

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS
CONSUMERISTAS**

Nova Lima
2012



EDUARDO MACHADO SOARES CAPANEMA

APLICAÇÃO DA TEORIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS CONSUMERISTAS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós graduação *stricto sensu*, Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Fábio Roberto Rodrigues Belo

Nova Lima
2012

CAPANEMA, Eduardo Machado Soares
C236 a Aplicação da teoria da boa-fé objetiva nos contratos consumeristas. /
Eduardo Machado Soares Capanema.– Nova Lima: Faculdade de Direito Milton
Campos / FDMC, 2012

87 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto Rodrigues Belo

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre,
área de concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton
Campos.

Bibliografia: f. 74

1. Contratos consumeristas. 2. Boa-fé objetiva - teoria. 3. . 4.
. 5. Belo, Fábio Roberto Rodrigues. II. Faculdade de Direito Milton
Campos III. Título

CDU 347.74(043)
347.44



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “APLICAÇÃO DA TEORIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS CONSUMERISTAS”, de autoria do mestrando EDUARDO MACHADO SOARES CAPANEMA, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Fábio Roberto Rodrigues Belo
Orientador

Prof. Dr.
Faculdade de Direito Milton Campos

Prof. Dr.
Faculdade de Direito Milton Campos

Prof. Dr.
Faculdade de Direito Milton Campos

Nova Lima, ____/____/____

Dedico esse trabalho a todos aqueles que, de alguma forma, auxiliaram em sua conclusão. Em especial à Dani, minha futura esposa, e a meus pais.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, à minha noiva, à minha irmã e à minha avó, pela paciência e incentivo à conclusão deste trabalho.

Aos meus amigos, sempre presentes, também como apoio e incentivo.

Aos diretores, coordenadores, em especial, Prof. Carlos Alberto Rohrmann, as secretárias, e demais funcionários do Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos, pelo acompanhamento, sempre presente quando necessário.

Ao Prof. Dr. Fábio Roberto Rodrigues Belo e Prof.^a Nanci de Melo e Silva, pelas horas dedicadas à orientação e auxílio na elaboração do presente trabalho, elemento essencial à sua conclusão.

Aos meus colegas de mestrado, pela amizade e companheirismo construídos no decorrer do curso.

Aos meus amigos e colegas de profissão, bases essenciais do incentivo obtido no decorrer da elaboração deste trabalho.

Ao meu companheiro de escritório, parceiro nessa etapa da vida.

À minha família, base de tudo, o meu muito obrigado.

"Antes de assinar um contrato, leia-o minuciosamente. Lembre-se de que as letras grandes dão e as miúdas tomam."

H. Jackson Brown



RESUMO

O presente estudo visa analisar a possibilidade de aplicação da teoria da boa-fé objetiva para fins de resolução dos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, como elemento essencial ao restabelecimento das bases do instituto dos danos morais. Através da aplicação dessa teoria ao caso em concreto, se possibilita a aplicação de sentenças mais justas e efetivas, respeitando as bases reparatórias de eventuais indenizações, bem como a autonomia dos envolvidos em determinado contrato.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Danos morais. Autonomia privada.



ABSTRACT

This study analyzes the applicability of the theory of objective good faith for the purpose of settling contracts governed by the Code of Consumer Protection, which is essential to restore the foundations of the Institute of damages. By applying this theory to the case at issue, it enables the application of sentences fairer and more effective, while respecting the foundation of any reparation claims, as well as the autonomy of those involved in a particular contract.

Key words: Objective good faith. Damages. Private autonomy.

Sumário

1 INTRODUÇÃO AO TEMA	1
2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A BOA-FÉ	4
2.1 Histórico.....	4
2.2 Evolução no direito brasileiro.....	5
3 DA BOA-FÉ	7
3.1 Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.....	7
3.2 Princípio geral do direito, cláusula geral, conceito jurídico indeterminado.....	11
3.3. Funções da boa-fé objetiva.....	16
4 OS DEVERES ANEXOS NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS	18
4.1 Relação obrigacional complexa e deveres acessórios.....	18
4.2 Deveres anexos e acessórios.....	19
4.3. Espécies de deveres acessórios.....	20
4.4. Violação dos deveres acessórios e suas e consequências.....	23
5. A PÓS-EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES	27
5.1 Evolução e fundamentos da teoria da culpa <i>post factum finitum</i>	28
5.2 Fundamentos da teoria da culpa <i>post factum finitum</i>	32
5.3 Distinção entre culpa <i>post pactum finitum</i> e outras espécies.....	34
5.4 Responsabilidade civil pós-contratual e a terceira via.....	36
6. DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO COM BASE NA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL	39
6.1 A resolução legal dos contratos.....	41
6.1.1. A aplicação da teoria do adimplemento substancial frente à exceção do contrato não cumprido.....	46
6.2. A valoração da gravidade do inadimplemento.....	48
6.3. Hipóteses de aplicação da teoria do adimplemento substancial.....	51
6.4. Considerações sobre a resolução dos contratos e a teoria do adimplemento substancial.....	52
7. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	55
7.2. Do risco de desvirtuo da autonomia privada.....	63
8 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO AO TEMA

O tema que se busca desenvolver através do presente trabalho de dissertação é a aplicação da teoria da boa-fé objetiva na solução dos contratos consumeristas.

A sociedade, desde os primórdios, se organiza através de leis, que somente conseguem atingir seus objetivos por obrigarem a todos de determinada sociedade, da mesma forma, sem qualquer distinção. As leis representam, portanto, uma espécie de contrato, firmado entre todos os que vivem em determinada sociedade, a fim de organizá-la.

Essas leis fazem com que o Estado assuma a função de solucionador de controvérsias, o que atualmente é desempenhado pelo Poder Judiciário, órgão absolutamente neutro, que adequa o caso à regulamentação específica, para fins de dar a solução mais adequada.

Ocorre que a sociedade está em constante evolução, o que faz com que as regras que a regem acompanhem esta questão, sempre se adequando à realidade.

Exatamente por este motivo cria-se, a todo tempo, novas leis, novas teorias, visando sempre adequar a conduta daquela sociedade à realidade por ela vivida, mantendo a isonomia dos que a ela se submetem.

Vale destacar que essa isonomia nem sempre é atingida através da aplicação do mesmo tratamento a qualquer dos casos, mas sim de possibilitar que todos os cidadãos possam postular seus direitos em igualdade de direitos e obrigações. Exemplo disso é o Código de Defesa do Consumidor.

Através desse conjunto de leis, possibilitou-se ao consumidor a defesa de seus interesses, o que antes não ocorria de forma plena, vez que as partes litigavam em clara disparidade. Enquanto uma das partes do processo tinha todas as informações e documentos sobre determinada questão, a outra postulava a existência de um direito impossível de ser demonstrado, senão através da boa-fé de seu adversário, o que nem sempre aparecia.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor houve um aumento processual das responsabilidades dos fornecedores e prestadores de serviços, que passaram a ter a obrigação de, por exemplo, apresentar toda a documentação sobre

o caso, sob pena de serem considerados verdadeiros os fatos alegados pelo consumidor. Isso fez com que uma classe que anteriormente optava por evitar uma celeuma, passasse a efetivamente questionar seus direitos. Essa questão se tornou ainda mais clara e efetiva com a criação dos Juizados Especiais, onde o interessado passou a poder acessar o Poder Judiciário sem a intervenção de um advogado, em ações de valor agregado reduzido, ampliando assim o acesso à justiça.

De forma concomitante a essa questão, ganhou grande destaque nos Tribunais Brasileiros a questão referente à indenização por danos de natureza moral, instituto jurídico criado com a finalidade dupla de servir como forma de conforto ao ofendido pela situação por ele sofrida, bem como de sanção ao ofensor, para que não pratique determinada conduta novamente.

O amplo acesso ao judiciário, aliado à quantidade de indenizações por danos de natureza moral concedidas fez com que muitas pessoas se aproveitassem das facilidades processuais trazidas tanto pelo Código de Defesa do Consumidor, quanto pelos Juizados Especiais, para buscar formas de enriquecimento fácil.

Não se utiliza aqui a palavra “enriquecimento” com o sentido atualmente dado à expressão, qual seja, de fazer com que a pessoa fique rica, mas sim o de qualquer aumento de capital.

Verificou-se, portanto, que as relações que passaram então a ser regidas pelo Código de Defesa do Consumidor foram desequilibradas em demorado, fazendo assim com que os fornecedores e prestadores de serviços passassem a ser a parte hipossuficiente do processo, sendo diversas vezes condenadas pela simples inexistência de documentos ou elementos suficientes a demonstrar a existência do seu Direito.

Isso fez com que a Doutrina novamente trabalhasse a questão, tendo sido encontrada uma solução, qual seja, a aplicação da teoria da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva realiza a desconsideração dos elementos psíquicos ou mesmo dos estados pessoais, a fim de dar privilégio à adoção de comportamentos considerados como corretos, através da ótica objetiva.

Através da aplicação desse princípio é possível realizar a equiparação entre as partes envolvidas nas relações consumeristas, fazendo com que o processo tenha seu curso da forma mais isonômica possível.

Em suma, o simples fato de ser a relação de cunho consumerista não mais consiste na condenação quase que instantânea da empresa, fornecedora dos

serviços, mas passa-se a uma efetiva análise do caso em concreto, para a verificação da conduta das partes.

Seguindo essa linha de raciocínio, é absolutamente impossível não se falar na teoria do Adimplemento Substancial, ou *Substantial Performance*, que dispõe que os elementos de somenos importância não devem ser considerados como primordiais para a conclusão de determinada obrigação, não tendo o condão de realizar o efetivo desvirtuamento do negócio jurídico questionado.

Através da análise dos elementos que nortearam o contrato, quando de sua celebração, deve se verificar quais eram as efetivas intenções das partes neles envolvidas. Esse objetivo deve ser almejado, podendo os acessórios de importância inferior ser valorados de forma a enquadrar a relação em situação passível de gerar o pagamento de eventuais indenizações indevidas.

O trabalho de dissertação atinge, portanto, a análise da empresa como parte da relação jurídica consumerista, englobando tanto seus direitos quanto seus deveres, de acordo com a ótica jurídica contemporânea.

Este estudo se iniciará através da análise da boa-fé objetiva.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A BOA-FÉ

2.1 Histórico

O início do estudo da boa-fé remete ao Direito Romano, em que a *fides* era uma relação estabelecida entre duas pessoas, sendo que uma delas se submetia ao poder discricionário de outra, em troca de sua proteção e generosidade. O próprio termo '*fides*' já demonstra a existência de uma espécie de confiança entre os envolvidos, vez que esse tipo de submissão não dispunha de qualquer forma de controle, dependendo, de forma exclusiva, da vontade das partes¹.

Nessa época, apenas os cidadãos romanos tinham acesso às suas leis civis. Entretanto, não raro ocorria algum tipo de negociação envolvendo indivíduos que não participavam daquela sociedade, estrangeiros, o que fazia com que as tratativas comerciais tivessem que se restringir à confiança existente entre as partes. Por este motivo, começaram a surgir diversos institutos jurídicos, de conotação ético-normativa.

Esses institutos se tornaram critérios objetivos de regulamentação de negócios e das relações dele emergentes, passando a determinar as práticas comerciais daquela sociedade.

Posteriormente esses institutos passaram a sofrer grandes influências do Direito Canônico, e deixaram de ser simplesmente um modo correto de atuação, para se tornar efetivas convicções de atuação correta. A boa-fé, nesse momento, representa a atuação isenta de pecado.

Mais adiante, o instituto da boa-fé foi positivado no Código de Napoleão². Ocorre que naquela época a sociedade era extremamente individualista e voluntarista. Desta forma, o Direito dominante à época não comportava norma diversa de conduta, senão aquela decorrente, exclusivamente, da vontade das partes.

¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1968. p. 119. v. 1.

² Art. 1.135 do Código Civil francês: "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est esprime ,mais encontre à toutes le suites qui l'équité, l'usage, ou la loi donnet à l'obligation d'après as nature".

Todos os juristas da época eram filiados à Escola da Exegese. Esses fatos, além da sujeição incondicional do juiz à vontade da Lei, fizeram com que a instituição da boa-fé como norma positivada jamais pudesse ser aplicada.

Foi no Direito Alemão que a boa-fé passou a ganhar efetiva importância como instrumento norteador de conduta das partes, especificamente após a Primeira Guerra Mundial. De acordo Com Clóvis Veríssimo do Couto e Silva³, esse fato se deu por dois motivos. Os juízes alemães daquela época haviam se formado no direito prevalecente naquele país no século XIX, chamado de Direito Comum, desenvolvido com base nos princípios. Por outro lado, eles tinham às mãos um direito completamente novo, sem qualquer tipo de jurisprudência consolidadas. Dessa forma, eles não só faziam o julgamento de questões novas, como também adaptavam o direito a um tempo de incertezas, com grandes crises econômicas, dificuldades políticas e sociais decorrentes da guerra.

2.2 Evolução no direito brasileiro

No direito brasileiro, tem-se que a boa-fé objetiva foi inicialmente tratada no Código Comercial, editado em 1850, que trazia, no parágrafo primeiro de seu artigo 131⁴, a aplicação do princípio como vetor interpretativo dos contratos.

Entretanto, a despeito de consistir em uma grande evolução jurídica, não teve esse dispositivo legal o respaldo doutrinário e jurisprudencial necessários. O provável motivo deste descaso o deve ser “espírito liberal da época, ineficaz, por natureza, a tudo quanto, em matéria de contrato, não tivesse gênese na vontade humana⁵”.

Mais adiante, com a edição do Código Civil de 1916, elaborado com base na dogmática oitocentista, verifica-se, novamente, a inserção de previsões acerca da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, essa inserção se deu somente em sua acepção subjetiva. Exemplos de artigos que contam com essas previsões

³ COUTO E SILVA, Clóvis. *O Princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. Estudos de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 61.

⁴ Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:
§1º - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

⁵ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004.

são o art. 490⁶, que trata da posse de boa-fé, art. 551⁷, que trata da usucapião, e art. 510⁸, que trata da indenização por benfeitorias ao possuidor de boa-fé.

A boa-fé objetiva somente ganhou efetivo destaque no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1990, quando foi editado o Código de Defesa do Consumidor. Nesse momento, em razão de sua positivação, passou a ser devidamente tratado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Os ditames inseridos através do inciso III, do artigo 4º, e do inciso IV, do artigo 51, colocaram o princípio da boa-fé objetiva como princípio geral das relações de consumo⁹, bem como, como vetor interpretativo dos contratos, determinando a nulidade das cláusulas contrárias aos seus preceitos éticos¹⁰.

O Código Civil de 2002, por sua vez, instituiu a cláusula geral da boa-fé em seu artigo 422¹¹, inserindo, de forma definitiva, essa premissa em todos os atos inerentes às relações obrigacionais tratadas no Direito Brasileiro.

⁶ Art. 490. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede da aquisição da coisa, ou do direito possuído.

Parágrafo único. O possuidor em justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

⁷ Art. 510. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

⁸ Art. 551. Adquire também o domínio do imóvel aquele quem, por dez anos entre presentes, ou vinte entre ausentes, o possuir como seu, continua e incontestadamente, com justo título e boa-fé. Parágrafo único. Reputam-se presentes os moradores do mesmo município, e ausentes os que habitam municípios diversos.

⁹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

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

[...]

¹⁰ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]

¹¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

3 DA BOA-FÉ

3.1 Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva

Após ultrapassar o breve histórico acima traçado, pode se extrair, sem qualquer tipo de dúvida, que a boa-fé se divide em duas subcategorias, quais sejam, subjetiva e objetiva.

A subjetiva é aquela que detém caráter psicológico, ou seja, é fundada na crença de um indivíduo em estar agindo de acordo com os ditames da legislação regente. É derivada do Direito Canônico, e se baseia nos dados psicológicos do agente, consistentes em sua ignorância de estar causando qualquer tipo de lesão ao direito alheio. Em outras palavras, é a prática de determinada conduta sob a crença de estar agindo de acordo com previsão legal, ou seja, sob o amparo de conduta pautada pelo direito. Menezes Cordeiro¹² define que "... a boa-fé nada mais seria do que um estado de ignorância do sujeito; apenas um ser e não um dever".

Judith Martins-Costa¹³ define a questão da seguinte forma:

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, par a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o se estado psicológico ou íntima intenção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem.

Em suma, tem-se que é aplicável a teoria da boa-fé subjetiva quando verificado que uma pessoa acredita ser titular de um direito que na realidade não tem. Essa crença deve decorrer não somente de suas convicções, mas sim de elementos que o levam a acreditar nisso.

Existe, portanto, claro estado de ignorância do sujeito, de crença equivocada, de absoluto desconhecimento acerca do ferimento ao direito alheio. Nesse caso deve ser inviável se falar em má-fé.

¹² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1968. p. 123. v. 1.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.411.

A boa-fé, em sua modalidade subjetiva, também foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Exemplo disso são os artigos 307, parágrafo único¹⁴, art. 309¹⁵ e art. 1.201¹⁶, todos do Código Civil Brasileiro. Nos primeiros, trata-se diretamente de matéria inerente ao Direito das Obrigações, enquanto no último, sobre o Direito das Coisas.

Já a objetiva, ao contrário, não decorre de qualquer tipo de crença ou estado de consciência, mas de um dever efetivo de conduta, a ser seguido por todos os membros de determinada sociedade. Esse dever é fundado nos padrões de correção, lealdade e probidade, instituídos pelos costumes existentes naquela sociedade.

A boa-fé objetiva é um conceito oposto, originado no Direito Romano, que trata essa questão como efetiva regra de conduta, de padrão de comportamento a ser adotado pelo agente, de acordo com os padrões de correção e lealdade existentes na sociedade em que ele vive.

Neste ponto vale abrir um parêntese para destacar que os padrões existentes em uma sociedade variam para aqueles existentes em outras, vez que são construídos através da evolução daquele povo. Eles são construídos com base na história e em suas crenças, e são sempre atualizados. Não são padrões positivados, mas sim efetivas regras morais de conduta. Isso significa dizer que esses padrões estão a todo tempo se modificando, se ajustando aos padrões em que a sociedade vive naquele momento.

Os padrões de comportamento de uma determinada sociedade ao dever de agir de acordo com determinadas regras de conduta, socialmente determinadas, que abrangem os ditames de correção, lisura e honestidade, visando a manutenção da legítima confiança obtida da parte contrária.

A boa-fé objetiva é, por todas as razões acima expostas, também chamada de boa-fé lealdade e boa-fé confiança. Ela serve a impor aos contratantes a

¹⁴ Art. 307. Só terá eficácia o pagamento que importar transmissão da propriedade, quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu.

Parágrafo único. Se se der em pagamento coisa fungível, não se poderá mais reclamar do credor que, de boa-fé, a recebeu e consumiu, ainda que o solvente não tivesse o direito de aliená-la.

¹⁵ Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.

¹⁶ Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

obrigatoriedade de observar determinadas condutas, aferíveis diante do caso em concreto, no interesse da parte contrária, buscando o bom fim da relação jurídica obrigacional.

Essa teoria encontra amplo terreno para sua aplicação exatamente no campo do Direito das Obrigações, em que sempre se tem uma relação envolvendo partes distintas, com objetivo distinto, que acabam contratando para atingir suas pretensões. Entretanto, essa contratação deve ocorrer com base na observância dos interesses da parte contrária, o que deve ser realizado através da colaboração intersubjetiva.

O dever de colaboração imposto pela boa-fé determina a existência de uma postura de solidariedade recíproca entre os contratantes¹⁷, consistente na facilitação do cumprimento obrigacional, a fim de que o objetivo negocial seja alcançado. Deve se deixar claro que esse dever é recíproco, vez que, em qualquer relação inerente ao Direito Obrigacional, existem tanto direitos quanto deveres a ambas as partes.

Vale esclarecer que através da aplicação dessa teoria objetiva-se, principalmente, o cumprimento do negócio inicialmente entabulado entre as partes. Em outras palavras, tem-se que o elemento objetivo presente quando da celebração do negócio jurídico receberá valoração especial, para fins de comprovação de cumprimento do dever de lealdade e correção existente entre as partes.

Ao tratar especificamente acerca dessa questão, Eduardo Luiz Bussata¹⁸ levanta uma questão de suma importância, que é parametrizar esse dever de colaboração, bem como realizar a verificação acerca do atendimento ou não da boa-fé, pelas partes. E isso gera grandes dificuldades, as quais são por ele solucionadas, em duas formas distintas.

A primeira delas é realizar a determinação da colaboração da pessoa *in concreto*, para o que existem três possibilidades, alternativas:

- a) a diligência psicológica de que o sujeito é capaz. Essa possibilidade acaba sendo afastada, diante das peculiaridades inerentes à análise;
- b) a diligência psicológica que ele põe nos próprios negócios. Essa também é afastada, vez que o sujeito pode ser displicente com os

¹⁷ NALIN, Paulo. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In. FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 198.

¹⁸ BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e a teoria do adimplemento substancial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

próprios negócios, e não se pode admitir que essa questão seja imposta a seu parceiro contratual;

- c) a diligência psicológica normal, que parece ser a forma mais adequada, vez que demonstra o esforço, do ponto de vista social, que o sujeito desempenha na condução de seus negócios.

A segunda forma proposta é realizar a determinação da medida da colaboração em abstrato, através da utilização da figura do *bonus pater familias*, expressão que traduz a figura do homem médio.

Neste ponto tem-se o problema da utilização de um conceito extremamente abstrato, qual seja, do 'homem médio'. Isso porque essa expressão pode tomar por base diversos tipos de cidadão radicalmente diferentes, desde sua origem, até o momento em que se celebra o contrato. Isso faz com que a análise do 'homem médio' possa acarretar grandes injustiças às partes contratantes, diante de suas diferenças pessoais.

Desta forma, fica claro que a medida da cooperação não pode ser baseada em um sujeito jurídico abstrato, mas sim numa pessoa situada no contexto das circunstâncias existenciais de determinado pacto ou contrato.

A boa-fé objetiva se pauta, portanto, no atingimento das expectativas existentes entre as partes quando da celebração do pacto. Através de sua utilização há a subversão do Direito Obrigacional, por informar o teor de obrigações cominadas por outros dispositivos jurídicos, bem como para originar obrigações inteiramente novas.

Nesse sentido foi inserida a boa-fé como cláusula geral no ordenamento jurídico brasileiro, consoante se denota da leitura do artigo 422, do Código Civil¹⁹. Pela simples leitura desse artigo verifica-se como objetivo do legislador a inserção de regras de conduta a serem observadas pelos contratantes, não só na conclusão e execução do contrato, mas desde as tratativas preliminares, e mesmo após o cumprimento da obrigação, ou seja, tanto no momento pré como pós-contratual. Esse dispositivo ainda vem completado pelos artigos 113²⁰ e art. 187²¹.

¹⁹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

A inserção desses dispositivos no Código Civil de 2002 demonstram clara intenção do legislador em suprir uma lacuna até então existente, para criar instrumentos aptos à efetiva utilização da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. Esses instrumentos, vale dizer, se aproximam àqueles utilizados nos sistemas jurídicos mais modernos do mundo.

3.2 Princípio geral do direito, cláusula geral, conceito jurídico indeterminado

Após tais considerações, faz-se clara a necessidade de se definir exatamente o que é a boa-fé, situando seu conceito dentro do universo jurídico.

O primeiro elemento necessário ao correto desenvolvimento do tema proposto é demonstrar o que, exatamente, configura a boa-fé objetiva. Essa delimitação serve a viabilizar a perfeita compreensão acerca da extensão dos direitos e deveres por ela impostos, bem como a esclarecer e delimita esse instituto, bem como suas funções.

E é exatamente nesse ponto que surge a primeira grande questão, muito debatida pela doutrina: a boa-fé é um princípio, uma cláusula geral ou um conceito jurídico indeterminado?

Pois bem. Antes de responder a essa pergunta, é imperioso definir em que consiste princípio, cláusula geral e conceito jurídico indeterminado.

Judith Martins-Costa, em sua obra “Da boa-fé no Direito Privado²²” trata desses três conceitos, realizando sua distinção de forma muito clara e que serão utilizadas no presente trabalho. Entretanto, existem divergências doutrinárias acerca das classificações. Exemplo disso tem-se através da leitura da doutrina de Engisch²³, que afirma não haver qualquer diferenciação entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. De acordo com seu entendimento, tanto nas cláusulas gerais quanto nos conceitos jurídicos indeterminados, a previsão normativa descreve uma vasta gama de casos mediante determinada categoria

²¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

²³ ENGISCH, karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 6 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

indicada através da referência a um padrão de conduta ou a um valor jurídico aceito. No Brasil, este entendimento é compartilhado por Cláudia Lima Marques²⁴.

Entretanto, o posicionamento doutrinário, esposado por Judith Martins-Costa é que as cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa que serve a viabilizar a integração no sistema de determinadas ocorrências que não podem ser previstas pelos meios legislativos clássicos. A sua *fattispecie*, ou base legal, é bastante ampla, devendo, assim, ser concretizada em cada caso concreto.

A cláusula geral depende de preenchimento para ser aplicada, preenchimento este que deve ser realizado pelo juiz, quando da adequação da norma ao caso em concreto. A lei não fala acerca das extensões daquela normas, mas exige que o juiz atue ativamente para formulação da norma a ser aplicada a partir de uma operação intelectual complexa.

Ao se deparar com uma cláusula geral, cabe ao juiz realizar a análise das possíveis consequências decorrentes das diversas soluções que ele pode dar àquela celeuma, a fim de verificar a que mais atende ao caso em concreto.

Já os conceitos jurídicos indeterminados são “palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos”²⁵, e por isso mesmo, abstrato e lacunoso. O seu conteúdo é preenchido por meio de uma atividade eminentemente interpretativa e subjuntiva, de maneira que a atividade intelectual do julgador exaure-se com a fixação da premissa. Além disso, a própria lei determina as consequências da sua violação, o que restringe a atuação do julgador em comparação com as cláusulas gerais.

Esses dois institutos jurídicos fazem parte da esfera dos conceitos de equidade, possuindo a vagueza semântica. Judith Martins-Costa²⁶ os classifica como espécies do gênero “normas vagas socialmente típicas”. Dentro desta classificação, os conceitos jurídicos indeterminados são subdivididos em duas subespécies: as que aludem a realidades fáticas, ou seja, que têm o seu significado preciso com base nas regras de experiência, e aquelas que se reportam a realidades valorativas, ou seja que se assemelham-se às cláusulas gerais.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo. n. 43, p. 215-257, jul.-set. 2002.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 157.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Apesar de ambos os institutos remeterem o aplicador da norma a valores metajurídicos, eles se diferenciam no plano funcional pela liberdade dada ao julgador nesta atuação e na complexidade da atividade intelectual realizada durante a concreção do conceito. Também se diferenciam com reação à previsão das consequências jurídicas.

A distinção fica ainda mais notória quando baseada na análise de dois dispositivos legais. O primeiro deles é o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor que determina serem nulas as cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé. Neste caso a boa-fé aparece como um conceito jurídico indeterminado, visto que a lei estabeleceu a consequência de sua violação, qual seja, a nulidade da cláusula. Nesse caso, a função do julgador se exaure após analisar o que a sociedade tem para si como incompatível com a boa-fé.

Vale deixar claro que a definição mencionada no parágrafo anterior comporta certa objetividade, pois, apesar de referir-se a valores éticos, estes necessariamente deverão ser percebidos pela experiência do próprio julgador. Trata-se, portanto, de uma subsunção feita a partir de conotações éticas vigentes.

O segundo exemplo é o art. 422 do Código Civil de 2002, já citado acima, que determina estarem os contratantes obrigados a observar a boa-fé na conclusão e na execução dos contratos. Este dispositivo serviu a inserir no ordenamento jurídico pátrio a cláusula geral da boa-fé.

Como observado anteriormente, a atividade do juiz neste caso é bem mais complexa, visto que ele verifica as eventuais consequências da não observância da boa-fé durante a sua formação ou execução do contrato, bem como a extensão dos deveres daí advindos. O magistrado deverá formular soluções, verificar as possibilidades e possíveis consequências, criando o regramento para o caso e definindo a conduta que seria compatível com a boa-fé.

Resta claro, portanto, que a boa-fé pode ser classificada tanto por cláusula geral como por conceito jurídico indeterminado.

Vale esclarecer que essa discussão guarda grande relevância jurídica, vez que o ordenamento jurídico brasileiro prevê consequências para a transgressão de um conceito indeterminado, ao contrário do que ocorre com as cláusulas gerais.

As formas de caracterização da boa-fé devem ser sempre analisadas, vez que consistem em técnicas a serviço da abertura e mobilidade do sistema e auxílio

na solução de casos futuros. Mas sob qualquer aspecto que se analise, ela é um princípio geral do Direito.

De acordo com Nelson Nery Junior, os princípios gerais do Direito se conceituam como “regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou do negócio jurídico²⁷”. Esse conceito, aliado ao artigo 4^o²⁸ da Lei de Introdução ao Código Civil, possui a função de preencher lacunas em caso de omissão legislativa. Os princípios gerais de Direito carecem de concreção, possuindo uma função interpretativa.

Entretanto a linha de raciocínio seguida por Nelson Nery Junior não é absoluta. Existe outra, com adeptos como Clóvis do Couto e Silva²⁹, Ruy Rosado de Aguiar Júnior³⁰ e Antunes Varela³¹, que defende que a omissão legislativa não impede a aplicação dos princípios gerais do Direito.

Seguindo essa última corrente, tem-se que a boa-fé como princípio geral do Direito poderia exercer função similar à da cláusula geral, não havendo necessidade dela estar prevista no ordenamento jurídico para impedir comportamentos contrários a seus preceitos, nem para existir a possibilidade de reprimi-los. Neste contexto, a função das cláusulas gerais seria de facilitar a sistematização das decisões judiciais, bem como o seu controle. Elas apenas representam a lei de referência e de conexão entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo uma ordenação sistemática da jurisprudência.

De fato o entendimento mais plausível sobre essa questão é que a boa-fé jamais precisou de previsão legal para nortear uma decisão judicial, vez que sempre esteve prevista no ordenamento jurídico brasileiro através de dispositivos intrassistemáticos.

Nessa linha de raciocínio, em situação anterior à inserção da cláusula geral da boa-fé, a fim de que fosse possível o controle de sua aplicação nas decisões judiciais, deveria o julgado estar em consonância com o arcabouço jurídico colocado

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 157.

²⁸ Art. 4^o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²⁹ COUTO E SILVA, Clóvis. *O Princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. Estudos de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 61.

³⁰ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* (Resolução). Aide: Rio de Janeiro, 1991.

³¹ VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 63.

à disposição dos Magistrados, naquele momento. Entretanto, o que se tinha era um sistema extremamente fechado e normatizado.

Verifica-se, assim, que a inserção da cláusula geral da boa-fé no ordenamento foi de fundamental importância para permitir a abertura e a mobilidade do sistema, demonstrando o reajuste do Direito Pátrio, a fim de acompanhar a evolução da sociedade.

Nesse momento, inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro elementos extrassistemáticos, permitindo a utilização da cláusula geral da boa-fé de forma ampla, como única fonte de fundamentação de decisões judiciais. A boa-fé, como princípio geral, é ainda de fundamental importância para todo o sistema jurídico, como vetor interpretativo das relações obrigacionais, bem como de todo o ordenamento jurídico.

A corrente que entende a existência de diferença entre princípio e cláusula geral ainda suscita outras diferenças entre elas, quais sejam, que o primeiro pode vir expresso ou implícito no ordenamento jurídico, enquanto a segunda somente existe expressamente. Outra diferença é encontrada na vagueza semântica, que sempre está presente no caso das cláusulas gerais, sendo que ela faz parte da sua técnica legislativa. Os princípios, por sua vez, podem conter ou não a vagueza semântica. Por fim, a cláusula geral pode conter um princípio, como é o caso do art. 422 do Código Civil, que positivou o princípio da boa-fé.

O que se denota é que a boa-fé objetiva é um princípio geral do Direito. Nestes termos, ele também pode ser positivado por meio da técnica legislativa da cláusulas gerais, passando assim a permitir a inserção de elementos extrassistemáticos o ordenamento jurídico, viabilizando a solução dos conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário com base nos padrões ético-sociais de lisura e lealdade que a sociedade vive naquele momento.

Claro que a viabilização de utilização de um meio de conflito que comporta tanta subjetividade gera questionamentos. Mas deve se ter em mente que é próprio da técnica das cláusulas gerais o exercício da atividade criadora do juiz.

O que deve ser destacado é que os mesmos princípios e dispositivos que dão ao juiz essa liberdade de criação estão inseridos no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, se vinculam aos demais itens que regem aquela sociedade. Desta forma, a decisão baseada na boa-fé jamais pode contrariar o sistema no qual ela está inserida. Por outro lado, vale lembrar que a boa-fé somente é aplicável nos casos

em que o ordenamento jurídico não dispõe de menção específica sobre determinado caso. E nessas situações, a fim de embasar sua decisão, deve o operador do Direito utilizar a fundamentação mais adequada e abrangente possível, o que garante a possibilidade de controle de suas decisões.

3.3. Funções da boa-fé objetiva

Após realizar a diferenciação da boa-fé objetiva, como princípio ou cláusula geral do Direito, é imprescindível mencionar quais as suas funções, abrangendo o ramo do Direito Obrigacional.

Atualmente, destaca a doutrina a existência de 03 (três) principais funções desempenhadas pela boa-fé objetiva, no tocante às nas relações obrigacionais³².

A primeira delas detém caráter interpretativo, no tocante às relações e contratos, determinando que, para fins de solução de eventual controvérsia, a melhor interpretação será sempre aquela baseada na boa-fé. Não se pode esquecer, neste momento, que as decisões baseadas na boa-fé não podem se afastar das demais previsões legais existentes no ordenamento jurídico.

A segunda função da boa-fé visa realizar a limitação do exercício dos direitos subjetivos, através da mitigação da liberdade de atuação dos envolvidos em determinado contrato. Essa medida visa afastar a prática de abusos durante a execução do que foi pactuado no contrato.

A terceira função serve à criação do que é denominado pela doutrina como deveres de conduta anexos aos contratos. Esses deveres são, em regra, autônomos e independentes da vontade dos contratantes, e constituem um regramento objetivo daquilo que foi pactuado entre as partes.

Vale acrescentar que, de acordo com Cláudia Lima Marques³³, citando Jauerning e Vollkommer, a boa-fé exerce quatro funções principais: função de complementação ou concretização da relação, função de correção e adaptação em

³² AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo. n. 14, abr.-jun. 1995. p. 25.

³³ JAUERNING E VOLLKOMMER apud MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o código de defesa do consumidor: Informação, cooperação e renegociação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo. n. 43, p. 215-257, jul.-set. 2002.

caso de mudança das circunstâncias, função de autorização de decisão por equidade e função de controle e limitação das condutas³⁴.

Menezes Cordeiro³⁵ acrescenta, ao esclarecer se os deveres oriundos exclusivamente da boa-fé, por não serem previsíveis com antecipação, seriam verdadeiros deveres jurídicos ou de natureza meramente moral, eis que fundados em padrões éticos:

As aplicações da boa-fé são verdadeiras afirmações juspositivas, embora não legisláveis. O seu nível jurídico não se põe, no entanto, apenas no campo do resultado. A gênese das decisões que as corporizam, perceptível através das justificações apresentadas [...] utiliza lugares jurídicos e apóia-se nos elementos fornecidos pelo Direito. Compreende-se, a esta luz, porque não surgem remissões para actuaes para a Moral, no domínio das apreensões empíricas da boa-fé, desde o empirismo periférico à tópica: o trabalho a nível de decisão real – o único que permite cultivar a Ciência do Direito – inculca, de imediato, a natureza jurídica do fenómeno.

É clara, portanto, a distinção entre dever moral e jurídico. Ainda que o dever oriundo não da boa-fé não seja positivado, o que também ocorre com os deveres morais, eles se distinguem pelo fato dos primeiros serem juridicamente fundamentados. Apesar de a boa-fé traduzir um conteúdo ético, ela está inserida no sistema jurídico e por isso, os deveres que se originarem dela são controláveis em termos de Direito e recebidos no âmbito jusnormativo³⁶. Portanto, não há dúvida da juridicidade dos deveres anexos originados da boa-fé.

Assim, passa-se ao estudo dos deveres anexos nas relações obrigacionais e as consequências jurídicas da sua violação.

³⁴ BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e a teoria do adimplemento substancial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 223.

³⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1171.

³⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1173.

4 OS DEVERES ANEXOS NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS

4.1 Relação obrigacional complexa e deveres acessórios

Iniciar o estudo dos deveres anexos nas relações obrigacionais só é possível através da análise preliminar do conceito de relação obrigacional complexa.

A concepção clássica de relação obrigacional traz a ideia de existência de um vínculo linear entre credor e devedor. Entende-se dessa relação que credor é aquele que tem o poder de exigir o cumprimento de determinada obrigação, enquanto o devedor é aquele que tem o dever de realizá-la.

Ocorre que esse conceito superficial não abrange as obrigações que ultrapassam os limites das principais, e que ainda assim servem a caracterizá-las. Desta forma, resta claro que a simplicidade do conceito acima traçado não serve para retratar a realidade da estrutura de uma relação obrigacional. Isso porque essa estrutura acaba sendo criada por uma grande diversidade de outros deveres, ônus, e até mesmo expectativas, não englobados pelo conceito acima traçado.

A relação obrigacional depende, portanto, de um conceito mais abrangente³⁷, mais sistêmico, para que possa ser estudada e entendida em sua plenitude.

Esse conceito foi encontrado em Menezes Cordeiro³⁸, que retratou a concepção da relação obrigacional complexa como uma realidade composta, conforme se comprova a seguir:

A complexidade intra-obrigacional traduz a idéia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta.

Esta visão de uma estrutura complexa da relação obrigacional surgiu inicialmente na Alemanha a partir de estudos sobre a distinção do conteúdo da obrigação, entre dívida e responsabilidade e dos estudos sobre a mora do credor³⁹, mas a sua inserção se deu gradativamente após décadas de vigência do BGB, pois não houve uma ligação imediata entre a boa-fé e o

³⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72. v. 1.

³⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 586.

³⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 586-587.

organismo obrigacional, apesar de a mesma ter sido codificada no Direito das Obrigações⁴⁰.

Essa ideia desenvolve a noção de “organismo” obrigacional⁴¹, introduzida pelo Direito Romano. Exatamente por isso ela não foi bem aceita quando inicialmente proposta por Heinrich Sieber, que o fez com base nas propostas de Savigny. Mas após outros estudos de autores como Larenz e Esser, que trouxeram as expressões “estrutura” e “processo”, passou-se a entender que a relação obrigacional é vinculada a um determinado fim, o que não seria possível com a simples análise da linearidade das prestações principais⁴².

Através dessa nova realidade das relações obrigacionais, passou-se a tratar sua estrutura sistêmica dirigida a atingir tanto o credor quanto o devedor, ao contrário da relação simples em que se verifica apenas o dever de prestar e o poder de exigir.

4.2 Deveres anexos e acessórios

A relação obrigacional complexa é composta por uma série de deveres, ônus, faculdades, direitos potestativos e expectativas de direitos, o que poderia ser traduzido por uma rede interligada de possibilidades jurídicas.

De acordo com Fernando Noronha, existem três ordens de deveres que compõem uma relação obrigacional complexa, quais sejam, os principais, os secundários e os anexos, também chamados de laterais ou fiduciários. Os principais, conforme exposto são aqueles que caracterizam a espécie de obrigação assumida. Assim, elas constituem o cerne da prestação e por isso “são a razão de ser da própria relação obrigacional, que sem ela não existiria”⁴³.

Já os deveres secundários, também denominados como “acessórios” são aqueles que, a despeito de possuírem sua existência autônoma, estão direta e intimamente vinculados à obrigação principal. Estes podem ser de inúmeras

⁴⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 589.

⁴¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 588.

⁴² FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar de . A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

⁴³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 79. v. 1.

espécies, podendo se originar de uma obrigação assumida contratualmente, ou ainda decorrentes do inadimplemento de um contrato.

Tem-se ainda os deveres anexos, fiduciários ou laterais, que, por sua vez, constituem condutas impostas pela boa-fé objetiva, com a finalidade de auxiliarem no atingimento das finalidades da relação obrigacional.

Como a denominação explica, tais deveres não estão na órbita do contrato, mas paralelos a este. Por isso eles não se ligam diretamente à espécie do contrato ou da prestação principal. São deveres de conduta impostos durante todo o desenrolar da relação contratual e das circunstâncias advindas dela, bem como daquelas que antecedem e sucedem o contrato.

Desta forma, eles não constituem prestações específicas da relação obrigacional, até porque não são previsíveis com antecipação. Apenas quando da sua violação pode-se inferir que a boa-fé contratual não restou observada, seja pela ausência da conduta correta e leal que se esperaria de um parceiro contratual, seja por um comportamento contrário à boa-fé. Somente após transgredido o dever é possível verificar qual a conduta seria esperada daquele que deixou de observar a boa-fé.

4.3. Espécies de deveres acessórios

Após se realizar a definição acerca da relação obrigacional complexa, adentra-se na análise específica acerca dos deveres acessórios, que, de acordo com Menezes Cordeiro, são divididos em 03 (três) espécies⁴⁴, quais sejam:

- a) deveres de proteção
- b) deveres de esclarecimento
- c) deveres de lealdade

A estes três, soma-se ainda um outro, acrescentado por Fernando Noronha⁴⁵, qual seja, o dever de assistência ou cooperação, que será tratado juntamente com os demais, visando a manutenção da sequência das informações.

⁴⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 604

⁴⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 84

O dever de proteção é também conhecido como dever de cuidado ou de segurança. É aquele que impõe às partes, no curso da execução do contrato, o dever de evitar que sejam causados danos ao patrimônio ou às pessoas do parceiro contratual. O exemplo típico deles é o caso do linóleo, trazido por Menezes Cordeiro⁴⁶:

[...] 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 tomados medidas convenientes para manter a segurança do local [...]

Vale salientar que a transcrição acima serve somente a exemplificar o caso, vez que o dever de proteção, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, não detém grande importância. Não que se afaste aqui o dever de evitar que sejam causados danos ao patrimônio ou às pessoas do parceiro contratual. Ocorre que a legislação brasileira trata essa questão através da regra geral da responsabilidade civil. No sistema jurídico alemão, onde surgiu este dever, não vigora a mesma regra geral, por isso sua maior aplicabilidade⁴⁷.

Já os deveres acessórios de esclarecimento, também conhecido como de informação, não podem ser desprezados em face de outros institutos constantes do ordenamento jurídico brasileiro. São aqueles que servem a obrigar as partes a prestar esclarecimentos mútuos sobre todos os aspectos da relação contratual, possíveis efeitos e quaisquer circunstâncias que possam advir do vínculo, desde a fase das negociações preliminares, até o término das obrigações pactuadas entre as partes. São deveres que ganharam especial importância após a edição do Código de Defesa do Consumidor.

Os deveres de informação ainda podem ser divididos em três subespécies, quais sejam⁴⁸:

- a) deveres de esclarecimento
- b) deveres de conselho
- c) deveres de advertência.

⁴⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 604,

⁴⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 86

⁴⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 86-87

Os deveres de esclarecimento, de acordo com Fernando Noronha, são aqueles que determinam a prestação de informações claras sobre o produto, como seu funcionamento, ou informar a respeito da necessidade de se obter licenças para sua utilização.

Seguindo o mesmo doutrinador, tem-se como sendo os deveres de conselho aqueles relacionados à informação sobre o produto ou serviço mais adequado, como exemplo, o dever do empreiteiro informar ao dono da obra os materiais mais apropriados.

Por fim, ainda na esteira de Noronha, são deveres de advertência aqueles que se referem aos possíveis riscos da utilização do produto, por exemplo, eventuais perigos no manuseio de agrotóxicos.

Chegando à última das classificações realizadas por Menezes Cordeiro, os deveres de lealdade, que são aqueles que obrigam as partes a se abster “de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”⁴⁹.

Nessa senda, entende-se como exemplo dos deveres de lealdade a não celebração de contratos incompatíveis entre si, a não concorrência e sigilo com relação ao conteúdo conhecido durante as negociações contratuais e que se reveladas podem prejudicar a outra parte.

Vale mencionar que, sob qualquer ótica deixam as partes de defender interesses contrapostos quando analisados sob a ótica do contrato. Todas as suas condutas continuam sendo impostas pelo princípio da boa-fé objetiva, afastando sempre a possibilidade de prejuízo da parte adversa. São, portanto, voltadas para manter o equilíbrio e o interesse de ambos em vigor.

Os deveres de lealdade também podem incluir atuações positivas, mas como o presente trabalho optou por uma classificação com quatro espécies de deveres fiduciários, os deveres de lealdade passam a abranger a atuação negativa, enquanto os de cooperação referem-se às atuações positivas.

Por último, temos o quarto dos deveres, acrescido por Fernando Noronha aos já mencionados por Menezes Cordeiro, qual seja, o dever de cooperação ou assistência. Esse dever é o que obriga as partes a prestar assistência com relação ao objeto do contrato, tanto durante quanto após sua execução.

⁴⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 606

Exemplo da aplicação desse dever no Brasil pode ser observado nas montadoras de automóveis, que continuam obrigadas a fornecer peças a seus veículos mesmo após o encerramento de sua produção⁵⁰. São deveres que visam a proteger os interesses especialmente do consumidor.

Nesse sentido vale analisar o lado subjetivo dessa obrigação. Ainda que tal direito (o de fornecer peças para modelos fora de linha de produção) não fosse positivado, permaneceria ativa a obrigação do fabricante em manter itens de reposição, sob pena de ver seu produto desvalorizado, ou mesmo perder, de forma substancial, suas vendas. Ou seja, essa regra acabaria por ser ditada pelo próprio mercado, sendo que, acaso algum fabricante não a acatasse, poderia comprometer sua própria subsistência. Vale salientar também que a venda de peças para modelos fora de linha constitui importante fonte de renda aos fabricantes, sendo portanto economicamente viável a manutenção desse mercado. Entretanto para o presente momento do discurso essas alegações ainda são inócuas, sendo relevantes somente mais adiante.

Retomando ao tema principal, verificou-se, de toda a exposição realizada, que os deveres anexos, a despeito de serem originados na boa-fé objetiva, bem como de terem denominações como lealdade, cooperação, conselho, não substituem o antagonismo contratual.

Esses deveres constituem obrigações jurídicas e não morais, sendo portanto juridicamente exigíveis. Por conterem um conteúdo ético, corre-se o risco de serem confundidos deveres fraternos numa concepção solidarista. Todavia, o que a boa-fé pretende é uma atuação escoreita, de forma que as partes não atuem de forma a romper o equilíbrio contratual a fim de se beneficiarem. Não se espera que elas atuem de forma solidária, além das obrigações assumidas no contrato.

Resta analisar, portanto, as consequências decorrentes do descumprimento dos deveres acessórios, bem como o alargamento de sua função, frente à realidade jurídica da sociedade atual.

4.4. Violação dos deveres acessórios e suas e consequências

Por certo não se desprezou, antes de adentrar neste item, que a violação dos deveres acessórios possa ser susceptível de gerar resultados. O que

⁵⁰ Art. 32 do Código de Defesa do Consumidor

se busca abordar nesse item é se esse resultado pode gerar apenas o dever de reparação dos danos causados, ou se podem chegar à própria resolução do contrato.

Se durante a execução do contrato a violação do dever anexo importar em adimplemento defeituoso do contrato, ela gerará o direito à indenização para a contraparte.

Para fins de resposta a essa demanda é necessário se verificar o valor, o peso do direito acessório, com relação ao adimplemento do contrato. Caso violação atinja o próprio fim almejado com o contrato, pode ensejar sua resolução. Caso contrário, tão somente o direito de indenização.

Não se pode deixar de lado a importância do dever acessório para fins de cumprimento de um contrato. Entretanto obrigações de menor importância, que não sirvam a desvirtuar o objeto do contrato, ou mesmo a tornar inútil sua prestação final, jamais podem servir à sua resolução.

Vale lembrar o que já foi anteriormente mencionado, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se do instituto da responsabilidade civil, que afasta a possibilidade de enriquecimento sem causa de qualquer dos envolvidos num contrato.

Não se pode descartar, ainda, que existem hipóteses em que a violação pode gerar a invalidade do negócio firmado, o que ocorre nos casos em que o vício é verificado no momento de sua formação. Um exemplo clássico dessa hipótese é o caso em que a parte omite uma informação sobre a execução contratual ou de algum conteúdo e se a contraparte soubesse não teria celebrado o pacto. Nestes casos o contrato é anulado, restando o direito indenizatório para a contraparte.

Assim, ainda que o contrato seja nulo, e que não tenha condições de gerar efeitos jurídicos, os deveres acessórios subsistem, elemento que mais uma vez demonstra a sua desvinculação do conteúdo contratual.

Toda essa questão detém grande importância, inclusive em se considerando os efeitos práticos da interpretação dos efeitos da violação dos deveres acessórios – aqui adentrando no ponto central do presente estudo.

A importância acerca da vinculação de um dever acessório ao efetivo adimplemento de toda a obrigação deve ser devidamente analisada, sob pena de descaracteriza-se o próprio objeto do contrato.

Isso porque não raro se verifica a hipótese de tentativa de enriquecimento sem causa, sob o manto de “indenização por danos de natureza moral”, quando há a ofensa a um dos direitos acessórios.

O instituto da responsabilidade civil serve, no caso em comento, não como forma de reparação por eventuais contratemplos sofridos, decorrentes da violação de um dever acessório, que não tem o cunho de alterar a essência do negócio principal. Nesse caso deve haver a reparação de natureza exclusivamente patrimonial, ou seja, o ressarcimento por prejuízos causados em razão da prestação incompleta ou defeituosa de determinado serviço. De se destacar que essa indenização, sob qualquer aspecto, depende de determinação judicial para que seja exigível.

Vale destacar que o simples fato de se praticar uma conduta susceptível de causar dano a terceiro gera, em princípio, a obrigação de reparação. Reparação de cunho exclusivamente patrimonial nesse caso, consistente na soma de dinheiro necessária a se considerar todo o contrato como adimplido.

Nessa situação existe, tão somente a reparação patrimonial, elemento que não dá causa à possibilidade de êxito em qualquer pedido diverso desse. Mesmo que, para que a reparação atinja caráter extrapatrimonial é imprescindível que a situação tenha gerado efetiva mácula ao âmago do ofendido, o que ocorre, por exemplo, quando há uma negativação indevida de seu nome em um cadastro restritivo de crédito. Isso porque esse fato o coloca como devedor, inadimplente para com suas obrigações perante toda a sociedade, sem que este fato seja realidade. Isso efetivamente afeta a moral de uma pessoa, e gera o dever de indenizar.

Entretanto, vale lembrar, que a indenização por danos de caráter extrapatrimonial detém caráter dúplice, qual seja, reparar o abalo sofrido pelo ofendido, e pedagógico, consistente em forma de sanção ao ofensor, para que não atue daquela forma novamente.

Os efeitos da violação dos deveres acessórios devem ser analisados com especial cautela quando há pedido de reparação por danos de natureza extrapatrimonial diante de sua ocorrência. Isso porque, acaso se sobrevalorize a função pedagógica do instituto das indenizações por danos de natureza extrapatrimonial, pode-se facilitar a prática de outro ilícito civil, consistente no enriquecimento sem causa da parte ofendida, com uma condenação indevida.

Tratando-se de questões inerentes ao adimplemento total ou não da obrigação contraída através de um contrato, através de obrigação principal e deveres acessórios, salvo em casos especialíssimos, resta difícil vislumbrar hipótese de cabimento de indenização por danos de natureza extrapatrimonial, mesmo porque a questão cerne pode ser resolvida através da aplicação do instituto da responsabilidade civil⁵¹, exclusivamente com a reparação patrimonial inerente ao caso.

⁵¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

5. A PÓS-EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES

O estudo da pós eficácia das obrigações se aproxima muito daquele inerente aos deveres anexos, uma vez que a culpa *post pactum finitum* constitui uma violação a estes deveres em momento posterior à extinção do contrato.

Deve ser destacado que ele não obteve a mesma repercussão na comunidade jurídica da culpa *in contrahendo*, idealizada por Ihering. Esse fato merece atenção especial, vez que esses dois institutos representam, nas palavras de Menezes Cordeiro, projeções simétricas entre si⁵².

As discussões acerca da culpa *post factum finitum* se iniciaram na Alemanha, diante de uma necessidade jurídica real de tratar situações em que, mesmo após a extinção de um contrato, continuavam a existir deveres para as partes, decorrentes da relação inicialmente tratada e suas circunstâncias, mas que não constituíam obrigação objeto de cláusula contratual ou de lei. Entretanto, essa questão somente vinha à baila em uma pequena quantidade de casos, que já são restritos por sua especificidade, e que só dependem de discussão a partir do momento em que há ofensa a eles, num momento posterior ao término do contrato. Inclusive esse é um dos motivos apontados como causa à pequena difusão dessa questão. Entretanto, por outro lado, são inúmeros os casos em que se invoca a aplicação da culpa *in contrahendo*, elemento que, por força, faz com que surjam grandes discussões acerca dessa matéria.

Um outro elemento que contribuiu, de forma decisória para a ausência de grande interesse acerca do instituto da culpa *post factum finitum* foi o atraso gerado em sua redução dogmática, que somente ocorreu após sua consagração na Alemanha⁵³. Isso fez com que houvesse poucos incentivos à sua utilização, mesmo porque sequer se tinha consciência de sua existência, situação que somente foi alterada a partir de 1920⁵⁴. Entretanto, mesmo nos dias atuais esse importante instituto jurídico não dispõe de uma fundamentação precisa.

⁵² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 625

⁵³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 626

⁵⁴ Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90. O autor relata que o marco do acolhimento da teoria se deu "em 1925, quando o Reichsgericht (RG) decidiu que, após o término de uma cessão de crédito, o cedente deveria continuar a não impor obstáculos ao cessionário".

5.1 Evolução e fundamentos da teoria da culpa *post factum finitum*

A fim de dar prosseguimento ao estudo da teoria da culpa *post factum finitum*, deve se fazer referência a Menezes Cordeiro⁵⁵ acerca de três casos ocorridos na Alemanha, por volta da metade do século passado. Por óbvio, em todos esses casos se verificou a ocorrência de possibilidade de responsabilização pós contratual, mas em razão da escassez da utilização desse instituto, acima mencionada, somente em um dos casos restou ele invocado.

Um elemento que deve ser trazido para completar a assertiva anteriormente realizada é que os demais casos foram tratados com base nos princípios da boa-fé, o que demonstra a necessidade da continuidade desse estudo para o prosseguimento do presente trabalho.

O primeiro caso trata de um terreno com vista para um monte, adquirido por uma senhora, com a garantia do vendedor de que essa vista seria definitiva. Para tanto, afirmou que a legislação da cidade proibia a edificação nos terrenos à frente do seu, o que lhe garantiria a vista definitiva. Passados alguns meses da aquisição do terreno, o próprio vendedor solicitou uma alteração no plano de urbanização da cidade, que passou a permitir edificação nos lotes à frente do terreno da compradora, fazendo com que perdesse a vista. Ela, então, ingressou em juízo contra o alienante requerendo vultuosa indenização e obteve êxito no Tribunal de Revista alemão, após a perda nas instâncias inferiores. Cumpre observar, neste tocante, que inexistia disposição contratual relativa à perda da vista pela autora.

O segundo caso relatado trata da fabricação de casacos de pele. A autora encomendou o desenho dos modelos às rés, visando sua produção e conseqüente venda desses casacos. Cumprido o contrato e após a fabricação dos agasalhos, as rés venderam os mesmos modelos para uma concorrente da autora, o que fez com que ela ingressasse em juízo requerendo indenização pelos prejuízos sofridos. A autora também obteve êxito no Tribunal de Revista Alemão. Ressalta-se que não havia cláusula de exclusividade no contrato firmado entre as partes.

O último caso refere-se à venda de um tapete a um hotel, em que a vendedora indicou um terceiro para proceder a sua colagem no piso do

⁵⁵ Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 91-94.

estabelecimento. Todavia ela não informou ao terceiro que o material de confecção da peça havia sido alterado e era incompatível com a cola utilizada. Assim, o tapete foi danificado devido ao procedimento de colagem. O hotel reteve o valor do pagamento e a vendedora ingressou em juízo em face dele, tendo perdido a demanda no Tribunal de Revista Alemão.

Pela análise dos casos acima transcritos pode se observar que, em todos as obrigações negociais foram devidamente cumpridas e os contratos finalizados. Portanto, não houve violação contratual direta em nenhum deles. A responsabilidade dos demandados se deu pela infração dos deveres anexos aos contratos, oriundos da boa-fé objetiva e que, portanto, não constituem prestações específicas. Nos dois primeiros casos, verificou-se a infração ao dever de lealdade para com o ex-parceiro contratual.

Já no último caso, houve a infringência do dever de esclarecimento, ou dever de informação, comprovado pela omissão sobre a alteração do material de fabricação do tapete, que a vendedora sabia, ou ao menos deveria saber, ser incompatível com o antigo procedimento de colagem.

O Tribunal de Revista alemão em todos os casos entendeu que mesmo após o cumprimento das obrigações contratuais havia um dever oriundo da boa-fé objetiva que impunha às partes comportar-se de forma leal para com o ex-parceiro.

Esses casos acabaram servindo como paradigma para a criação dos contornos doutrinários na Alemanha. Vale ressaltar que esse fato não significou a consolidação de entendimento em um sentido específico, mas tão somente acirrou as discussões acerca da questão.

Ainda seguindo no histórico Alemão acerca da questão, verificou-se que, mesmo com a reforma do BGB⁵⁶, não foi a teoria da culpa *post factum finitum* consolidada, outro elemento que serve para demonstrar a dificuldade de sua expansão, tanto na Alemanha, quanto nos demais países⁵⁷.

O segundo país em que se verificou a ocorrência de estudo doutrinário da culpa *post pactum finitum*, foi Portugal, local em que foram encontradas inúmeras obras a esse respeito. Entretanto, a jurisprudência optou por tratar os casos em que

⁵⁶ Livro das Obrigações Alemão

⁵⁷ Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 145

ela poderia ser aplicada como passíveis de aplicação da responsabilidade aquiliana⁵⁸.

No Direito Brasileiro, um caso ocorrido em 1907, que envolveu dois famosos juristas, quais sejam Rui Barbosa e J.X. Carvalho de Mendonça, é tido como uma hipótese em que se enquadra perfeitamente a teoria da culpa *post pactum finitum*. Todavia, ela não constituiu objeto de discussão, até mesmo porque a sua consagração se deu alguns anos depois na Alemanha⁵⁹.

O caso acima mencionado envolveu duas grandes indústrias têxteis: Companhia Nacional de Tecidos de Juta e Companhia Paulista de Aniagens. Contratou-se a fusão da fábrica de Juta Sant'Ana, de propriedade de Antônio Álvares Leite Penteado, situada no bairro da Mooca, em São Paulo, com as fábricas São João e Santa Luzia, a fim de formar a Companhia Nacional de Tecidos de Juta. Após um ano da venda, o Conde Álvares penteado requereu licença para instalar uma fábrica com a mesma atividade comercial da anterior, também no bairro da Mooca, denominada Companhia Paulista de Aniagens. Sentindo-se lesionada com esta conduta, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta ajuizou uma ação em face da Companhia Paulista de Aniagens alegando concorrência desleal e requerendo a restituição de 3000 contos de réis, objetos do contrato de compra e venda que haviam sido pagos à Álvares Penteado pela posição e prestígio de sua então indústria no mercado, bem como perdas e danos e juros de mora. A ré contestou ao argumento de que a clientela não havia sido objeto do contrato, pois ela não estava abrangida pelo valor pago, e deveria prevalecer a liberdade de comércio. A autora perdeu a demanda em primeira instância, tendo a sentença entendido que não havia cláusula contratual prevendo qualquer questão relativa à freguesia bem como relativa à instalação de indústria com o mesmo objeto no local, sendo, portanto, lícita a conduta do réu. Em recurso ao Supremo Tribunal Federal, J.X. Carvalho de Mendonça, então procurador da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, conseguiu a reforma da sentença, que se deu pelo fundamento de que no valor pago a título de prestígio alcançado pela fábrica de Juta Sant'Ana, estava incluída a freguesia, o que caracterizou a cessão da clientela. Todavia a Companhia Paulista de Aniagens

⁵⁸ Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 146.

⁵⁹ Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 96/100.

recorreu do acórdão por meio de embargos, nos quais Rui Barbosa argumentou que o valor pago pelo prestígio da fábrica não incluiu a cessão de clientela. Se esta fosse acordada, o teria sido de forma expressa, pois esta não está implícita na alienação do fundo de comércio. A tese dos embargos foi acolhida, tendo o STF entendido que deveria prevalecer o que estava expresso no contrato.

Ressalta-se que não havia regra expressa naquela época quanto à proibição da prática de concorrência com o adquirente de estabelecimento comercial, atualmente positivada, prevista no art. 1.147⁶⁰ do Código Civil. Assim, a culpa *post pactum finitum* poderia ser plenamente invocada com base na boa-fé objetiva prevista no então vigente Código Comercial de 1850⁶¹. Neste ponto deve ser mencionado que, naquela época, a cultura jurídica fundada no liberalismo encontrava-se bem mais sedimentada no sentido da autonomia da vontade do que na correção das condutas. Percebe-se pelos argumentos decisórios que somente foi levada em conta a previsão contratual da cessão de clientela para gerar a obrigação de indenizar. Não se cogitou em nenhum momento de invocar a boa-fé como limitadora das condutas das partes. Tanto que, a primeira vez em que se verificou a utilização da tese da culpa *post pactum finitum* no Brasil foi num acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datado de em 16/08/1988, com o seguinte conteúdo:

Compra e venda. Culpa “*post pactum finitum*”. O vendedor que imediatamente após a venda torna inviável à compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e escorraçando-a do lugar, para aproveitar-se dito e vender a sua casa para outrem, descumpre uma obrigação secundária do contrato e dá motivo à resolução. Princípio da boa-fé. Preliminar de nulidade rejeitada⁶².

Esse acórdão, da lavra do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, guarda especial importância para a aplicação da teoria da culpa *post factum finitum* no Brasil. Foi a partir dele que, mesmo diante da ausência de previsão expressa, viabilizando a aplicação da boa-fé no Diploma Civilista de 1916, passou ela a ser utilizada em alguns arestos como fundamento para a culpa *post pactum finitum*. Vale

⁶⁰ Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

⁶¹ Art. 131 do Código Comercial Brasileiro de 1850. Revogado pelo Código Civil de 2002.

⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 588.042.580. Rel: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Fonte: Jurisprudência TJRS, C-CIVÉIS, 1997, V-2, T-11, P-11-16. RJTJRS, V-133/401.

mencionar que, ainda nos dias atuais, mesmo com a edição de nova legislação civilista, não possui essa teoria bases sólidas na doutrina e na jurisprudência. O maior argumento contrário à sua aplicação no atual direito obrigacional brasileiro⁶³ cinge-se à sua falta de previsão no ordenamento jurídico, a partir do entendimento de que o art. 422 do código civil não regulamentou o período pós-contratual.

Cumprido, então, passar-se ao estudo dos fundamentos da teoria da culpa *post pactum finitum* a fim de se concluir pela sua aplicabilidade.

5.2 Fundamentos da teoria da culpa *post factum finitum*

Conforma já mencionado, a culpa *post pactum finitum*, por diversas vezes, não recebeu a devida atenção, tanto pelo poder judiciário quanto pela doutrina. Tal fato se deve em parte em razão da falta de conhecimento por parte dos juristas, em razão da falta de uma fundamentação durante os julgados, bem como pela menor frequência em que ela se aplica em relação à culpa *in contrahendo*. Portanto, caminho indispensável ao prosseguimento do presente estudo é a análise dos fundamentos desta teoria, bem como da viabilidade de sua aplicação, frente ao atual Direito Obrigacional Brasileiro.

Essa teoria tem em seu pilar mais sustentável o princípio da boa-fé objetiva. Esse princípio, conforme já mencionado anteriormente, detém três funções principais, sendo que uma delas consiste na criação de deveres anexos ao contrato. De se esclarecer que os deveres anexos ao contrato não constituem obrigações propriamente contratuais, vez que não estão nele escritas, ou seja, não fazem parte do pacto principal celebrado entre as partes. São, portanto, deveres laterais ao negócio jurídico e não são previsíveis com antecipação. Esses deveres não surgem somente após a conclusão do contrato, mas desde o período de negociação que o antecede.

A inserção da cláusula geral da boa-fé representou a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, uma vez que ela consiste em uma técnica legislativa que permite o preenchimento do conteúdo da norma legal no caso concreto. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, esta cláusula passou a reger todo o direito obrigacional brasileiro. Desta forma, com o advento da legislação civilista de

⁶³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista do Tribunais*, v. 775, maio, 2000.

2002, passou-se a adotar a possibilidade da utilização o princípio da boa-fé objetiva para fins de soluções das controvérsias. Não resta dúvidas de que esse princípio é inteiramente aplicável, pelo simples fato de as cláusulas gerais regerem todas as hipóteses não previstas na lei.

Deve ser mencionado ainda que não há a necessidade da pós-eficácia estar prevista expressamente no ordenamento jurídico para a teoria ter ampla aplicação, visto que a cláusula geral visa exatamente abranger as situações futuras que não estão normatizadas. E ainda que essa discussão decorre, exclusivamente, do texto dado ao artigo 422, do Código Civil. Entretanto, sob qualquer prisma que se analise essa questão, tem-se como certo que o artigo supra mencionado não deixou de prever a aplicação da boa-fé no período pós-contratual, apesar de sua redação confusa. Mesmo porque seria incoerente afirmar que a boa-fé objetiva possui a função de criar deveres anexos, não determináveis com antecipação e considerar que a legislação previu apenas parte deles. Isso porque a cláusula geral não tem aplicação restritiva, mas extensiva, sendo a amplitude a grande característica de sua *fattispecie*. Todavia, a argumentação acima exposta é válida para rebater o entendimento contrário, baseado na dogmática oitocentista, que ainda se encontra arraigada na cultura jurídica brasileira.

Assim, por decorrer da boa-fé objetiva, é plenamente dispensável qualquer tipo de previsão legal para que a culpa *post pactum finitum* possa ser encampada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo, todavia, incorreta a afirmação de que o art. 422 do Código Civil Brasileiro não a recepcionou, em razão da simples análise literal de sua redação.

É de se esclarecer que a discussão acerca da recepção ou não de um instituto jurídico não pode ficar adstrita ao simples texto de um artigo, devendo considerar, além de todas as regras positivadas, a evolução da jurisprudência, bem como da sociedade em que determinadas regras serão aplicadas. Não é demais destacar que o Direito somente cumpre sua função de pacificação social quando consegue evoluir juntamente com a sociedade. Sem essa característica, ele deixa de representar os reais interesses de todos os tutelados por determinado ordenamento jurídico. Retomando o assunto base do presente estudo, cabe destacar que Rogério

Ferraz Donnini⁶⁴ também traz como fundamentos da pós-eficácia das obrigações a função social do contrato e o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que, na sua visão, esses elementos devem servir como argumentação à restrição da autonomia privada e a proteção do parceiro contratual. Com o intuito de se delinear o âmbito de aplicação da teoria, passa-se ao estudo das características da culpa *post pactum finitum*.

5.3 Distinção entre culpa *post pactum finitum* e outras espécies

Menezes Cordeiro relata que “num certo amorfismo acrítico, têm sido consideradas de culpa *post pactum finitum* todas as manifestações de juridicidade que se manifestem depois de extinta a obrigação”⁶⁵. Deve se ter por certo que nem todas as obrigações consideradas como pós-contratuais servem a caracterizar a culpa *post pactum finitum*. Mesmo porque, são incontáveis os tipos de obrigações que podem surgir em momentos posteriores ao término das relações contratuais. Cumpre, assim, distinguir a culpa *post pactum finitum* das demais hipóteses de responsabilidade que podem surgir após findo o contrato. Consoante pode se extrair dos exemplos lançados, conjugado com as bases e contornos dessa teoria, verifica-se que a culpa *post pactum finitum* se apresenta no momento em que há a violação de deveres anexos, após o término do negócio jurídico. Portanto, o ponto em que se esse importante instituto jurídico de outras figuras é a falta de previsão de tais deveres em cláusula contratual ou em qualquer legislação. São deveres oriundos da boa-fé objetiva, e, portanto, imprevisíveis por antecipação.

Essa característica também demonstra o principal problema para sua utilização. A dificuldade de sua caracterização reside no fato de que muitos deveres laterais pós-contratuais são previstos em legislação específica, como por exemplo a consumerista. Exemplo disso tem-se com o parágrafo único do artigo 32, do Código de Defesa do Consumidor⁶⁶.

⁶⁴ Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 118-121.

⁶⁵ Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 627.

⁶⁶ Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.

A fim de delinear a teoria da culpa *post pactum finitum*, Menezes Cordeiro⁶⁷ fez uma espécie de classificação de todas demais figuras que possam ser confundidas com ela. Veremos que, a despeito do nome dado a algumas delas, nem mesmo se trata de pós-eficácia, mas de eficácia contratual.

A primeira delas é a pós-eficácia aparente. Essa situação, de acordo com Menezes Cordeiro, é verificada quando o efeito posterior ao término do contrato está previsto em disposição legal ou em cláusula contratual. Exemplos de sua incidência são os artigos 10º, § 1º⁶⁸ e 32, todos do Código de Defesa do Consumidor. Rogério Ferraz Donnini⁶⁹ observa nestes casos que “se a própria norma jurídica impõe um certo efeito, não há que se falar em pós-eficácia, mas em eficácia, isto é, a lei prevê que uma dada obrigação tem de ser cumprida num momento posterior”. De fato, a violação de tais deveres configura o descumprimento a um dispositivo legal ou cláusula contratual.

A segunda figura citada por Menezes Cordeiro é a pós-eficácia virtual. De acordo com o autor, essa situação é verificada quando, após o cumprimento da prestação principal, surge dever relativo à prestação secundária. A título de exemplo, cita Rogério Ferraz Donnini um contrato de locação, no qual após o pagamento da última parcela, surge para o locatário o dever de restituir o bem para o proprietário⁷⁰. O dever, nesse caso, decorre do fato de ser complexa a relação obrigacional estabelecida pelo contrato, ou seja, é um dos deveres que constituem todo o complexo de obrigações e não uma eficácia posterior.

A terceira e última figura é a pós-eficácia continuada. Nesse caso não se verifica propriamente a existência de algum tipo de pós-eficácia, mas sim de cumprimento de um contrato continuado. O exemplo trazido é a compra e venda a prazo⁷¹.

Portanto, em nenhuma das situações acima descritas pode-se aplicar a teoria da culpa *post pactum finitum*, que foi denominada por Menezes Cordeiro como

⁶⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 627

⁶⁸ § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

⁶⁹ Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 129.

⁷⁰ Donnini, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130.

⁷¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 130

pós-eficácia em sentido estrito. Esta somente se dá quando o dever acessório não está previsto em dispositivo legal ou contratual e não representa obrigação acessória.

5.4 Responsabilidade civil pós-contratual e a terceira via

O último aspecto a ser abordado com relação ao tema em estudo é a espécie de responsabilidade civil advinda da culpa *post pactum finitum*.

Esse tema vem gerando grandes discussões até os dias atuais, vez que, sua aplicação prática depende de prova, que por sua vez incumbe àquele que sofreu o dano. Entretanto, alguns empecilhos como a prescrição afastam ainda mais sua aplicação. Discute-se, assim, se a responsabilidade pós-contratual seria contratual, pelo fato do dever violado ser anexo ao contrato ou extracontratual, em virtude da extinção do pacto.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana, resumidamente, é aquela prevista na regra geral de responsabilidade civil prevista nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil⁷². Através desses determinadores legais, aquele que causou prejuízos a outra pessoa, tem a obrigação de repará-lo.

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade, nesses casos, não decorre de pacto firmado entre as partes, mas sim da prática, por um dos envolvidos, de um ilícito civil, o que, por força do disposto na legislação civilista brasileira, permite o pleito de reparação, ou seja, gera um crédito a uma das partes. Esse crédito, por sua vez, pode ser pleiteado, ainda que juridicamente, pelo detentor desse direito.

Ocorre que, uma vez que esse vínculo existente entre as partes não foi gerado em virtude de um contrato, cabe ao credor comprovar os motivos pelo qual é detentor do crédito. Em outras palavras, ele deve comprovar a prática, por seu adverso, de um ato ilícito, que lhe causou um dano.

Por outro vértice, a responsabilidade contratual advém do descumprimento de uma obrigação constante de um contrato válido, ou seja, de um acordo de vontades celebrado entre as partes envolvidas. Os pressupostos para a

⁷² Art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

responsabilidade do transgressor são, portanto, o contrato válido e a violação de uma obrigação contratual.

Para fins de configuração da existência do dever de indenizar, nesses casos, faz-se imprescindível que o devedor tenha agido, ao menos, com culpa. Outro elemento que também deve ser comprovado é o prejuízo causado à parte lesada. Da mesma forma como ocorre nos casos anteriormente mencionados, também é imprescindível a demonstração de um nexo de causalidade entre o fato e o dano⁷³.

Todavia, pela existência de um vínculo anterior entre as partes, o mero descumprimento injustificado do contrato dá ao lesado o direito de pleitear em juízo a indenização pelos prejuízos comprovados, de forma que o ônus da prova da ausência de culpa por algum fator excludente da sua responsabilidade é transferido para o devedor. Portanto, a comprovação da responsabilidade civil contratual é bem mais simples do que a prova da responsabilidade aquiliana.

Diferenciam-se também, com relação ao prazo prescricional para se pleitear em juízo a responsabilidade civil, sendo que a extracontratual segue a regra do art. 206, §3º, V⁷⁴ do Código Civil, que estabelece o prazo de três anos. Por outro lado, a responsabilidade contratual segue os prazos contidos em dispositivos específicos de acordo com as hipóteses elencadas no código civil, como é o caso do prazo de cinco anos para se pleitear a cobrança de dívidas líquidas constante de instrumento público ou particular (art. 206, § 5º, I), e do prazo de três anos para se pleitear o recebimento de alugueres de prédios urbanísticos ou rústicos (art. 206, § 3º, I).

Cabe ressaltar, contudo, a existência de uma teoria desenvolvida por Claus-Wilhelm Canaris⁷⁵, onde se afirma que a responsabilidade civil oriunda da culpa *post pactum finitum* seria um *tertium genus*, por se tratar de uma espécie de regime misto, com características específicas. Este gênero é denominado de terceira via da responsabilidade civil.

Os fundamentos utilizados pela teoria acima mencionados são que essa terceira via estaria fundada em vínculos específicos, consistentes em deveres das partes no tráfego negocial, deveres esses superiores aos denominados deveres

⁷³ Na responsabilidade civil objetiva, como é o caso dos prejuízos causados ao consumidor, não se exige a prova da culpa.

⁷⁴ Art. 206. "Prescreve [...] § 3o Em três anos [...] V - a pretensão de reparação civil".

⁷⁵ CLAUS-WILHELM CANARIS, Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB APUD DONNINI p. 159.

genéricos, supedâneos na boa-fé, e não no dever geral de diligência⁷⁶. Assim, a responsabilidade não poderia ser contratual por derivar de um dever genérico de conduta e, por outro ângulo, por emanar dos deveres do tráfego negocial, ela ultrapassa a órbita da mera extra contratualidade.

Todavia esta teoria encontra dificuldades para ser inserida nas disposições atuais do ordenamento jurídico brasileiro, não acrescentando nenhum auxílio com relação à prova a ser elaborada nos pleitos desta natureza, bem como com relação aos prazos de prescrição estabelecidos pela lei. O intérprete terá sempre que amoldar o caso em uma das duas espécies legais de responsabilidade civil previstas no ordenamento jurídico a fim de constituir a prova e definir-se as regras processuais com relação ao seu ônus.

Portanto, o entendimento que se apresenta como mais consistente é que a responsabilidade civil advinda da culpa *post pactum finitum* é contratual. Ainda que os deveres anexos não estejam expressamente previstos e não estabelecerem prestações específicas, eles decorrem do contrato e terminam por constituir nada mais e nada menos do que o comportamento esperado pelas partes anteriormente, durante a vigência e após a extinção do acordo de vontades.

⁷⁶ Canaris apud Donnini, op. Cit. p. 160

6. DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO COM BASE NA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Após realizar o delineamento do tema, demonstrando os principais institutos que o norteiam, é de se mencionar que a resolução é o remédio jurídico posto à disposição do contratante para que busque a dissolução do vínculo contratual quando a outra parte prestação ou dever ao qual estava, por força do pacto, legalmente obrigada.

Portanto, a função básica da resolução é proteger o objetivo fundamental da negociação (justamente a troca de prestações), que fica afastada pelo descumprimento de uma delas. Afinal, se uma das partes não cumpre com a prestação a que se encontra obrigada, derruído resta o sinalagma contratual⁷⁷.

O principal fundamento para a resolução dos contratos, por certo, é a boa-fé objetiva, vez que, tendo o devedor realizado o descumprimento da obrigação que lhe foi imposta por força do pacto firmado entre as partes, violou também o dever de colaboração que lhe é estabelecido. Isso frustra o fim econômico-social do contrato, fazendo com que a resolução passe a funcionar como reação à inexecução da prestação.

Nessa seara, resta incontroverso que o primeiro pressuposto à resolução é o descumprimento de alguma das obrigações estabelecidas entre as partes. Mesmo porque, em caso de cumprimento total de tudo o que foi estabelecido, resta impossível se falar em resolução, vez que não se cria uma situação que geraria o desfazimento do vínculo. O que se tem é o contrato com seu objetivo atingido, extinto em razão da conclusão de seus termos.

Ocorre que o descumprimento pode ter várias facetas, mas nem todas elas são suficientes a ensejar a resolução do contrato.

O artigo 475⁷⁸, do Código Civil brasileiro, não é suficiente a esclarecer quais as hipóteses do inadimplemento que servem à resolução do contrato, o que leva esse trabalho tanto à doutrina quanto à jurisprudência, demonstrando que existe controvérsia nesse sentido. Luiz Eduardo Bussata⁷⁹ é categórico ao afirmar que parte da doutrina defende que somente o descumprimento definitivo, que é aquele

⁷⁷ Op. Cit. BUSSATA, Luiz Eduardo, p.94.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Op. Cit. BUSSATA, Luiz Eduardo, p.96.

que torna impossível o adimplemento da obrigação, autorizaria a busca pela resolução. A impossibilidade de cumprimento da obrigação viria, nesse caso, em decorrência da perda do interesse do credor.

O entendimento acima esposado se fundamenta na manutenção do vínculo contratual, bem como no direito do devedor em realizar a purga da mora enquanto a prestação for apta a satisfazer as necessidades e os interesses do credor.

Entretanto, esse pensamento acima transcrito não se enquadra ao ordenamento jurídico brasileiro. Na primeira parte ao artigo 475, do Código Civil, consta, de forma clara, que a parte lesada *pode* pedir a resolução. Entretanto, esse artigo consiste em atualização do texto do anterior 1.092⁸⁰, do Código Civil de 1916. Atualmente existe a expressão “*pode*” pedir a resolução do contrato, explicando-se que essa modalidade somente é cabível se não optar por exigir o cumprimento do pacto inaugural.

Portanto, o legislador do novo Código Civil optou por tratar essa questão de forma mais ampla do que a anteriormente dada no Código Civil de 1916, deixando clara a possibilidade de opção, pelo credor, entre a rescisão e o requerimento de adimplemento total da obrigação.

Não mais existe qualquer prioridade ou hierarquia entre as possibilidades abertas ao credor, que pode optar de acordo com sua conveniência. Ocorre que, ao lançar essa teoria para os padrões práticos, verificou-se que não existe a efetividade anteriormente presumida. Exemplo disso se tem com os contratos de compra e venda de imóveis, que prevê diversas atitudes⁸¹, pelo credor, antes de se passar

⁸⁰ Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Se, depois de concluído o contrato, sobreviver a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou de garantia bastante de satisfazê-la.

Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

⁸¹ Luiz Eduardo Bussata menciona o seguinte, em seu livro, já citado: “ O art. 15 do Decreto-Lei n. 745, de 7-8-1969, impõe a notificação preliminar para o devedor purgar a mora no prazo de 15 (quinze) dias em se tratando de compromissos de compra e venda de imóveis não loteados, desde que devidamente registrados. Em se tratando de imóveis loteados, a Lei n. 6.766, de 19-12-1979, em seu art. 32, impõe a realização de da notificação com prazo de 30 (trinta) dias para a purgação da mora. Essa imposição legal foi estendida também às promessas não registradas. E a inobservância da aludida notificação leva à carência da ação que visa à resolução do contrato, não se admitindo a hipótese lógica de purgar a mora no prazo da contestação.

para a resolução do contrato. Desta forma, verifica-se a atual necessidade de se estabelecer limites à regra inscrita no artigo 475, do Código Civil.

6.1 A resolução legal dos contratos

O contrato, tratado como instrumento jurídico disponibilizado para a circulação de bens e riquezas, permite que as necessidades de cada um dos envolvidos venha a ser satisfeita.

É exatamente em razão da busca pela satisfação dos interesses existentes quando da celebração de um pacto que se criou a possibilidade em se alternar entre a resolução e a exigência de cumprimento da obrigação. A resolução serve nesse caso, portanto, como hipótese de retorno ao *status quo anter*, facultada ao credor.

Aguiar Júnior⁸² afirma que a resolução dos contratos é classificada em decorrência de 03 (três) situações:

- quanto à fonte
 - legal, ou seja ocorrer em virtude de determinação legal;
 - convencional, ou seja, não decorre de determinação legal, mas sim em razão de cláusula resolutiva expressa, convencionalizada entre as partes – depende de uma cláusula resolutiva expressa;
- quanto ao procedimento
 - judicial;
 - extrajudicial;
- quanto à extensão
 - total, podendo abranger tudo o que foi pactuado entre as partes;
 - parcial, com abrangência parcial sobre o objeto do contrato.

⁸² Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*.

Nos termos do que já foi acima mencionado, a resolução é faculdade dada ao credor para retorno da situação ao *status quo anter*, em caso de inadimplemento. Entretanto, seu uso não deveria ser completamente aleatório, consoante se pressupõe da leitura isolada do artigo 475, do Código Civil brasileiro. Sob a análise da teoria da boa-fé objetiva, devidamente delineada nesse estudo, a utilização da resolução dos contratos somente deveria ocorrer em casos específicos, nos quais devem ser analisadas as circunstâncias relevantes que concorrem para a frustração ou manutenção do interesse do credor⁸³.

Em suma, tem-se que a resolução de um contrato somente poderia se operar nos casos em que o descumprimento é efetivamente lesivo aos interesses da parte não inadimplente⁸⁴. Mesmo porque esse descumprimento, a fim de permitir a resolução, deve acabar com o interesse funcional do contrato, ou, em outras palavras, retirar sua função econômico-social. E é exatamente nesse ponto que entra a teoria do adimplemento substancial como pressuposto essencial à resolução dos contratos.

O exercício do direito de resolução, de forma injustificável em razão da existência de ofensa mínima aos direitos do credor, o que não detém o condão de alterar o objeto inicialmente pactuado quando da celebração do contrato, ofende o princípio da boa-fé objetiva. Daí a necessidade de atenção do magistrado, árbitro oficial, quando da análise das controvérsias envolvendo esses casos.

Vale deixar claro que não se afasta aqui a responsabilidade do devedor nos casos de inadimplemento. O que se busca é uma análise atenta do peso desse inadimplemento para fins de viabilizar a resolução do contrato. A manutenção de um contrato com inadimplemento parcial pode importar em efeitos completamente diversos, quando da análise do caso em concreto.

Deve ainda ser destacado que, da mesma forma que a aplicação da boa-fé está prevista no ordenamento jurídico brasileiro através dos artigos 422, do Código Civil, acima transcrito, e artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor⁸⁵, cabe a

⁸³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação de Rescisão Contratual – doutrina da gravidade suficiente do inadimplemento – Faculdade discricionária do juiz. Parecer publicado na RF, Rio de Janeiro: Forense, v. 329, p. 174.

⁸⁴ Vale destacar que a análise dos pressupostos da resolução é um dos temas principais desse estudo, cujos aspectos serão analisados no capítulo subsequente

⁸⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

aplicação do adimplemento substancial para fins de análise acerca dos casos de resolução de todos os contratos. A teoria da boa-fé objetiva é o fundamento último da teoria do adimplemento substancial.

Portanto, o que se verifica da análise dos elementos acima trazidos é que a teoria do adimplemento substancial funciona como um efetivo limite ao direito resolutivo dos contratos. Através da utilização dessa teoria, impede-se que um descumprimento de menor importância - importância essa por óbvio analisada no contexto do contrato e dos elementos que levaram à sua formação - possa ser suficiente ao desfazimento do vínculo inicialmente entabulado entre as partes.

Se houver entendimento nesse sentido, resolve-se o contrato. Caso contrário, a solução é dada em razão do direito de indenização, previsto no artigo 475, do Código Civil.

Essa questão gera uma outra dúvida: é possível aplicar a teoria do adimplemento substancial aos casos em que existe cláusula resolutiva expressa ou contratual?

Consoante já mencionado anteriormente, a resolução legal é inerente aos contratos de caráter bilateral, ou seja, não depende de convenção entre as partes para que haja sua aplicação, nos casos de inadimplemento. Entretanto, as partes podem fazer pactos diversos, expressos, tratando hipóteses que podem ensejar a resolução.

Através dessas cláusulas, pode ser dada atenção diversa a determinada obrigação contratual, que em uma ótica isolada e sem menção específica, poderia ser tratada como acessória de menor importância.

Vale deixar claro que, caso se verifique a existência de um contrato com cláusulas específicas, não podem essas ser consideradas como exaustivas. Os casos tratados de forma específica não mais dependem de valoração do julgador para verificação acerca da adequação da resolução ou somente da indenização. Entretanto, ainda que uma questão não tenha sido especificamente tratada, pode ser analisada de acordo com a regra geral dos contratos, para fins de verificação de

(...)

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

(...)

sua importância frente ao contexto contratual, e a consequente viabilização de eventual resolução. É exatamente esse o comando passado pelo artigo 474, do Código Civil⁸⁶.

Entretanto, esse entendimento acima mencionado, nas palavras de Luiz Eduardo Bussatta, permitem uma exceção, de acordo com a regra insculpida no artigo 422, do Código Civil. Isso porque, uma vez que as partes são obrigadas a guardar, na contratação e na execução do contrato, a boa-fé objetiva, serve ela como norma de ordem pública inderrogável pela vontade das partes. Essa norma não pode ser contrariada ainda que por convenção expressa dos envolvidos em um contrato, sob pena de ser essa cláusula considerada como abusiva. Mas vale observar que essa questão atinge a nulidade de cláusula contratual em razão da abusividade, o que pode trazer desequilíbrio entre as partes, acabando assim com princípios basilares do contrato.

A liberdade de estabelecer o pacto comissório “não é ilimitada, pois não pode violar os critérios valorativos de gravidade fiados em normas imperativas, bem como está sujeita ao controle do princípio da boa-fé”⁸⁷.

Não se busca, de forma alguma, afetar princípios contratuais basilares como o da autonomia privada. Mesmo porque, é exatamente em razão do exercício desse direito que existem disciplinas como o Direito Contratual.

O que se busca esclarecer com a afirmativa acima traçada é que, nos casos e que os envolvidos convencionam cláusulas resolutivas expressas, vindo a ocorrer a situação nelas previstas, estará o contrato rescindido em uma primeira análise. Entretanto, deve se analisar se essa cláusula encontra-se em acordo com os princípios contratuais que os regem, e principalmente em consonância à boa-fé objetiva, a fim de dar-lhe a aplicabilidade devida.

A simples existência de uma cláusula, portanto, não resolve a questão de forma definitiva. Seus pressupostos de formação e celebração devem ser analisados, mesmo porque, se contrária ao direito, não podem seus ditames ser considerados.

Orlando Gomes⁸⁸ acrescenta essa questão, destacando que a cláusula resolutiva expressa não pode ser confundida com uma cláusula de estilo, que

⁸⁶ Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

⁸⁷ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: [s.n.], 1982

corresponde à simples cláusula inserida pelas partes na contratação, com menções vagas e imprecisas de que o descumprimento acarretará a resolução do contrato. Nesse tipo de cláusula, não há propriamente valoração contratual do inadimplemento, mas sim mera repetição, sem qualquer contribuição, à hipótese legal, de modo que nem mesmo se pode cogitar o afastamento da análise da gravidade do inadimplemento pelo Poder Judiciário.

Em outras palavras, o que se tem através da aplicação dessa norma é que, independente do que conste do pacto firmado entre as partes, acaso seja o Poder Judiciário chamado a se manifestar, pode declarar como nula cláusula que instituiu a resolução, determinando a manutenção do vínculo contratual.

Não se pode olvidar que os elementos que levaram as partes à celebração do pacto devem ser considerados para fins de qualquer análise. O desinteresse superveniente, de um dos contratantes, por motivos desvinculados ao pacto, não pode servir como escusa ao cumprimento das obrigações, salvo se houver previsão expressa nesse sentido, sem que essa cause desequilíbrio contratual.

Mesmo porque, a cláusula resolutiva serve a demonstrar que as partes reconhecem que eventual descumprimento dá causa à lesão de direito alheio, motivo pelo qual admite o rompimento do pacto. Caso essa cláusula tenha sido inserida em determinado contrato, ela serve, salvo entendimento diverso pelo Poder Judiciário, como forma de demonstração de que as partes determinaram em quais as hipóteses haverá interesse no desfazimento do vínculo.

Portanto, havendo verdadeira cláusula resolutiva, o que exclui aquelas chamadas por Orlando Gomes como cláusulas de estilo, somente em casos extremos, em que se observe que a resolução expressa é contrária aos ditames do princípio da boa-fé objetiva, será permitido ao magistrado a manutenção do contrato⁸⁹.

Interessante destacar que a desconsideração não decorre de vícios gerados em razão da formação do contrato. A partir desse entendimento, acrescenta-se um item tanto com relação ao que dispõe o Código Civil acerca da matéria, tanto ao que as partes debatem e lançam em sede de contrato, para fins de análise de suas cláusulas. Se há a ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, visando o

⁸⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁸⁹ Op. Cit. BUSSATA, Luiz Eduardo, p.103

restabelecimento do equilíbrio contratual inicialmente proposto, é perfeitamente lícita a anulação de determinadas cláusulas.

6.1.1. A aplicação da teoria do adimplemento substancial frente à exceção do contrato não cumprido

Claro que não poderia se deixar de analisar a aplicação da teoria do adimplemento substancial, frente à exceção do contrato não cumprido, uma vez que essa hipótese se enquadra perfeitamente no objeto do presente estudo.

A *exceptio non adimpleti contractus* é uma espécie de defesa dilatória através da qual um dos contratantes, em um contrato bilateral, defende-se sustentando que não cumpriu para com as obrigações que lhe incumbiam, vez que não verificou o adimplemento do pacto, também pela parte contrária.

De acordo com Fredie Didier Jr.⁹⁰, a exceção, em sentido material, relaciona-se com a pretensão, sendo um direito no qual o demandando se fundamenta para afastar a pretensão, neutralizando lhe a eficácia.

Essa teoria encontra-se amplamente inserida em nosso ordenamento jurídico, sendo tratada pelo Código Civil através dos artigos 476⁹¹ e 477⁹², servindo como forma de garantia dada ao contratante, que se escusa da obrigação de cumprir com suas obrigações contratuais diante da verificação do inadimplemento da parte contrária.

Não se pode olvidar da *exceptio non rite adimplenti contractus*, que trata a questão quando o inadimplemento por parte de um do contratado não atinge todo o objeto do contrato, mas apenas parte dele, ou ainda, quando á adimplemento defeituoso. Nessa hipótese, retomando novamente a Orlando Gomes, houve cumprimento, entretanto esse ocorreu em desacordo com os princípios da identidade e integralidade.

O que se observa é que tanto a *exceptio non adimplenti contractus*, quanto a *exceptio non rite adimplenti contractus* tem o mesmo fundamento de resolução, qual

⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. Teoria da exceção: a exceção das exceções. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 116, p. 54.

⁹¹ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

⁹² Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

seja, a interdependência das prestações, visando evitar que uma das partes venha a se beneficiar com o inadimplemento. Em outras palavras, visa evitar o enriquecimento sem causa, previsto nos artigos 884 a 886⁹³, do Código Civil. A diferença entre elas reside no fato de que uma não rompe o vínculo contratual, mas tão somente paralisa a exigibilidade das prestações, por uma das partes. É exatamente por este motivo que é chamada de dilatória⁹⁴.

Portanto, a teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada no caso em que há o cumprimento parcial das obrigações, entendendo-se como parcial nesse caso a incompleta ou a defeituosa, ou seja, *exceptio non rite adimplenti contractus*. Mesmo porque, em caso de descumprimento total, não há que se sopesar o tamanho da gravidade para fins de análise, mesmo porque ela abrange a totalidade do contrato.

Portanto, para fins de aplicação da teoria do adimplemento substancial, deve ser analisado o quanto do contrato foi cumprido. Se o inadimplemento detive importância de peso pequeno, ou insignificante, são se pode entender pela existência de motivos para rompimento do vínculo. Isso também serve como elemento impeditivo, à parte inadimplente, de alegar o leve descumprimento contratual para se esquivar do cumprimento do remanescente das obrigações que lhe são impostas.

Luiz Eduardo Bussata informa, ainda, que esse entendimento é o mesmo adotado pelo Direito italiano, “já que o art. 1.460⁹⁵, segunda parte, do Codice Civile não permite a utilização da defesa dilatória em questão quando é ela contrária à boa-fé”. Da análise desse dispositivo legal verifica-se que há, no ordenamento italiano a vedação à aplicação da exceção do contrato não cumprido a todas as

⁹³ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

⁹⁴ TURCO, Claudio. L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva. Torino: G. Giappicheli Editore, 1997, p. 186.

⁹⁵ *Nei contratti com prestazione corrispettiva, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempire la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre de adempire contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dele parti o risultano dalla natura del contratto. Tuttavia, non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario a buona fede.*

hipóteses em que, de acordo com as circunstâncias, possa tal defesa ser contrária ao dever de correção lealdade imposto aos contratantes. Em se tratando de descumprimento insignificante, é manifestamente contrário à boa-fé uma das partes valer-se da exceção para nada prestar.

O que se observa através do artigo 1.460 do Código Civil italiano, é que a aplicação da exceção do contrato não cumprido somente é justificável no momento em que incita na função econômico-social do contrato.

Atenção especial não pode ser dispensada com relação à imperiosa observância de um critério de proporcionalidade. Um adimplemento de escassa importância jamais pode servir de escusa ao descumprimento de suas obrigações, pela parte contrária.

6.2. A valoração da gravidade do inadimplemento

Até então se mencionou acerca da análise da gravidade do inadimplemento, para fins de verificação da aplicabilidade ou não da teoria do adimplemento substancial.

Uma coisa já se extrai de antemão. Não existe uma medida legal para tanto, sendo que, para fins de sua aplicação, não é possível se desvincular do caso em concreto.

A valoração da gravidade do inadimplemento depende, portanto, de observação do intérprete da questão, ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e todas as demais questões que ao caso se mostrar relevantes.

Novamente retomando ao Direito italiano, verifica-se que existe tratamento específico a essa questão, através do artigo 1.455⁹⁶, do *Codice Civile*. A tradução desse artigo demonstra que o legislador italiano se preocupou e afastar a possibilidade de resolução aleatória, diante da simples demonstração de inadimplemento parcial. Determina o artigo 1.455 do *Codice Civile* que um contrato não pode se resolver e o inadimplemento de uma das partes tem pequena importância com relação ao interesse de seus adversos.

Verifica-se, portanto que existem critérios, ainda que não positivados, para valorar o incumprimento. Bussatta elenca alguns, iniciando pelo subjetivo, que leva

⁹⁶ *Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.*

em consideração a vontade hipotética do contratante não adimplente. Através desse critério, realiza-se o efetivo interesse no objeto do contrato, por parte do interessado.

Bussatta alega ainda que o inadimplemento, baseado no critério subjetivo, é tido como suficientemente grave, e susceptível de gerar a dissolução do vínculo contratual, quando for possível concluir que a parte inadimplente não realizaria a contratação se soubesse, ou ao menos suspeitasse que tal inadimplemento poderia vir a ocorrer. Ocorre que esse tipo de análise é muito vago, além de abrir margem à discussão acerca da necessidade de um critério de valoração da vontade presumida, demonstrando a imprestabilidade desse critério.

O critério a ser utilizado deve considerar o elemento econômico do contrato, a globalidade da relação existente, bem como o desequilíbrio ocasionado pelo descumprimento, deixando de lado qualquer valoração subjetiva que o contratante possa fazer, do seu interesse.

Bussatta apresenta um critério objetivo, utilizado majoritariamente pela doutrina italiana, que dispõe que um primeiro juízo a ser realizado refere-se ao cotejo entre o dever ser e o ser. Deve se fazer uma comparação entre o que havia sido programado e aquilo que realmente foi realizado, transpondo-se o dever ser para o ser.

Observa-se que essa teoria realiza um verdadeiro juízo matemático, onde são analisadas as grandezas do objeto do contrato, e do que efetivamente foi cumprido.

Essa tese desconsidera o caráter subjetivo da obrigação, mas sua aplicação já foi verificada no Brasil, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça⁹⁷.

⁹⁷ ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora.

Recurso não conhecido.

(RECURSO ESPECIAL Nº 469.577 - SC (2002/0115629-5) - RELATOR : MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR – Publicado em 25-02-2003)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante.

O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse.

Recurso não conhecido.

Vale mencionar que essa visão serve como forma de exclusão do campo de aplicação da teoria acima mencionada de determinadas hipóteses que se afastam do objeto do contrato. Mesmo porque, em determinadas hipóteses, ainda que quantitativamente o inadimplemento seja mínimo, a parte cumprida não serve à satisfação do interesse do credor.

Mesmo porque, ainda que a prestação principal tenha sido devidamente cumprida, o inadimplemento com relação a um dever acessório pode fazer com que o credor não possa retirar do objeto do contrato a utilidade inicialmente pretendida. Mais ainda, o cumprimento tardio de parte do contrato pode gerar esse resultado.

É exatamente por esse motivo que se deve questionar acerca do interesse do credor no recebimento da prestação que, apesar de se aproximar da integralidade do objeto do contrato, não é total.

De acordo com o artigo 1.455 do *Codice Civile*, o interesse quanto à manutenção do contrato por parte do credor é exigência necessária à verificação acerca do atingimento de parte substancial da obrigação contraída quando da celebração do contrato. Mesmo porque não se pode se pensar na manutenção de um vínculo que não mais satisfaça aos interesses de uma partes, insatisfação essa gerada em razão do inadimplemento da parte contrária. Mas, de acordo com Eduardo Luiz Bussatta⁹⁸, o que deve se considerar não é a valoração subjetiva que o credor faz de seu próprio interesse. O que deve ser avaliado é a função socioeconômica do contrato, o que leva à discussão acerca da causa do contrato, muito debatida na doutrina italiana.

Orlando Gomes⁹⁹ esclarece que a questão da inclusão da causa dentre os elementos ou requisitos do negócio é bastante controvertida na doutrina pátria. O Código Civil de 2002, seguindo o que já fora anteriormente estabelecido pelo de 1916, não trouxe a causa como elemento categorial do negócio. Sequer consta como elemento de validade. Mas em diversos casos, somente através da sua análise pode se dar a correta solução a diversos tipos de negócios jurídicos. A causa

(RECURSO ESPECIAL Nº 272.739 - MINAS GERAIS (20000082405-4) - RELATOR:MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR – Publicado em 1-3-2003)

⁹⁸ Op. Cit., p. 112.

⁹⁹ Orlando Gomes, Contratos, cit. P. 54-56

final aparece como razão determinante do negócio jurídico, na medida em que ele se realiza tendo em vista determinado fim, que é sua causa¹⁰⁰.

Resta claro, portanto, que essa questão não se resolve de forma genérica. Sempre que a questão gerar algum tipo de controvérsia, deve se realizar a análise do caso em concreto, a fim de observar a opção mais justa às partes.

6.3. Hipóteses de aplicação da teoria do adimplemento substancial

O descumprimento contratual pode ser causado em razão da falta da prestação principal, por não ter ela sido adimplida com a quantidade devida, ou ainda, com a qualidade devida. É possível ainda que o descumprimento abranja, tão somente, uma prestação acessória, ou ainda, que essa prestação seja realizada fora do momento pactuado pelas partes para tanto.

É claro que a diversidade da lesão ao interesse do credor é o elemento principal a fim de se analisar a possibilidade de se aplicar ou não a teoria do adimplemento substancial àquele caso em concreto. Entretanto, de acordo com Luiz Eduardo Bussatta¹⁰¹, “é correto afirmar que tal teoria se aplica a toda e qualquer hipótese de inadimplemento, na medida em que leva em conta a gravidade do dever descumprido e não a natureza mesma desse dever”.

Um elemento que não pode ser esquecido é que a aplicação da teoria não diferencia as causas do inadimplemento, ou mesmo se ele é absoluto ou relativo. A diferenciação entre inadimplemento doloso e culposo somente tem alguma finalidade em discussões que englobam contratos continuados ou de trato sucessivo. Isso porque, acaso seja doloso o inadimplemento, pode o credor perder o interesse na manutenção do pacto, vez que surge o receio de que o devedor volte a descumpri-lo. Nos demais contratos, a discussão acerca de culpa ou dolo realmente não detém nenhuma relevância, para fins de verificação de aplicação ou não da teoria do adimplemento substancial, servindo somente para fins indenizatórios.

Da mesma forma, não é relevante se o inadimplemento parcial é absoluto ou relativo, vez que, acaso o remanescente se torne física ou juridicamente impossível de ser atingida, ou ainda que não mais interesse ao credor, sendo o

¹⁰⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 430.

¹⁰¹ Op. Cit. P. 117

descumprimento considerado como de escassa importância, deve o contrato ser mantido. Por outro lado, sendo o inadimplemento relativo, mas considerado grave, pode o contrato ser resolvido.

6.4. Considerações sobre a resolução dos contratos e a teoria do adimplemento substancial

De tudo o que foi acima exposto, observou-se que a relação jurídica obrigacional traz em seu conteúdo uma série de deveres, ônus e obrigações não somente ao devedor, mas a todos os envolvidos naquele pacto. Todos esses elementos são direcionados ao correto cumprimento das obrigações, visando, exclusivamente, a satisfação dos interesses impostos quando do início das tratativas que resultaram naquele contrato. Portanto, todos os elementos estipulados entre as partes são atingidos, de forma exclusiva, pelo adimplemento.

O adimplemento, portanto, deve ser visto como a satisfação dos interesses externados quando da celebração do pacto, com a realização do modelo daquele modelo de conduta previsto entre os envolvidos. O cumprimento desse modelo se realiza em observância aos ditames do princípio da boa-fé objetiva, que impõe ao envolvidos em um contrato uma relação de cooperação, baseada na lisura e correção, o que acaba por criar deveres acessórios de conduta, que são, por sua vez, necessários ao bom fim das obrigações, evitando que a inobservância de formalismos inúteis possa ser considerada como inadimplemento.

Vale mencionar que esses deveres acessórios de conduta são a base da teoria da relação obrigacional complexa, onde se entende que o contrato gera direitos e obrigações a todos os envolvidos. Essa teoria afasta aquela anteriormente predominante de relação obrigacional linear, onde se entendia que o contrato gerava obrigações exclusivamente ao devedor, vinculando-o ao credor.

Não pode ser olvidado que o adimplemento também detém, como princípios informativos, a correspondência, a integralidade e a pontualidade, o que determina que o cumprimento das obrigações fixadas entre as partes somente ocorre com a realização da prestação, pelo devedor, exatamente da forma prevista. A prestação principal, incluindo seus deveres acessórios e laterais deve ocorrer no prazo, forma e local estabelecidos.

Ao devedor cabe a transformação do dever ser, demonstrado no momento da celebração do contrato, em ser, o que ocorre com o adimplemento total das prestações fixadas.

Em contrapartida, tem-se o inadimplemento, que corresponde sinteticamente à não realização de determinada conduta contratual, ou à não observância dos princípios informativos do adimplemento. Pode atingir tanto a obrigação principal quanto as acessórias e laterais.

Luiz Eduardo Bussatta lembra que não se pode perder de vista que o inadimplemento deve ser descrito normativamente, ou seja, somente ocorrerá quando da prestação não for realizada enquanto devida.

A legislação civilista pátria não se ocupou de definir o inadimplemento, tendo se restringido a tratar seus efeitos, dividindo-os em dois grande grupos, quais sejam, o inadimplemento absoluto e a mora. E foi exatamente por essa questão que, sob o mando do princípio da boa-fé objetiva, se viabilizou o sustento da aplicação da teoria do adimplemento substancial.

A boa-fé, consoante já mencionado, dispõe de duas importantes funções: revelar o efetivo conteúdo de uma relação obrigacional, e determinar o limite para o exercício de direitos subjetivos, sendo essa última também chamada de função defensiva.

É exatamente em razão dessa função defensiva que se fundamenta a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, como efetivo limite ao direito à resolução dos contratos, de forma que este somente ganha fundamento se o inadimplemento for grave o suficiente para excluir o interesse na contratação.

Salienta-se, novamente, que a aplicação literal da legislação brasileira permite, em caso de inadimplemento, que a parte lesada opte pela resolução, situação que dá azo a inúmeras questões, inclusive de enriquecimento sem causa. Exatamente em razão dessas questões é que se encontra permissão legal para utilização da restrição aposta pela teoria do adimplemento substancial, aos casos em concreto. Essa questão será devidamente abordada no próximo capítulo.

O que se deve ter em mente é que todos os envolvidos em um contrato tinham algum interesse no momento de sua celebração. Esse interesse poderia ser satisfeito pela parte contrária, mediante algum tipo de contraprestação. Por esse motivo, celebrou-se um pacto entre eles, regulamentando toda essa situação.

A regulamentação acima mencionada se faz necessária exatamente em razão de existir a possibilidade de alteração no interesse de uma, ou de todas as partes envolvidas no pacto, durante sua execução. Ocorre que a execução de determinado contrato gerou esforços de seus envolvidos. Portanto, é imprescindível a existência de algum instrumento com força coercitiva, ou seja, algo que obrigue às partes para que tempo, esforços e recursos não sejam perdidos, diante da alteração do interesse de um dos envolvidos.

7. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Acima explorou-se a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial, teoria desenvolvida a partir da boa-fé objetiva, com a finalidade de se preservar os princípios basilares dos contratos, tendo sempre se esclarecido que, independente de se entender, no caso em concreto, pela possibilidade ou não de se manter o pacto, existe a possibilidade de indenização da parte lesada.

E nem poderia ser diferente, uma vez que existe previsão expressa na legislação brasileira, no sentido que, aquele que causa dano a outrem, tem a obrigação de repará-lo.

O que se deve ter em mente, é que a própria legislação deve impor freios à utilização irrestrita e inconsequente de diversos institutos legais que são colocados à disposição dos operadores do direito, com objetivo único de manter a isonomia das partes, em um processo.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial prevê a realização uma efetiva análise no subjetivo dos envolvidos, quando da celebração do contrato, para fins de análise acerca da extensão do inadimplemento em relação à obrigação contratada. Ou seja, analisa-se a real intenção das partes no momento da contratação para verificar a extensão da gravidade gerada pelo inadimplemento, viabilizando ou não a resolução, consoante previsto no artigo 475, do Código Civil.

A análise do subjetivo do agente, no momento da contratação é, sem sombra de dúvidas, a forma mais justa de verificar qual a extensão do dano causado. Mesmo porque, essa é a única forma de se afastar a utilização de má-fé desses institutos jurídicos, garantindo a isonomia das partes em um processo.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com a previsão de inversão do ônus da prova, em caso de comprovada hipossuficiência. A inversão do ônus da prova é outro instituto jurídico que depende de um regramento, não positivado no artigo que a instituiu, para restabelecer o equilíbrio processual. Essa disposição veio positivada no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor¹⁰².

¹⁰² Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)

Pela leitura do artigo acima transcrito, verifica-se de forma clara que o legislador inseriu a possibilidade de se realizar a inversão do ônus da prova, desde que preenchido alguns requisitos, quais sejam, deve haver verossimilhança nas alegações, ou quando for a parte interessada considerada hipossuficiente.

Essa questão da hipossuficiência gera o primeiro dos problemas que devem ser analisados. Isso porque “hipossuficiência” é um termo que significa a situação em que um consumidor pode se encontrar, impossibilitado de produzir determinada prova. Significa a relação de disparidade no processo que existe entre ele e o fornecedor ou prestador de serviços.

Essa cláusula foi inserida no ordenamento jurídico pátrio vez que, conforme já mencionado, não raro um consumidor deixava de pleitear seus direitos por não ter documentos comprobatórios acerca da veracidade dos fatos por ele alegados. Não raro também essa documentação não estava em seu poder por não lhe ter sido entregue, ou por representar dados do sistema interno de gerenciamento de atividades, utilizado pelo fornecedor/prestador de serviços. Portanto, era clara a situação de inferioridade do consumidor quando em questionamento de seus direitos.

A finalidade desse instituto jurídico foi, então, equilibrar a balança processual, permitindo que o consumidor realize o questionamento de seus direitos de uma forma equilibrada com o fornecedor dos serviços.

O que se busca chamar a atenção, através desse raciocínio, é que o simples fato de ser o sujeito considerado como consumidor em determinada relação jurídica não o coloca, de forma automática, em situação de inferioridade perante o prestador dos serviços. Mesmo porque, com a evolução do direito e das relações de consumo, não é raro o prestador de serviços fornecer, de forma instantânea, todos os elementos necessários a eventual solução de uma lide. De se lembrar ainda que todos esses elementos geralmente são entregues no momento da contratação, de forma espontânea.

Destarte, tendo em vista que o próprio fornecedor, através de suas políticas de relacionamento com clientes, afastou essa situação de desequilíbrio processual, caso haja eventual litígio, não há que se falar em hipossuficiência.

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

O segundo dos problemas é que, pela simples leitura do inciso VIII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, tem-se como certo que a inversão do ônus da prova não pode ser aplicada com relação a toda a questão fática que envolve aquela demanda, pelo simples fato de ser ela regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

O juiz deve, portanto, realizar a análise acerca da efetiva impossibilidade de se produzir determinada prova, em razão da hipossuficiência, para aplicar a inversão do ônus da prova com relação àquela questão específica. Neste ponto é importante também cuidar da necessidade do juiz em realizar a análise da verossimilhança dos fatos alegados pela parte autora, sob pena de se impor condenação indevida.

Tem-se, portanto, que a inversão do ônus da prova não pode atingir todo o cotejo probatório dos autos, mas tão somente àquelas provas que não podem ser produzidas pelo consumidor, diante de sua situação de hipossuficiência. Esses requisitos servem a manter a isonomia das partes no processo, respeitando-se assim a todos os requisitos constitucionalmente previstos.

Esses requisitos devem ainda receber atenção especial, vez que seu esquecimento coloca o Estado como verdadeiro tutor do consumidor, que acaba sendo tratado como incapaz. Se o agente dispõe de capacidade jurídica para contratar sem qualquer tipo de assistência, significa que também deve responder pelos ônus decorrentes dessa contratação. Caso contrário, há afronta frontal ao princípio da autonomia privada, ou ainda, exclusão da capacidade de discernimento do consumidor diante do caso em concreto.

A autonomia privada é tema que recebe grande atenção nos dias atuais, vez que vem, cada vez mais, sendo suprimida no ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se grande interesse do legislativo em positivar o máximo de condutas possíveis, com a regulamentação quase que total das condutas praticadas pelos membros dessa sociedade.

Ocorre que diversas das leis que vem sendo criadas ultrapassam a esfera de regulamentação do Estado, e passam a interferir na própria capacidade de discernimento do cidadão, acabando assim com a liberdade prevista pelo princípio da autonomia privada.

Não raro se depara com uma situação em que o Estado, através do Poder Legislativo, agiu para regular determinada conduta que criou uma nova regra para o cidadão, sendo que essa regra serve, tão somente, a regular questões existentes no

âmbito do sujeito, ultrapassando, de forma clara, os limites regulatórios do Estado. Caso típico é o projeto da Lei da Palmada, que proíbe aos pais qualquer tipo de punição física com seus filhos.

As punições por excessos físicos já ocorrem através do Código Penal, não sendo necessária a edição de uma nova norma para enrijecer a questão, mas tão somente a realização de fiscalização, e de efetiva punição se for o caso, ao delinquente.

Outra prova disso é a 'Lei Seca', que vedou a permissão para dirigir após o consumo de qualquer quantidade de álcool. Inicialmente já se tinha punição prevista para dirigir sob o efeito de álcool. Entretanto, a lei agora se faz mais efetiva não por não permitir qualquer consumo, mas pelo fato de estar havendo maior fiscalização.

Todo esse discurso se faz necessário vez que, acaso a inversão do ônus da prova seja aplicada em inobservância a seus requisitos legais, ela se torna mais um elemento de mera intervenção do estado na autonomia privada, vez que passa a tratar o consumidor como incapaz, deixando de lado quais eram seus reais interesses quando da celebração do pacto. E é exatamente com isso que não se pode concordar.

Isso gera ainda um precedente muito perigoso: acaso esse instituto jurídico aplicado de forma incorreta, pode gerar o dever de indenizar de forma absolutamente despropositada, ou em outras palavras, dar azo a enriquecimento sem causa do consumidor.

Isso gera a situação anteriormente mencionada, de desvirtuo do real interesse quando da propositura de uma demanda, vez que dá margem ao interessado em pleitear direito decorrente de descumprimento contratual, não visando solucioná-lo, mas sim em receber eventual indenização que lhe pode ser atribuída.

Essa discussão ganhou muito calor na última década, vez que a indústria do dano moral vem ganhando adeptos a cada dia, sempre interessados na fácil indenização.

Claro que isso não ocorre sem um motivo, e que é culpa de todos os envolvidos em um processo. Por exemplo, o advogado concorre com o crescimento dessa indústria, ao instigar seu cliente a pleitear indenização que sabe, diante dos princípios o instituto jurídico, não ser devida. O juiz também concorre com isso, vez que, em inúmeros casos se verifica a concessão de indenizações radicalmente

despropositadas. O legislador também não pode ser isentado de uma parcela de responsabilidade, vez que foi o responsável pela edição da lei 9.099/95, criadora dos Juizados Especiais, órgãos que se utiliza de um procedimento mais célere através da redução dos recursos postos à disposição das partes, sem a possibilidade de produzir todas as provas permitidas pelo direito.

Todos esses fatos acima lançados servem ao desenvolvimento de uma cultura em toda a sociedade, qual seja, a cultura do dano moral. Tudo passa a ser susceptível de gerar a indenização por danos morais.

Vale lembrar que o instituto do dano moral, nas palavras de Caio Mário da Silva¹⁰³, detém caráter dúplice, devendo servir tanto como forma de punição do agente quanto como compensação à vítima. Desse modo, a vítima de lesões a direitos de natureza não patrimonial deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva.

Nesse ponto vale lembrar os ensinamentos trazidos por Wilson Melo da Silva¹⁰⁴:

É preponderante, na reparação dos danos morais, o papel do juiz. A ele, a seu prudente arbítrio, compete medir as circunstâncias, ponderar os elementos probatórios, “inclinarse sobre as almas e perscrutar as coincidências” em busca da verdade, separando sempre o joio do trigo, o lícito do ilícito, o moral do imoral, as aspirações justas das miragens do lucro, preferidas por Dernburg. E após tudo, decidindo com prudência, deverá, depois, determinar, em favor do ofendido, se for o caso, uma moderada indenização por danos morais. A justiça humana é contingente como a própria humanidade. Não pode, pois, o homem, por isso mesmo, dar de si mais do que lhe permita a natureza. O conteúdo jamais ultrapassa, logicamente, o continente, e tudo do que o homem proviesse traria consigo a indistigível marca de sua origem.

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil*, Forense, 1989, p. 67

¹⁰⁴ SILVA, Wilson Melo. *O dano moral e sua reparação*. Forense, 2. ed. 1969, p. 485.

Esse discurso se amolda no inicialmente estudado, qual seja, a teoria do adimplemento substancial, em razão do teor do artigo 475, do Código Civil Brasileiro, que abre margem à indenização para os casos de inadimplemento.

Não se refuta, nesse estudo, a concessão de indenizações diante de inadimplemento de contrato. Mesmo porque essas questões estão devidamente tratadas no ordenamento jurídico brasileiro, através dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. O que se visa questionar é a facilidade de concessão das indenizações de caráter extrapatrimonial, diante dos institutos jurídicos, como a inversão do ônus da prova, por exemplo, o que acaba por alterar o objetivo inicial do ofendido, quando do início da solução dos problemas. Mais ainda, em que a aplicação irrestrita e desregrada desses institutos ofende o princípio da autonomia da vontade.

7.1. Breves considerações acerca do princípio da autonomia privada

A vontade é considerada como o elemento basilar dos princípios da liberdade e da igualdade, já muito mencionado nos capítulos anteriores. Portanto, o presente estudo não ficaria completo acaso não se analisasse a ideia de vontade livre e igual, categoria operacional decisiva na arquitetura do direito.

O direito se desenvolveu com base em um acordo de vontades, ou seja, decorre tipicamente de contratos, os quais foram se tornando cada vez mais complexos, se adequando às necessidades daquela sociedade em que se encontra inserido.

Ao se falar em vontade, entende-se pela ausência total de coação. Essa questão, aliado ao fato de que todos são livres para contratar, demonstra a necessidade do estudo da autonomia da vontade, para fins de análise de qual a finalidade pretendida pelas partes, quando da celebração de um pacto, permitindo ou não a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Claro que o princípio da liberdade para contratar não é absoluto, sendo ele limitado exatamente pelo exercício da autonomia dos outros. Ou seja, as relações contratuais fundadas na autonomia da vontade acabam por envolver uma correlação de forças, o que permite a uma das partes a imposição de seu poder.

É exatamente nesse ponto que reside a discussão acerca dos limites da autonomia privada, vez que a vontade de uma das partes acaba sendo, de forma

automática, limitada em razão do exercício da vontade dos demais envolvidos naquele mesmo pacto.

Esse poder, limitador do princípio da autonomia da vontade, é o que fundamenta a organização do Estado, como órgão superior que impõe condutas a fim de organizar a vida em sociedade.

Entretanto, a análise ora posta em debate analisa contratos em que se põe em jogo a liberdade como faculdade, o que envolve o querer e o poder, que não serve a anular a liberdade de determinado indivíduo em face na natureza e da organização social. É neste ponto que se estuda autonomia privada.

O contrato é um dos meios de realização econômica da pessoa na vida social e tem "seu fundamento mais profundo no princípio de autonomia privada"¹⁰⁵.

Desta forma, respeitados os limites legais impostos à autonomia privada, tem-se que o conteúdo dos contratos representa, exatamente, a vontade das partes. Através dele serão estipuladas todas as regras e condutas que estreitam os limites legais impostos, gerando direitos e obrigações a ambas as partes.

Também não pode ser olvidado que o ordenamento jurídico regente não serve, tão somente, a criar restrições às liberdades individuais, especificamente em se tratando de matéria contratual. De acordo com o que foi anteriormente mencionado, através do reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva formam parte do contrato diversos deveres anexos, que como salientara Clovis de Couto e Silva¹⁰⁶ "*consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda de cooperação, de assistência*".

Outra hipótese de incidência de normas que auxiliam a manutenção de um contrato é a possibilidade de se reequilibrar as partes, em casos específicos. Portanto, por uma parte, estabelecem-se normas para garantir uma correta formação do contrato, enquanto por outra parte se sanciona a incorporação ao contrato de cláusulas abusivas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a autonomia privada ganhou especial importância frente ao direito das obrigações após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Particularmente, a partir de 1990, com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, teve início uma nova fase do direito de contratos que ainda,

¹⁰⁵ Díez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, cit., p. 126.

¹⁰⁶ Couto e Silva, A obrigação como processo, cit., p. 113.

embora os notáveis esforços da doutrina e da jurisprudência, não conseguiu consolidar-se completamente.

O princípio da defesa do consumidor e as normas decorrentes dele, se justificaram no ordenamento jurídico brasileiro como um conjunto de cautelas arbitradas pelo Poder Legislativo, frente às deficiências observadas pelo funcionamento real dos princípios gerais de autonomia da vontade e de liberdade contratual em determinadas relações contratuais de massa. Foi exatamente nesses casos em que se verificou a existência de desproteção ou de hipossuficiência de uma das partes do contrato.

Portanto, houve a necessidade de intervenção do Poder Público, para fins de editar e instituir condutas visando assegurar a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, e de conseguir que nos contratos de consumo fique assegurado ou justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

O Código Civil de 2002, em específico no parágrafo único do artigo 2.035¹⁰⁷ e nos artigos 421 e 422¹⁰⁸, regulamenta a liberdade de contratar. Apesar de não haver nenhum tipo de disposição expressa acerca da força obrigatória do contrato, consagra claramente o princípio da liberdade contratual. Paralelamente, concretiza os limites desse princípio geral, em particular, os preceitos de ordem pública "estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos", isto é, as leis e normas imperativas.

Merece destaque, ainda, que essa mesma legislação coloca a função social do contrato como fundamento da liberdade de contratar. Por fim estabelece, como instrumentos de integração do conteúdo contratual, atribuindo ao instrumento um conteúdo objetivamente necessário e superior à vontade das partes, os princípios de

¹⁰⁷ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.
Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁰⁸ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.
Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

probidade e de boa-fé (objetiva)¹⁰⁹, seguindo o caminho que para as relações de consumo já havia estabelecido o Código de Defesa do Consumidor¹¹⁰.

Em suma, quando de sua edição, o Código Civil de 2002 fixou as bases de uma importante transformação no regime jurídico do contrato, trazendo a função social do contrato e os princípios de probidade e de boa-fé, visando a criação de relações contratuais mais equânimes e justas.

Ocorre que, quando da criação do Pacto Social, o Estado invocou a exclusividade da solução dos conflitos, o que atualmente é feito através do Poder Judiciário. Esse invoco se fez necessário, vez que era a única forma de superar dos localismos jurídicos da cultura medieval, do Direito local, dos privilégios, fazendo com que o Direito servisse a todos os cidadãos, exatamente da mesma forma.

7.2. Do risco de desvirtuo da autonomia privada

No momento em que se se admitiu a aplicação de um direito unânime a todos os cidadãos, bem como aquele em que se admitiu a utilização de normas extracontratuais para fins de manutenção dos princípios contratuais, gerou-se um novo problema: o desvirtuo da relação inicialmente prevista para aquela susceptível de indenização.

Consoante acima já mencionado, com a finalidade de manter o equilíbrio processual dos envolvidos no processo, editou o Estado diversas normas, exemplo da inversão do ônus da prova. Entretanto, a aplicação desses preceitos deve ser realizada com extrema cautela, sob pena de se tornar mecanismo de enriquecimento sem causa.

Explica-se. No momento da celebração de um contrato, todos os contraentes tem um objetivo, o qual pode ser atingido através do dever de cooperação

¹⁰⁹ O art. 4º, III CDC inclui, entre os princípios inspiradores das relações de consumo, a "harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores"; o art. 51º, IV, CDC considera nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

¹¹⁰ Como põe de manifesto Sylvio Capanema de Souza, «O Código Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro», Revista da EMERJ, 26, 2004, p. 49, «Coube à doutrina pátria, e, principalmente, à corajosa atuação dos juizes, adotá-la, temperando, em nome da equidade, o insuportável desequilíbrio do contrato, verificando um fato superveniente e imprevisível, que rompesse, de maneira manifesta, a sua equação econômica»

estipulado entre as partes. No ato da celebração do pacto há a livre manifestação de vontade das partes, direcionada a determinado fim.

Ocorre que, acaso os mecanismos de reequilíbrio processual passem a ser aplicados de forma irrestrita e irresponsável, ou seja, sem a detida análise do caso em concreto, eles acabam por se tornar mecanismos que favorecem o enriquecimento sem causa, imposto pelo próprio Poder Judiciário.

Exemplo claro disso vem com a aplicação irrestrita e incondicional do instituto da inversão do ônus da prova, pelo simples fato de se tratar o feito de relação de cunho consumerista. Nesse momento passará o prestador/fornecedor de serviços a ser responsável pela negativa irrestrita e absoluta de todos os fatos alegados pela parte adversa, quando da propositura da ação. Pior ainda, o ônus da prova passa a lhe incumbir, ainda que seja impossível realizar a demonstração contrária.

Dessa forma, praticamente todas as ações consumeristas em que há a alegação de descumprimento de contrato serão susceptíveis de gerar condenação à reparação dos danos de caráter patrimonial – e em diversos casos, até mesmo extrapatrimonial.

Esse fato serve como elemento impulsionador da tão falada indústria do dano, que decorre, de forma exclusiva, de condenações fáceis impostas pelo Poder Judiciário.

O que se deve ter em mente é que, ao impor mecanismos de reequilíbrio da balança processual, buscou o legislador, tão somente, possibilitar o acesso à universal à justiça, mediante igualdade entre as partes.

Mesmo porque, acaso não sejam todos esses institutos aplicados exatamente da forma como previsto para tanto, há a descaracterização da existência de autonomia privada em face da parte hipossuficiente do processo, que passa a ser considerada como verdadeira tutelada pelo Estado.

É exatamente contra isso que se deve ir. No momento da celebração dos contratos, há a declaração implícita de capacidade, bem como de entendimento de todas as suas cláusulas. Essa declaração não pode ser suprimida em momento posterior, com a finalidade indenizatória. Mesmo porque isso vai contra diversos princípios processuais e legais, fazendo com que a sentença de procedência eventualmente proferida afronte, de forma direta, a legislação pátria. E é claro que, por se tratar de decisão judicial, com o trânsito em julgado passa a ser exigível.

8 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi acima exposto, outra conclusão não pode ser extraída, senão de que o ordenamento jurídico pátrio dispõe de mecanismos efetivamente eficientes, para fins de garantir a todos o direito de realizar a defesa de seus interesses. Nesse ponto cabe comentar que, a despeito de ainda existir discussão tanto doutrinária quanto jurisprudencial acerca do momento adequado para aplicação desse instituto jurídico, entende-se que, com base nos princípios da boa-fé, deve ele ser aplicado em sede de sentença. Isso porque tanto autor quanto réu tem interesse no deslinde da questão, um almejado a procedência enquanto outro a improcedência. E visando a obtenção desses resultados cabe a cada uma das partes realizar todos os esforços cabíveis, a fim de que possa o magistrado, através da análise dos autos, obter a verdade real, dando assim a sentença mais justa. Cabe salientar que, em qualquer dos casos, quando há indício ou alegação de descumprimento de um contrato, seja este total ou parcial, deve o aplicador da lei se atentar às particularidades daquele caso, para fins de imposição de eventual condenação. Vale aqui transcrever trecho da obra de Wilson de Melo da Silva¹¹¹:

Não existe, ainda, a balança exata, cientificamente certa, na qual se pudesse pesar os imponderáveis da justiça e com a ajuda da qual o cuique tribuere pudesse se materializar sem a interferência do árbitro judicial.

Na aplicação da lei há sempre algo arbitrário, alguém já o disse.

E nada mais certo.

Em face do mesmo texto legal, nem todos os juízes se comportam da mesma maneira. Fatores vários e de ordens diversas sempre influíram na exegese legal. Simples circunstâncias ocasionais, complexos vários, melhor ou pior formação moral ou cultural do aplicador da lei, temperamento mais ou menos apático, maior ou menor grau de emotividade, tudo isso somado, ao final, acabaria por bem explicar essa diversidade de atitude e de julgamento em face dos mesmíssimos textos de lei.

Cada caso é um caso, e guarda tanto semelhanças quanto divergências com outros, de modo que não é possível se realizar um tipo de análise “massiva” dos

¹¹¹ SILVA, Wilson Melo. *O dano moral e sua reparação*. Forense, 2. ed. 1969, p. 486.

casos. Não existe conduta padrão, mas tão somente padrão de conduta a ser seguido pelos aplicadores da lei. Por aplicadores da lei, nesse caso, deve se entender não somente os advogados, mas principalmente os juízes. A criação do Código de Defesa do Consumidor, somado ao procedimento mais célere e informal previsto pelos Juizados Especiais vai de encontro à evolução do Direito nas sociedades atuais.

Os Juizados Especiais foram criados com a finalidade de desafogar as varas cíveis, facilitando também o acesso à justiça, diante da ausência de necessidade de advogado para postular em causas com valor inferior a 20 (vinte) salários mínimos. Ocorre que atualmente os Juizados Especiais sofrem do mesmo problema anteriormente vivido pelas varas cíveis, qual seja, excesso de processo. Em momento algum se busca atribuir culpa pelo crescimento da indústria do dano moral à competência dos magistrados, mas sim ao excesso de trabalho, somado à necessidade dar vazão às sentenças. Por certo somente lhe resta a criação de decisões similares a casos similares, como uma forma de produção em série. A quantidade de demandas é, e sempre será crescente, sendo necessário grande esforço do Estado para que os magistrados possam trabalhar com uma carga processual suportável, única possibilidade de se dar aos processos a individualização merecida. Enquanto isso, a situação que pode ser verificada é de aplicação de diversos dispositivos de manutenção do equilíbrio contratual e processual de forma vaga, com base em pilares não sólidos, vez que inadequados ao caso em concreto, o que gera uma situação de grande insegurança jurídica a todos os envolvidos. Exemplo disso pode ser claramente verificado através da aplicação quase que incondicional do instituto da inversão do ônus da prova, pelo simples fato de se tratar a celeuma de relação de consumo.

Num primeiro momento, observa-se tão somente uma situação de imposição de condenações infundadas, mediante alegações nem sempre idôneas, de pessoas interessadas, de forma exclusiva, em auferir lucros através do processo. Entretanto, isso vem causando uma situação de alteração da própria cultura da sociedade, criando pessoas que optam por omitir dados relativos à realidade, com a finalidade única e exclusiva de auferir lucros em processo judicial, diante da impossibilidade de realizar a comprovação da realidade dos fatos, pelo fornecedor de serviços. Tem-se, portanto, que diante da ausência de boa-fé por todos os integrantes de uma sociedade, mecanismos jurídicos vem sendo aplicados com a finalidade de auferir

renda fácil. Essa situação gera ainda um outro problema ainda mais sério, voltado à forma como os cidadãos passam a ver os contratos, as leis, e o próprio sistema jurídico do país. Uma vez que se tem o Estado não como árbitro neutro na solução das controvérsias, mas sim como verdadeiro tutor, pode o cidadão firmar contratos, vez que, acaso esses deixem de ser interessantes, poderão ser desconsiderados no futuro, através da via judicial. É exatamente esse o ponto em que se questiona se, diante das facilidades oferecidas pelo Estado, ainda detém os cidadãos interesse em manter a autonomia privada. Claro que, ao ser realizar a análise de um fato diante de uma sociedade, não pode ele ser generalizado. Aliás, sequer pode ser mensurado. Existem pessoas com pensamentos de todos os tipos, e felizmente aqueles que não vivem imbuídos de boa-fé não são a maioria. Mas essa minoria que se utiliza desses instrumentos com finalidades diversas daquela inicialmente prevista demonstram a necessidade de atenção a todas essas questões. Não existe possibilidade jurídica de se regulamentar todas as condutas praticáveis pelos cidadãos. E, como anteriormente já realizado, quando tenta o Estado realizar regulamentações absurdas, acaba interferindo na própria esfera de raciocínio do próprio ser humano, destruindo a autonomia da vontade. Cada povo tem o ordenamento jurídico que representa a evolução de seu povo. Uns devem ser mais minuciosos, enquanto outros, mais abertos. Fato é que todos eles dependem de uma análise criteriosa do caso em concreto para fins de solução de eventuais controvérsias.

Portanto, é objetivo do presente trabalho tão somente salientar a necessidade, até mesmo social, da realização de análise minuciosa das celeumas, para que elas recebam a solução mais adequada possível.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Referências bibliográficas. NBR 6023. Rio de Janeiro, 2002.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo. n. 14, abr.-jun. 1995.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução). Aide: Rio de Janeiro, 1991.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Direito Civil: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUSSATA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e a teoria do adimplemento substancial. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação de Rescisão Contratual – doutrina da gravidade suficiente do inadimplemento – Faculdade discricionária do juiz. Parecer publicado na RF, Rio de Janeiro: Forense.

CLAUS-WILHELM CANARIS, Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB APUD.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 588.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Direito das obrigações. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1968.

COUTO E SILVA, Clóvis. O Princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. Estudos de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DIDIER JR., Fredie. Teoria da exceção: a exceção das exceções. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 116.

DONNINI, Rogério Ferraz. Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGISCH, karl. Introdução ao pensamento jurídico, 6 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar de . A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

GOMES, Orlando. Contratos. 24. ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JAUERNING E VOLLKOMMER apud MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o código de defesa do consumidor: Informação, cooperação e renegociação. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo. n. 43, jul.-set. 2002.

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

NALIN, Paulo. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In. FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo código civil e legislação extravagante anotados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil, Forense, 1989.

PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime. Coimbra: [s.n.], 1982

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. Barueri: Manole, 2004.

SILVA, Wilson Melo. O dano moral e sua reparação. Forense, 2. ed. 1969.

TURCO, Claudio. L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva. Torino: G. Giappicheli Editore, 1997.

VARELA, Antunes. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1997.