que o modelo de Estado Providência mostrou-se insuficiente, por ser incapaz de atender a todas as demandas de seus cidadãos-clientes. Inserido no contexto da globalização, o Estado contemporâneo enfrenta como seu maior desafio a necessidade de harmonizar interesses conflitantes na sociedade multicultural. Tal fato favorece a convergência entre as esferas pública/privada, situação que, do ponto de vista acadêmico-jurídico, repercutiu no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Com isso, procurou-se a construção de um sistema aberto – o que se instrumentaliza pela predominância de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados –, exigindo do julgador uma atividade criativa, no sentido de interpretar e aplicar o Direito Privado considerando os valores consagrados nos direitos fundamentais, na busca de uma solução justa na aplicação ao caso concreto.

Diante desse panorama, é salutar, no momento em que se vive, que o hermenêuta, ao interpretar e aplicar as normas de Direito Civil, com esteio na Constituição, concilie dois valores fundamentais: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF) e a solidariedade social (art. 3º, inc. I, da CF), respectivamente, fundamento e objetivo da República, com a livre iniciativa (art. 170 da CF) e o direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII, da CF), ambos corolários da liberdade individual. Nesse contexto, a boa-fé objetiva, prevista em nosso ordenamento, se apresenta como instrumento harmonizador de tais valores, segundo os três campos em que ela atua, simbioticamente, e exerce suas funções: interpretativa, limitadora de direitos subjetivos e criadora de deveres jurídicos.

Na primeira, a boa-fé constitui ferramenta interpretativa, solucionando lacunas, preservando a finalidade econômico-social do negócio jurídico e conduzindo à realização do objetivo contratual proposto.

Como limite ao exercício de direitos subjetivos, a boa-fé impede o aproveitamento de situações prejudiciais ao parceiro contratual. Assim, pela vedação do *venire contra factum proprium*, assegura-se a confiança despertada na contraparte, na medida em que proíbe o desvio de conduta na linha de atuação que o contratante adotara como padrão. Semelhantemente, pela *supressio*, veda-se o exercício de um direito que, não sendo exercido por um determinado período de tempo, criou na contraparte a esperança de não ser mais utilizado. Pela *surrectio*, também se tutelam a expectativa e a lealdade contratual, assegurando-se a aquisição de um direito subjetivo, em razão do comportamento reiterado da parte. Desse modo, a boa-fé limita a autonomia da vontade, impondo na relação obrigacional o dever de agir, ainda que no exercício de direito subjetivo, segundo um padrão de respeito e consideração das expectativas do *alter*, preservando, por conseguinte, sua dignidade. Ademais, pela Teoria do Adimplemento Substancial, impõe-se a exigência da boa-fé, pois, quando a prestação for substancialmente satisfeita, atingindo cumprimento

próximo ao resultado final, veda-se ao credor o poder de resolução contratual, cabendo-lhe apenas o pedido de adimplemento e perdas e danos. Dessa maneira, a boa-fé preserva o equilíbrio das partes, evitando, inclusive, a própria ruína do parceiro mais vulnerável. Assim, a boa-fé constitui mecanismo viável à realização da igualdade substancial nas relações privadas, zelando pela dignidade da pessoa humana.

Como norma criadora de deveres jurídicos (chamados de laterais ou anexos), a boa-fé determina um padrão de conduta leal e cooperativa, que conduz ao adequado adimplemento da obrigação e à satisfação de ambas as partes. Dessa maneira, ela impõe deveres de proteção, esclarecimento e lealdade. São deveres de proteção o cuidado e a segurança com o patrimônio e a pessoa com quem se relaciona, zelando, portanto, por sua integridade física e moral e, conseqüentemente, pela sua dignidade. Já o dever de esclarecimento ou informação dita a exigência de transparência e veracidade, assegurando a real confiança despertada nos negócios e protegendo, até mesmo, a assimetria informativa dos contratantes. Por fim, o dever de lealdade é uma norma de cooperação recíproca e consideração dos interesses do parceiro contratual, conduzindo ao adimplemento, de maneira a proteger as legítimas expectativas criadas.

Há que se destacar, então, o caráter normativo da boa-fé e o correspondente surgimento de deveres que extrapolam a declaração de vontade das partes, permitindo a ampliação do conceito de adimplemento a partir da visão da relação obrigacional como um processo dinâmico. Assim, a relação obrigacional deixa de ser um simples vínculo entre credor e devedor, para constituir um complexo de situações jurídicas (deveres, direitos, ônus, faculdades) polarizado pelo adimplemento. A simples realização da prestação principal, portanto, nem sempre basta para configurar o adimplemento, que passa a depender, ao lado da realização da prestação nuclear, da observância do conjunto de seus deveres anexos resultado da imposição de mútua cooperação e lealdade entre as partes.

Dita constatação abre caminho para se questionar a existência de sistema de inadimplemento baseado exclusivamente no inadimplemento absoluto e na mora. Tal reflexão foi inicialmente sistematizada por Herman Staub, que agregou em cinco grupos uma série de casos que não se enquadravam nas mencionadas tradicionais categorias de inadimplemento: 1) o descumprimento de obrigações negativas; 2) o negligente cumprimento de deveres da prestação; 3) o mau cumprimento de obrigações duradouras, pondo em risco os fins do contrato; 4) o descumprimento de deveres laterais; 5) a recusa antecipada do devedor de cumprir o devido. Todas essas hipóteses têm em comum o fato de o descumprimento da obrigação resultar não na impossibilidade da prestação (inadimplemento absoluto) ou de sua mora, mas sim na quebra da confiança despertada entre as partes contratantes.

Como de praxe, críticas foram dirigidas a essa nova doutrina, especialmente no que tange à sua terminologia e seu ao seu método, baseado na observação e no agrupamento de uma variedade de casos concretos. Contudo, as objeções formuladas, antes de abolir a teoria da violação positiva do contrato, favoreceram seu aperfeiçoamento, trazendo, até

mesmo para o Brasil, a discussão sobre a viabilidade de uma terceira via de inadimplemento, além das já classicamente estabelecidas.

Mas é preciso estar alerta para um detalhe: a simples importação acrítica de modelos jurídicos estrangeiros pode gerar grandes equívocos, se desacompanhada das pertinentes adaptações para nosso sistema jurídico. Em virtude disso é que, antes de simplesmente implantar a teoria da violação positiva do contrato, foi proposto o estabelecimento dos principais contornos relativos ao inadimplemento absoluto, à mora e às garantias legais da prestação, retirando dessa tarefa diversas consequências.

Assim, primeiramente, estabeleceu-se que o descumprimento da obrigação não se restringe à ausência total da prestação principal, podendo resultar também na inobservância dos deveres anexos (de proteção, informação e lealdade). Em seguida, verificou-se que a mora, em nosso sistema jurídico, além de estar insitadamente ligada ao tempo, considera o local e a forma da prestação, desde que tais estejam associados ao referido fator tempo. Somente então é que foi exposto o amplo regramento dos vícios ocultos de direito (evicção) e de objeto (redibitórios), previstos como garantias da prestação tanto pelo Código Civil, como pelo Código de Defesa do Consumidor, destacando que esse último, além de ampliar a garantia até mesmo para os vícios aparentes e de fácil constatação, estendeu sua responsabilidade para todos os integrantes da cadeia produtiva.

Todos esses fatores foram considerados na comparação entre os casos citados pela doutrina alemã e a conformação interna do inadimplemento no sistema brasileiro. Assim, preserva-se o amplo regramento previsto para os casos de inadimplemento absoluto, mora e vícios da prestação. Entretanto, constata-se que ficam excluídos dessas categorias os deveres que, sem estar diretamente voltados para o interesse do credor na prestação, surgem como necessidade de confiança e cooperação recíproca entre as partes da relação.

É a partir dessa constatação que a doutrina da violação positiva do contrato se mostra útil em nosso sistema. Com efeito, se a boa-fé objetiva impõe deveres de conduta emergentes ao longo da relação obrigacional complexa, o descumprimento proposital de tais deveres não pode ser ignorado pelo aplicador da norma jurídica, uma vez que, frequentemente, a inobservância de dever lateral afeta tanto a relação jurídica, que a parte lesada deseja mesmo é o seu desfazimento. E é aqui que a doutrina da violação positiva do contrato se apresenta como alternativa interessante e adequada, criando uma terceira via de inadimplemento para as hipóteses de descumprimento culposo de dever lateral não vinculado diretamente com os interesses do credor na prestação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun., 1995.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 87, São Paulo, 1992.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750, São Paulo, abr., 1996.

BARBOSA, Heloisa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, UERJ/Renovar, 1998-1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BECKER, Annelise. A doutrina do inadimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 9, nº 1, Porto Alegre: Livraria do Advogado, nov. 1993.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 4. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. João Ferreira. 5. ed., Brasília: UnB, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FACCHINI NETO, Luiz Edson. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. V.2., Coimbra: Almedina, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FINGER, Júlio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994.

FRADERA, Vera M. Jacob de. A interpretação da proibição da publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 4, jan./fev., 1992.

GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. *Revista de Direito Privado*, n. 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun., 2006.

HUMBERT, Sylvie. *Il y a deux cents ans, le Code Civil*. Disponível em: <www.afhj.fr>.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 4, São Paulo, 1992.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. V. 5. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Mercado e solidariedade social. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. *Revista Forense*, n. 382, v. 101, Rio de Janeiro, nov./dez., 2005.

_____; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1989.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. Trad. Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. V. 22, Campinas: Bockseller, 2003.

_____. *Tratado de direito privado*. V. 23, Campinas: Bockseller, 2003.

_____. *Tratado de direito privado*. V. 38, Campinas: Bockseller, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORI, Igor. A responsabilidade pré-contratual pela quebra dos deveres acessórios: admissibilidade no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

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

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações – introdução à responsabilidade civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. V. 2, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1965.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Caderno 1. Ministério da Administração Federal e Reforma de Estado: Brasília, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23-24, São Paulo: jul./dez., 1997.

RIGHI, Eduardo; RIGHI, Graziela M. V. Boabaid. A complexidade obrigacional e a violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, v. 395, ano 104, Rio de Janeiro, jan./fev., 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no novo Código*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

- _____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHREIRBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SILVA, Agathe da. E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo, jan./mar., 1996.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: o contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*. Paris: LDJ, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Org). Serviços públicos e regulação estatal. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, [s.d].
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Trad. Yvonne Jean. 4. ed., Brasília: UnB, 1997.
- VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. V. 1. 10. ed., Coimbra: Almedina, 2000.
- _____. *Das obrigações em geral*. V. 2. 7. ed., Coimbra: Almedina, 1999.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed., Lisboa: Caloustre, 1967.
- ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.