

**FACULDADES MILTON CAMPOS
FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
NÍVEL MESTRADO**

HUDSON FERNANDO COUTO

**A BOA-FÉ OBJETIVA APLICADA AOS CONTRATOS
EMPRESARIAIS:
A MUDANÇA DE PARADIGMA**

Nova Lima

2011

HUDSON FERNANDO COUTO

**A BOA-FÉ OBJETIVA APLICADA AOS CONTRATOS
EMPRESARIAIS:
A MUDANÇA DE PARADIGMA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Empresarial

Orientadora: Professora Doutora Miriam de Abreu Machado e Campos

Nova Lima

2011

COUTO, Hudson Fernando.

A boa-fé objetiva aplicada aos contratos empresariais: a mudança de paradigma / Hudson Fernando Couto – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2011

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

Bibliografia: f. 79-83

Orientação: Professora Doutora Miriam de Abreu Machado e Campos

1. Boa-fé objetiva. 2. Contratos. 3. Empresa. 4. Eficiência. 5. Direito e Economia. I. Campos, Miriam de Abreu Machado e. II. Faculdade de Direito Milton Campos III. Título

CDU 657.1

Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “A boa-fé objetiva aplicada aos contratos empresariais: a mudança de paradigma, *de autoria do Mestrando Hudson Fernando Couto*”, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Professora Doutora Miriam de Abreu
Machado e Campos
Orientadora

Professor Doutor

Professor Doutor

Às mulheres da minha vida, minha mãe e minha esposa, que incansavelmente lutaram comigo pela realização deste sonho. *You are simply the best.* Aos meus filhos: grande fonte de inspiração.

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Miriam de Abreu Machado e Campos, pela paciência, carinho no trato do tema e pelas discussões em sala que tanto enriqueceram este trabalho.

Ao Professor Doutor Alexandre Bueno Cateb, pela incondicional disposição para colaborar, incentivar e orientar os mestrandos.

Ao Professor Doutor Eduardo Maneira, cujo incentivo foi fundamental para minha participação neste curso.

A lista a quem devo agradecer é enorme; peço desculpas aos que não citei, mas sintam-se também lembrados.

RESUMO

O presente trabalho discute a boa-fé objetiva e os impactos da sua positivação no ordenamento jurídico com relação aos contratos empresariais. A figura da autonomia privada muito próxima dos contratos empresariais é analisada sob o prisma da busca da justiça contratual. Os possíveis benefícios da aplicação da boa-fé objetiva em relação aos contratos empresariais também são abordados, de modo a deixar tangível o resultado da pesquisa. Sendo a positivação da boa-fé recente, do ponto de vista de país, somente nove anos decorreram desde a promulgação do Código Civil de 2002, o tema merece estudos para melhor compreensão da sua extensão.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Contratos. Empresa. Eficiência. Direito e Economia

ABSTRACT

This study will deal with the objective good faith and the impacts of their assertiveness in the legal system in relation to business contracts. The figure of autonomy on business contracts will be observed through the prism of the search for contractual justice. The potential benefits of applying the objective good faith in relation to business contracts will also be described in order to leave the tangible result of the research. Being the positive recent good faith, from the standpoint of the country, only nine years since the Brazilian Civil Code of 2002, the topic deserves more study to better understand their extent.

Key- words: Objective good faith. Contracts. Company. Efficiency. Law and Economics

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. HISTÓRICO	13
3. AS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS COMPLEXAS	18
3.1. Origens	18
3.2. A importância das relações obrigacionais	23
3.2.1. Desenvolvimento histórico	23
3.2.2. A relação obrigacional interempresarial	25
3.3. A relação obrigacional empresa consumidor	26
3.4. Os contratos e sua função social	28
4. A EVOLUÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL	32
4.1. A boa-fé subjetiva	34
4.2. As cláusulas gerais e sua interpretação	36
4.3. A boa-fé objetiva	40
4.3.1. Funções da boa-fé objetiva	42
4.3.1.1. Função hermenêutico-integrativa	42
4.3.1.2. Função de criação de deveres jurídicos	43
4.3.1.3. Função de limitação ao exercício de direitos subjetivos	46
4.3.2. A boa-fé objetiva e o princípio da confiança	47
4.4. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial das obrigações	52
4.5. A boa-fé objetiva e a <i>culpa in contrahendo</i>	57
4.6. A proibição dos comportamentos contraditórios: a tutela da confiança	63
4.7. A boa-fé objetiva e o <i>tu quoque</i>	67
4.8. A boa-fé objetiva e a <i>culpa post pactum finitum</i>	69
5. A INTERDISCIPLINARIDADE APLICADA AOS CONTRATOS	71
5.1. A teoria econômica dos contratos	71
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
7. BIBLIOGRAFIA	79

1. INTRODUÇÃO

A promulgação do Código Civil de 2002 trouxe à baila, como figura normativa, a boa-fé objetiva.

Este trabalho perpassa, inicialmente pelas raízes históricas da boa-fé em busca do entendimento do estágio atual, compreendendo o ponto de partida, bem como sua evolução com a propositura de conduzir a uma melhor compreensão a respeito da dimensão da boa-fé.

Em contratos sucessivos, a relação obrigacional complexa é apresentada, de modo que a boa-fé será empregada como cânone de comportamento exigido no cumprimento das obrigações encetadas. Como consectário da relação obrigacional complexa segue a importância das relações obrigacionais empresariais.

O presente trabalho analisa ainda a boa-fé, na sua versão subjetiva e objetiva, principal foco desta pesquisa. As funções da boa-fé objetiva são demonstradas, de modo que sejam observadas as suas aplicabilidades aos contratos, em especial aos contratos empresariais. A discussão doutrinária acerca da extensão da aplicação da boa-fé objetiva, posto que em interpretação apressada alguns doutrinadores afirmaram que sua incidência ficaria restrita à fase de cumprimento do contrato, deixando de lado as fases pré e pós contratual é apresentada de modo a encerrá-la, visto que na melhor exegese, a boa-fé está adstrita em todos os momentos do contrato. A resposta para a dúvida acerca da incidência, ou não, da boa-fé em toda as fases, é que o comportamento probado deve incidir em todos os momentos nos quais as partes se relacionam. Embora essa discussão já tenha avançado e mesmo não restando dúvidas acerca dessa divergência, a boa-fé objetiva deve incidir em todas as fases contratuais, o assunto certamente comporta ainda muitos estudos.

Neste sentido, a boa-fé como cláusula geral ou técnica legislativa, ou seja, elemento desprovido de conceito fixo, compõe o objeto de estudo do presente trabalho no que diz respeito à sua incidência em contratos empresariais.

O paradigma do contrato empresarial, o lucro, deve ser sopesado à vista dos demais princípios norteadores dos contratos, dentre, eles, sobremaneira, o princípio da justiça contratual.

A interdisciplinaridade aplicada aos contratos, fundindo Direito e Economia fica demonstrada no último capítulo. A doutrina estrangeira, especialmente aquela voltada para análise econômica do direito auxilia o desenvolvimento do tema. Do cotejo entre a Civil Law e a Common Law, chega-se à conclusão que ambas caminham em sentidos diferentes no que diz respeito à boa-fé objetiva, mas encontram-se, ao final, no mesmo ponto: a incidência da boa-fé nos contratos,

As soluções possíveis para problemas de assimetria de informações, em decorrência da Teoria dos Contratos Incompletos é dada pela aplicação da boa-fé objetiva, mormente pela figura da *culpa in contrahendo* e da função hermenêutico-integradora da boa-fé objetiva.

Há, ainda, a teoria dos atos próprios, personalizada nas figuras *venire contra factum proprium* e *tu quoque* que poderão ser invocadas em certas ocasiões.

Por fim, em relação aos contratos, poderá, ainda ocorrer a incidência da *culpa post pactum finitum*.

2. HISTÓRICO

A menção mais remota da boa-fé está relacionada à ideia da “fides”, a qual Menezes Cordeiro¹ afirma ser a “base linguística e conceptual da boa fé no Direito civil português”. Nesse sentido, a “fides” pode se apresentar de três modos:

A *fides-sacra* está documentada em latitudes diversas: na Lei das XII Tábuas, ao cominar sanção religiosa contra o patrão que defraudasse a fides do cliente; no culto da deusa *Fides*, centrado na sua mão direita, símbolo da entrega da lealdade; na análise dos poderes extensos atribuídos ao pater e nas fórmulas iniciais da sua limitação.

A *fides-facto*, assim dita por se apresentar despida de conotações religiosas ou morais ficou a dever-se a Fraenkel, que a reconduz à noção de garantia, associada a alguns institutos, como o da clientela. É de aproximar da *fides-facto* a leitura de Beseler, segundo a qual a *fides* figuraria uma lição, encontrando, conjuntamente com a *πίστις*, grega, a sua raiz indo-europeia na designação duma planta utilizada para atar.

A *fides-ética*, a cuja concepção ficou ligado Heinze, parte, na leitura deste autor, da tese de Fraenkel. Simplesmente, desde o momento em que a <<garantia>> expressa pela *fides* passou a residir na qualidade de uma pessoa, teria gerado uma coloração moral. Mais do que um mero facto, sintoma de um desenvolvimento conceptual incipiente, a *fides* implicaria o sentido de dever, ainda quando não recebida pelo Direito.²

Deste modo, a *fides* teria, concomitantemente, característica fática, acrescida de representação mágico-sacrais e, ainda, éticas.

Com a evolução do Direito Romano, fica evidenciada a fraqueza da ideia da *fides*, notadamente no período arcaico e pré-clássico. Apresenta-se, então, a *fides bona*, circunstância em que a adjetivação da *fides* faz com que esta alcance um conteúdo semântico próprio, diverso de conceitos éticos.

Não há conclusões doutrinárias a respeito da passagem da *fides* à *fides bona* e desta à *bona fides*.

Segundo Menezes Cordeiro, “a partir de institutos concretos, cabe averiguar a problemática posta pelos *bonae fidei iudicia*.”³

“São *bonae fidei iudicia* os que, postulando, no período clássico, *actiones in ius conpectae* (caracterizadas por sua *intentio* se fundar no *ius civile*), tinham, contudo, uma *intentio* assente na *fides*, agora acompanhada do adjetivo *bona*. Nos termos seguintes: *Numerium*

¹ CORDEIRO, 2001, p. 53

² CORDEIRO, 2001, p. 55-56

³ CORDEIRO, 2001, p. 71

Negridum Aulo Ageriu quidquid dare facere prestare oportere ex fide bona".⁴

A introdução dos contratos consensuais no Direito Romano está na origem da *bona fides*. Os contratos no Direito Romano estavam atrelados fundamentalmente ao formalismo. Ocorre que o tráfego jurídico passou a ficar intenso devido aos *peregrini*, que não estavam sujeitos ao *ius civile*. Tal circunstância demandou a criação da *fides* na sua condição objetiva, que foi designada como *bona*.

"A *fides objectiva* (=fides bona) funcionaria como norma jurídica, em sentido duplo: por um lado, dominaria o dever de cumprir, na obrigação, seja no sentido simples do respeito pelo estipulado, seja na forma de determinação (interpretação) do seu conteúdo, seja, finalmente, para permitir a inclusão, junto do dever principal, de outras convenções laterais ou a integração de lacunas no negócio; por outro, teria constituído a própria fonte da exigibilidade judicial das figuras *ex fide bona*, reconhecidamente carecidas de base legal."⁵

Deve ser ressaltado o fato de que, inicialmente, os atos informais não eram reconhecidos pelos romanos como atos com força vinculativa. O crescimento do comércio, principalmente após o séc. III a.C, demandou adaptações, uma vez que a *Ius Civile* era adstrita somente aos cidadãos romanos. Porém, a ampliação do comércio trouxe para dentro das fronteiras romanas os chamados *peregrini* que não recebiam proteção.

Segundo Menezes Cordeiro:

"Merece a maior atenção a presença, no elenco ciceroniano, da *emptio-venditio* e da *locatio-conductio*. Estes dois contratos, conjuntamente com a sociedade e o mandato, em nova ordenação do mesmo elenco, são, nas fontes posteriores, considerados consensuais."⁶

Assim, a adoção da boa-fé apresenta-se, no Direito Romano, como a ponte que possibilita a transição do formalismo marcante dos contratos para a permissão do consensualismo contratual. A boa-fé, então, passa a sustentar a relação consensual em substituição ao formalismo. (Slawinski, 2002).

⁴ CORDEIRO, 2001, p. 73

⁵ CORDEIRO, 2001, p. 91

⁶ CORDEIRO, 2001, p. 78.

Com a adoção dos contratos consensuais, aspectos de ordem processual foram inseridos pela presença da *bona fidei iudicia* de modo a dar exigibilidade aos contratos consensuais, como pode ser observado na lição de Menezes Cordeiro:

A presença do *oportet ex fide bona*, na fórmula dos *bonae fidei iudicia*, tinha efeitos práticos na composição do litígio. A sua determinação é fundamental no entendimento da *bona fides* romana e da evolução posterior.

De elementos extrínsecos, deve concluir-se que o papel da menção <<fides bona>>, na fórmula, comportava uma apreensão muito simples. Recorde-se que o *index* romano não era um jurista mas, tão só, um cidadão a quem cabia estabelecer os factos que, perante a fórmula dada pelo pretor, compunham o litígio. Essa facilidade dificulta, hoje, a reconstituição do regime dos *bonae fidei iudicia*: sendo do conhecimento geral, os autores romanos não curaram da sua explanação.

Também por isso não procedem, à partida, concepções que veem no *oportet ex fide bona* uma simples remissão do juiz para critérios de decisão éticos, sociais ou de equidade. O considerar certas soluções como correspondentes ao que se entenda por critérios de decisão éticos, sociais ou de equidade, pressupõe um labor teórico sobre dados efectivos anteriores. A operação inversa – partir de construções éticas ou similares para alcançar soluções reais – só é possível através de laboriosos sistemas filosóficos, acarretando, depois, inúmeras dificuldades quando da aplicação.

Recorde-se, ainda, que o Direito romano era totalmente adverso a remissões para nebulosas ordens extrajudiciais. Toda evolução eternizada na Lei das Doze Tábuas pretendeu fundar e refundar um Direito objectivo, seguro, previsível e coerente. Essas qualidades explicam, aliás, a sua vitalidade até aos nossos dias. Seria anômalo, num direito com tais características que precisamente as figuras obrigacionais de maior relevo económico – pense-se na compra e venda e na *locatio-conductio* que abrangia, através das suas modalidades, grande parte da prestação de serviços, sendo o todo completado pelo mandato – tivessem, afinal, regimes extrajurídicos decantados, caso a caso, por juízes não juristas⁷

⁷ CORDEIRO, 2001, p. 81.

No Direito Canônico a boa-fé foi concebida como ausência de pecado. Menezes Cordeiro, a esse respeito, assim se posiciona:

Focadas as inovações introduzidas na boa fé pelo Direito canônico, há que chamar a atenção para outro aspecto desapercibido na doutrina: a ocorrência de amputações e simplificações. Contrariando alguns autores, a fé não desempenhou, no direito canônico, qualquer papel específico no domínio dos acordos meramente consensuais; tão pouco isso sucederia na área das obrigações imperfeitas. Pode mesmo avançar-se que, no Direito Canônico, exceptuando menções de tipo retórico, a boa fé desapareceria, na prática, do Direito das obrigações, donde é originária. A razão, muito simples, foi, aliás, prenunciada pelo Direito romano vulgar: a decadência do processo bipartido clássico e a generalização da mensagem contida no *oportet ex fide bona* transformaram a referência, ressuscitada por Iustinianus, no *Corpus Iuris Civilis*, aos *bonae fidei iudicia*, numa categoria vazia de qualquer conteúdo substancial. Ditado pela prática social cristã ao longo da História, o Direito canônico não podia ser sensibilizado por um instituto sem sentido material. A boa fé nas obrigações, ligada aos *bonae fidei iudicia*, caiu, discretamente, em esquecimento.

Limitada à *prescriptio* e a utilizações similares, a boa fé subjectiva-se: por norma, ela aparece, nos textos jurídicos canônicos, definida ou indiciada como estado de ciência ou de consciência individual. A subjectivação da boa fé mais fez acentuar a sua eticização e inversamente.

Este factor teria a maior importância até a actualidade.⁸

A boa-fé como elemento afetivo exterior aparece através do Direito Germânico.

A não correspondência linguística, entre a designação alemã de boa fé – *Treu und Glauben* – e *bona fides*, é o ponto de partida para a indagação de uma boa fé especificamente germânica.

(...)

Na linguagem actual *Treu* – *Treue* – poder-se-ia traduzir por lealdade e *Glauben* – ou *Glaube* – por crença. Ambas as expressões reportam-se a qualidades ou estados humanos objectivados; o *Glaube* acentua mais marcadamente o mero estado – a crença, o convencimento – enquanto o *Treue* vinca antes uma qualidade. A fórmula *Treu und Glauben* tem, contudo, um sentido próprio adquirido que obriga a pesquisar os significados anteriores da *Treu* e do *Glauben*.

Em velho-alto-alemão, *Treue* tanto designava <<firmeza, comportamento autêntico de alguém em consequência de um contrato concluído>> como o próprio contrato em si, numa semântica que se manteria em médio-alto-alemão. Neste último período, porém, surge, na *Treue*, um sentido ético, traduzindo <<um conceito cerne no sistema de valores cavaleirescos>>. Repare-se que esta colocação semântica mantém-se, ainda, na <<fidelidade>> actual.

Glauben, por seu turno, foi utilizado, na sequência das missões, em velho-alto-alemão, para traduzir a *fides* latina ou a *πίστις* grega, no

⁸ CORDEIRO, 2001, p. 160.

sentido cristão de fé. Comporta, também, o sentido de <<confiança>> e de <<crença>>, numa semântica desaparecida em novo-alto-alemão. De notar que, na aplicação religiosa, ainda presente no médio-alto-alemão, *Treue* e *Glauben* tinham um sentido idêntico.

(...)

Na sequência de evolução histórico-semântica da expressão, *Treu und Glauben* conheceria um alargamento representativo muito grande. Documenta-se o seu emprego como confiança e boa fé, em sentido psicológico-subjetivo, como confiança e credibilidade e como credibilidade e bitola de comportamento. Chegou-se, assim, a uma utilização de tal forma generalizada e diversificada da boa fé germânica, que a determinação do seu conteúdo é, em abstracto, impossível.⁹ Apenas um contexto permite surpreender, caso a caso, o seu sentido.⁹

Para completar, Judith Martins-Costa ensina:

Com efeito, para além das manifestações amorosas, políticas e militares, os ideais cavaleirescos englobados no juramento de honra prendem-se, no direito, a uma questão ética: a garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada, garantia esta, contudo, não vinculada a uma perspectiva subjetivista – o olhar sobre a pessoa do garante -, mas uma perspectiva objetiva, ligada à confiança geral, estabelecida a nível de comportamento coletivo, uma vez que a atitude cortês sempre implica numa reciprocidade de deveres, “Fiadores e defensores”, como o Lancelot, os *chevaliers* não agem no interesse próprio, mas tendo como em vista os interesses do *alter* – da sua dama, do seu soberano, da sua coletividade.

Essa perspectiva é de fundamental importância para a compreensão da boa-fé em matéria obrigacional, uma vez que é daí que surge a adstrição ao comportamento, segundo a boa-fé, como regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento da confiança geral, induzida ao “alter” ou à coletividade pelo comportamento do que jura por honra.¹⁰

O estudo da parte histórica da boa-fé nos permitiu entender como o instituto foi desenvolvido e aplicado ao longo dos tempos. Essa tarefa objetivou facilitar sua compreensão para melhor aplicação da boa-fé nas relações atuais.

Segue-se, adiante, com o estudo das relações obrigacionais complexas.

⁹ CORDEIRO, 2001, p. 166-168.

¹⁰ MARTINS-COSTA, 1999, P. 125-126

3. AS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS COMPLEXAS

3.1. Origens

É certo que o direito se coloca dentro da realidade das relações humanas. Direito é o ordenamento das relações sociais. No dizer de Menezes Cordeiro,¹¹ “o Direito regula actuações”. Certamente, existe direito somente porque há sociedade (*ubi societas, ibi ius*). Em decorrência desta observação, para um único homem isolado em uma ilha inexistirá o direito. Para este homem, o direito passará a existir somente no momento em que este receba a visita de um semelhante. Nesta hipótese, não mais existe o indivíduo só; é verdadeiro que passará a relacionar-se com outro homem, e dessa interação, nasce a relação jurídica, que se estabelece através de escala de valores do ser humano em sociedade. A todo o momento em sua existência o ser humano é estimulado a praticar esta ou aquela ação em razão dos valores outorgados às necessidades da vida: trabalhar, comprar, vender, alugar, contrair matrimônio e inúmeras outras circunstâncias.

Na lição de Ruggiero,¹²

Em sentido técnico, pois, a obrigação como correspondente *obligatio* da terminologia romana, exprime em regra principal e geral a relação jurídica pela qual uma pessoa (devedor) está adstricta a uma determinada prestação para com outra (credor), que tem direito de a exigir, obrigando a primeira a satisfazê-la. Mas às vezes emprega-se para indicar apenas um dos lados ou aspectos de que a relação se compõe: o lado passivo para designar o dever do devedor, isto é, o crédito; mais raramente é adotada para indicar a própria causa geradora da relação.

A obrigação é uma relação jurídica. Ninguém em sociedade prescinde deste instituto. A todo instante, por mais simples que seja a atividade do indivíduo, ele compra ou vende, aluga ou empresta, dá ou recebe doação. Há, portanto, um estímulo, gerado por um valor, para que seja contraída obrigação. Existe um impulso que faz com que o homem se comprometa a fazer algo em prol de alguém, recebendo na maioria das vezes algo em troca.

¹¹ CORDEIRO, 2001, p. 527.

¹² RUGGIERO, 1999, p. 34.

Segundo Fernando Noronha¹³

O Direito das Obrigações disciplina essencialmente três coisas: as relações de intercâmbio de bens entre as pessoas e de prestação de serviços (obrigações negociais), a reparação de danos que umas pessoas causem as outras (responsabilidade civil em geral, ou em sentido estrito) e, no caso de benefícios indevidamente auferidos como no aproveitamento de bens ou direitos de outras pessoas, a sua devolução ao respectivo titular (enriquecimento sem causa).

Na opinião de Orlando Gomes,

O direito das obrigações, o mais lógico de todos os ramos do Direito Civil, é também o mais refratário a mudanças. Vale dizer, embora não sendo imutável, sofre bem menos a interferência da alteração de valores e hábitos sociais, se comparando, por exemplo, com o Direito de Família, mais sensível às mutações sociais. Em definição objetiva, trata-se do conjunto de normas e princípios jurídicos reguladores das relações patrimoniais entre um credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo) a quem incube o dever de cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação de dar, fazer, ou não fazer.¹⁴

O desenvolvimento jurídico liga-se mais proximamente às relações econômicas sofrendo, normalmente, influências locais. , Vale destacar que é por meio das relações obrigacionais que se estrutura o regime econômico, sob formas definidas de atividade produtiva e permuta de bens.

As obrigações reguladas pelo Código Civil são as que vinculam uma pessoa a outra por meio das declarações de vontade e da lei, tendo por objeto determinada prestação. Estas abrangem vários aspectos, dentre os quais as partes: ativo e passivo (débito e crédito), relação jurídica: o vínculo e a prestação. A obrigação “é o vínculo jurídico ao qual nos submetemos coercitivamente, sujeitando-nos a uma prestação, segundo o direito de nossa cidade”.¹⁵

Ruggiero explica que

Obrigação, na sua larga acess o,   uma palavra que exprime qualquer espécie de vínculo ou de sujei o da pessoa, qualquer que seja a sua fonte ou o seu conteúdo, nela se podendo englobar por um lado qualquer obriga o que seja ditada pela moral, conveniência, honra, usos sociais, por outro lado qualquer obriga o imposta pelas normas jurídicas, sejam elas de direito público ou privado. (...)

Em sentido técnico, pois, a obriga o, como a correspondente *obligatio* da terminologia romana, exprime em regra principal e geral a rela o jurídica pela qual uma pessoa (devedor) está adstrita a uma determinada

¹³ NORONHA, 2003 p.26.

¹⁴ ORLANDO GOMES *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004. p. 23.

¹⁵ PEREIRA, 2004, p. 5.

prestação para outra (credor, que tem direito de a exigir, obrigando a primeira a satisfazê-la).¹⁶

De forma sucinta, obrigação (simples) é tida como o direito do credor contra o devedor, cujo objeto é determinada prestação.

Entretanto, a ideia de obrigação simples já não mais coaduna com a realidade que se apresenta nos dias atuais. Não basta focar no credor e devedor vinculados a uma simples obrigação pois, ultrapassada a ideia da relação obrigacional fixada em um único vínculo, mister se faz assumir a relação obrigacional como um conjunto de processos interligados.

A Prof^a Miriam de Abreu Machado e Campos esclarece:

Ocorrido um fato jurígeno – um contrato, um ato ilícito gerador de dano, ou qualquer uma das hipóteses capituladas como fonte obrigacional – nasce uma relação jurídica voltada para o adimplemento. O adimplemento se dará quando se realizar o conjunto de interesses envolvidos na relação. Por “interesses envolvidos na relação” entende-se fundamentalmente após STOLL – não só aqueles vinculados diretamente ou indiretamente à prestação, como também os vinculados à manutenção do estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação, advindos do liame de confiança que toda obrigação envolve. Nestes termos, o fato jurígeno obrigacional dá ensejo, pelo menos, a uma duplicidade de espécie de deveres: os de prestação os genéricos de conduta (deveres de informação, cooperação, proteção, etc), o que, traduzindo para o conteúdo obrigacional, dá conta da primeira distinção interna.¹⁷

Segundo Judith Martins-Costa (2003), a compreensão da obrigação complexa perpassa pelo estudo do desenvolvimento histórico que, para esse fim, seguem, de forma sucinta, os passos desenvolvidos até a compreensão atual.

a) Desenvolvimento da doutrina pessoalista, na qual fica assentada a ideia de obrigação como um direito a uma atividade humana;

b) O Código Civil Brasileiro de 1916 tem a obrigação fundada na doutrina pessoalista;

c) A relação entre as duas vontades gerando o vínculos das partes é aperfeiçoado, fixando a estrutura unitária e pessoal da obrigação;

d) Começa o questionamento da doutrina pessoalista em fins do séc. XIX, pela difusão da concepção realista, pela qual o foco vai da personalidade para o

¹⁶ RUGGIERO, 1999, p. 33.

¹⁷ CAMPOS, p. 31

objeto da obrigação. O direito do credor transita em torno da objeto da obrigação e não quanto à conduta do devedor;

e) Aparecem, em seguida, as doutrinas mistas, sendo a doutrina dualista da *Schuld und Haftung* a mais conhecida. Essa concepção estabelece a obrigação em dois tempos: a *Schuld* (débito) e a *Haftung* (responsabilidade, sujeição ou garantia).

f) Chega, então, o momento da compreensão da obrigação como processo, que pode ser visto adiante.

A mais bem acabada dessas novas concepções é, a nosso juízo, a que considera a relação obrigacional como um “processo”, ou “sistema de processos” e como “totalidade”, trazendo para o núcleo duro do conceito a ideia de adimplemento. Porém, não é apenas mais bem acabada concepção doutrinária: é também a que, pela estrutura sistemática do novo Código, como antes visto, é agora legislativamente acolhida pelo Direito Brasileiro. Para compreender essa concepção, é necessário visualizar, primeiramente, a relação obrigacional como “relação de cooperação” e, depois, como relação complexa, que configura uma totalidade ou sistema de processos, no qual tem exponencial relevo o princípio da boa-fé objetiva, que traduz a mais relevante feição pelo princípio da confiança no Direito das Obrigações.¹⁸

No início da obra “A Obrigação como Processo”, Clóvis do Couto e Silva afirma: “O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim.”¹⁹. Comentando o tema, Judith Martins-Costa orienta:

(...) a noção dinâmica da relação obrigacional, considerada como “estrutura de processos” e como “totalidade”, para a qual a noção de adimplemento desempenha um papel fundamental, distinto de mero modo de execução das obrigações.

(...)

Ao tratar do conceito de relação obrigacional, Larenz opera a transposição da filosófica para a dogmática e, afastando-se da perspectiva organicista, segundo a qual a totalidade seria o resultado da soma das partes (embora fosse mais do que a mera soma), busca uma reformulação dos elementos da obrigação desde uma perspectiva ditada pela totalidade concreta, pela totalidade dos sentidos e circunstâncias concretas passíveis de direcionamento ao conceito de obrigação.

¹⁸ MARTINS-COSTA, 2003, p. 20.

¹⁹ COUTO E SILVA, 1976, p. 5

Judith Martins-Costa (2003) acentua o valor da concepção da relação obrigacional complexa hodiernamente, posto que se encadeiam contratos e subcontratos, com grande duração ou não, sucessivas operações concatenadas e interdependentes. Neste cenário de complexidade já não há mais espaço para a ideia de obrigação una ou simples, sendo esta entendida como operação em que uma parte pode exigir o preço (o vendedor) e à outra (comprador) cabe o dever de satisfazê-lo. Faz muito mais sentido observar a mesma operação entre vendedor e comprador como obrigação complexa, na qual um conjunto de direitos, seguidos da contrapartida em deveres jurídicos, decorrem desta mesma operação.

Para completar esse ponto, Judith Martins-Costa ensina:

“(...) a doutrina moderna, sobretudo por meio de autores alemães, evidenciou a estreiteza de tal ponto de vista e a necessidade de superá-lo, tendo em vista, principalmente, as relações obrigacionais duradouras, cujo perfil merece especial atenção por constituírem o paradigma por excelência das relações complexas.”²⁰

Adiante será demonstrada a figura da *culpa in contrahendo*, bem como da *culpa post pactum finitum*, como implicações da boa-fé objetiva. Entretanto, merece destaque, que referidas figuras necessitam do conceito de relação obrigacional complexa para que sua aplicação seja empregada de modo integral. Assim, denota-se a importância do desenvolvimento da ideia de relação complexa com vistas a abranger todo o espectro de relação entre as partes, ou, como dito anteriormente, “totalidade” das relações.

Hoje, em razão da globalização, da rapidez como as negociações ocorrem, da complexidade, do dinamismo e das intrincadas relações interempresariais, aquela figura do negócio adequado ao tempo eminentemente agrário não se amolda à realidade vivenciada.

²⁰ MARTINS-COSTA, 2003, p. 55

3.2. A importância das relações obrigacionais

3.2.1. Desenvolvimento histórico

O Direito como ciência social reflete as mudanças que ocorrem com a evolução da sociedade.

Tais mudanças são de extrema importância para o mundo jurídico, principalmente a transformação do Estado Liberal do século XVIII, que se baseava em ideais individualistas para o Estado Social, fruto do pós-guerra, que visava à igualdade social, o respeito à dignidade humana e a formação de uma sociedade justa e solidária.

A partir deste momento, o Estado passa a intervir nas relações particulares com a finalidade de garantir o interesse da coletividade, e não mais o interesse individual. Cria-se então um desenlço da legalidade com a moralidade, protegendo os economicamente mais fracos dos abusos praticados pelos que se utilizavam da má-fé em benefício próprio.

No Brasil, estes reflexos acabaram por influenciar na elaboração da Constituição Federal de 1988 que, sobre a égide do Estado Social, buscou o bem-estar coletivo, além de elevar o conceito da dignidade da pessoa humana.

Como aduz a carta magna em seu artigo 5º, caput :

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.²¹

Os contratos no Estado Liberal, onde prevalecia à autonomia da vontade através do *pact sunt servanda*, deram lugar a uma visão constitucional contratual no Estado Social. Colocam ao lado da vontade e liberdade das partes, novos princípios contratuais como o da boa-fé, equilíbrio econômico, dignidade humana, justiça contratual e da função social. Passe-se da autonomia da vontade, pela qual as partes podem vincular-se ou não, dependendo meramente de sua vontade, para a autonomia privada, pela qual as partes contratam em condições mais complexas movidas, inclusive, por necessidade e não somente pela simples

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

vontade. Registre-se, assim, que autonomia da vontade denota conceito diverso, mais complexo e atual que a autonomia privada.

Esta evolução da ciência jurídica como um todo, atingiu de forma incisiva o instituto dos contratos. Da sua forma clássica até a sua forma contemporânea, os contratos tem se adequado às transformações sociais e intelectuais com vistas à justiça no âmbito coletivo como previsto na Constituição.

Bulgarelli adverte que os contratos representam o núcleo básico da atividade empresarial, pois

*pelos contratos faz-se circular as riquezas, compra-se e vende-se, financia-se, transporta-se, segura-se, deposita-se, confia-se, transfere-se bens etc., tanto como afirmação do jus abutendi e mesmo do jus utendi e fruendi, atributos da propriedade como da projeção da personalidade.*²²

É fato que as empresas buscam maximização de resultados e suas atividades são pautadas pelo conjunto de obrigações que norteiam a execução de seus objetivos sociais. Ou seja, as empresas buscam o melhor resultado possível e, para isso, contraem obrigações e, também, sujeitam-se em relações dinâmicas e complexas. As empresas são, na última instância, um "feixe particular de contratos cuja coordenação reflete as limitações impostas pelo ambiente institucional e os objetivos estratégicos".²³ Dessas interações empresariais toda a sociedade se beneficia, posto que a circulação das riquezas dá-se pelos contratos. "(...) É, portanto, por meio de contratos que as pessoas buscam coordenar as suas ações, realizando ganhos coletivos".²⁴

Desse modo, é imperioso que o Estado tutele as relações jurídicas contratuais, respeitando-as e atribuindo a elas a segurança perseguida pelos cidadãos. A segurança é um dos principais motivos da existência do Estado, posto que esta se apresenta como valor de relevância fundamental para o homem que, fraco individualmente, torna-se forte quando reunido em grupos para

²² BULGARELLI, 2000, p. 25.

²³ ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 103.

²⁴ ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 132.

sobreviver e desenvolver suas atividades. E, assim, a Constituição Federal consagra a segurança em seu preâmbulo como valor a ser alcançado.

3.2.2. A relação obrigacional interempresarial

As relações interempresariais têm seu norte no Princípio da Autonomia Privada, no qual a vontade é elemento fundamental e um dos limites da avença. Para Perlingieri “a autonomia se apresenta, no seu mínimo e constante denominador, como ato de iniciativa de pelo menos uma das partes interessadas na negociação”.²⁵ Hoje não mais persiste a omissão legislativa no sentido de se admitir negócios completamente livres. A função social dos contratos e a boa-fé objetiva trazem no seu bojo normas que exigem a atuação segundo a Constituição Federal assentada, sobretudo, no solidarismo decorrente da dignidade da pessoa humana. A proteção contra a lesão, antes relegada às discussões doutrinárias ou à aplicação do Código de Defesa do Consumidor - [CDC], nas relações de consumo, passa a tutelar os negócios jurídicos em geral, como forma de evitar a quebra do sinalagma genético contratual desde a sua formação.

Assim dispõe o artigo 157 do Código Civil Brasileiro:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com redução do proveito.²⁶

Apresenta-se a lesão como verdadeiro defeito do negócio jurídico em razão da desproporção entre as prestações do contrato. Tal fato se verifica no nascedouro da avença, quando uma das partes aproveita-se da outra por sua necessidade urgente ou inexperiência. Nesse ponto, observa-se que a lesão fere

²⁵ PERLINGIERI, 2001, p. 19.

²⁶ BRASIL. Código Civil Brasileiro.

frontalmente a boa-fé objetiva, posto que a relação jurídica tem sua gênese no desequilíbrio em favor de uma das partes, comportando, portanto, a sanção do Direito pátrio.

As relações interempresariais, muito embora norteadas pela autonomia privada, somente são tuteladas pela segurança estatal se estiverem dentro dos preceitos normativos adequados aos interesses coletivos.

Neste sentido, Pontes de Miranda pontua,

1 A CHAMADA LIBERDADE CONTRATUAL E SEUS LIMITES.

Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não se poderia falar de personalidade. No que a manifestação de vontade, inclusive por ato que não seja simples expressão do querer, não ofende interesses de outrem, ou interesses gerais, tem o ser humano, a pessoa, liberdade de fazer, de não fazer, de falar e de não falar. Onde atinge interesse alheio, a que cause dano, é preciso ou que o *alter* acorde ou concorde com o que se passa ou se vai passar, ou tem o atuante de indenizar. Já aí está limite necessário ao autorregramento da vontade. Acontece, porém, que há interesses *gerais*, que se revelam em exigências costumeiras do tráfico ou em regras jurídicas escritas ou reveláveis pelos intérpretes das leis.

Nos negócios jurídicos bilaterais e nos negócios jurídicos plurilaterais, o acordo ou a concordância pode atender a conveniência dos figurantes, mas ferir interesses gerais.

O direito tinha de considerar vinculadas as pessoas que se inseriram, como figurantes, em negócio jurídico bilateral ou plurilateral, tendo, porém, de investigar se houve, ou não, ofensa a interesses gerais ou a interesses de outrem.²⁷

3.3. A relação obrigacional - empresa e consumidor

A disciplina das relações consumeristas em comunhão com os preceitos constitucionais causou verdadeira revolução na teoria dos contratos. Para dar cumprimento à Carta Maior, o CDC consagrou na normatização da matéria temas que a doutrina já entendia como necessários ao regulamento das relações de consumo. Gustavo Tepedino comenta a questão, manifestando-se do seguinte modo:

Com o Estado intervencionista delineado pela Constituição de 1988 temos, então, a presença do Poder Público interferindo nas relações contratuais, definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e formal, ficavam à margem de todo processo de

²⁷ MIRANDA, 2005, p. 26.

desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem.
(...)

Não se pode pretender adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder no sentido inverso, de modo a reter e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do texto maior.

No que toca à Teoria Contratual, tal operação só se faz possível se os civilistas lograrem superar vetusto preconceito, caracterizado pelo apego desmesurado à técnica da norma regulamentar. Parece que nós não conseguimos nos sentir destinatários de normas jurídicas que não desçam a especificidades do caso concreto.²⁸

De fato, no cotejo das relações obrigacionais decorrentes de negócios envolvendo empresa-empresa e empresa-consumidor, a segunda merece tutela especial em relação à primeira. Muito embora todos os princípios da Principiologia Moderna sejam aplicáveis na relação consumerista, sua aplicação carece de olhar atento para fazer valer a razão constitucional.

Neste sentido Tepedino esclarece:

Entretanto, mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações do direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que sejam identificados, pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações privadas.²⁹

Muito embora toda a disciplina do Código de Defesa do Consumidor traga ao ordenamento jurídico um sistema protetivo, em busca do equilíbrio das relações— deve ser dito que a aplicação da boa-fé objetiva como norma aberta que é, por si só geraria resultados suficientes para o efetivo equilíbrio das relações empresa-consumidor. Isso porque, como cláusula geral, a boa-fé objetiva pode ser amoldada às necessidades do caso concreto. Perlingieri afirma que “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”.³⁰

O surgimento de recentes tecnologias provoca contradições. Por um lado algumas pessoas passam a isolar-se pela facilidade de contato virtual, entrega de alimentação em casa e, também ao contrário, os seres humanos passaram a ser

²⁸ TEPEDINO, 2004, p.223-227.

²⁹ TEPEDINO, 2004, p. 233.

³⁰ PERLINGIERI, 2002, p. 27.

cada vez mais, dependentes uns dos outros. O advogado precisa cada vez mais do conhecimento técnico do médico para tratar-se, que, por seu turno, necessita do engenheiro para operar certos equipamentos de análise médica, ao passo que o médico precisa da consultoria do advogado quando se vê lesado em algum direito subjetivo protegido pelo ordenamento jurídico. A interdependência é latente.

Com essa relação de interdependência os indivíduos passam a regular suas relações por meio de acordos orais ou escritos formalizados no contrato. O contrato surgiu na sociedade com o fim de proporcionar aos indivíduos o acesso às tecnologias necessárias para sua sobrevivência. Sem este instrumento de rico conteúdo jurídico, não há, nos dias de hoje como conviver nessa sociedade complexa..

Ao comentar as relações consumeristas, Humberto Theodoro Jr. o faz do seguinte modo:

A sociedade industrial, depois dos excessos do liberalismo econômico do século XIX, entra no século XXI como uma sociedade que escolheu institucionalmente uma concepção das relações econômicas que ultrapassa o princípio da igualdade formal outrora consagrada apenas por solenes declarações de direitos para assumir a postura de lutar concretamente contra as desigualdades existentes entre os participantes. O Estado Democrático atual assume o compromisso de defesa efetiva do economicamente mais fraco, donde a proteção especial que se assume em favor do consumidor, porque a realidade é que, sem essa tutela específica as normas jurídicas comuns não seriam suficientes para impedir muitas injustiças.³¹

3.4. Os contratos e sua função social

Historicamente a formulação da função social do contrato está associada à função social da propriedade. Assim, derrubadas as barreiras do feudalismo pelo Estado Liberal, era urgente assegurar a plena liberdade de circulação das riquezas como meio indispensável e rápido para a ascensão social da nova classe dominante – a burguesia. Isto significava, basicamente, o acesso à propriedade dos meios de produção e à liberdade de contratação de mão de obra.

³¹ THEODORO JR, 2004, p.17

Nesse contexto, o Estado Liberal limitava-se a garantir os direitos de situações individuais. No entanto, não tardou a perceber que a liberdade contratual de fato se aplicava a poucos.

Na França, surgiu a preocupação com o enfoque social do contrato, a partir da noção de abuso de direito. A conclusão foi que o abuso do direito, em terreno algum, deveria ser tolerado, tampouco no domínio do contrato.

No âmbito dessa concepção, a função social representaria mera repercussão do abuso do direito na esfera contratual, desconhecendo-se então as suas possibilidades integrativas e interpretativas.

Na Itália, a noção de função social ganhou impulso e foro de cidadania com a implantação do modelo de Estado corporativo, baseado em uma radical intervenção estatal na ordem econômica. É dessa época, que remonta a concepção de que a causa do contrato deve atender a uma exigência de sociabilidade determinada pela função ordenadora do direito e que, para isso, a cada troca de bens ou serviços, cooperação, gestão de negócios, etc. deve corresponder um interesse socialmente valorável.

A função social do contrato não constituiu uma novidade. Conquanto, há pouco tempo esta função se expressa em texto legislado, que permeou a disciplina dos contratos a partir de relações obrigacionais específicas, com inegável repercussão social. Assim foi, por exemplo, com a relação de trabalho a partir do século XIX.

Foi com o Código Civil de 2002 que o dito princípio ganhou foro de autonomia perante os demais princípios contratuais. É que referido diploma legislativo veio a mencioná-lo em alguns dispositivos de maneira explícita, atribuindo-lhe específicos atributos.

O dispositivo básico encontra-se no art. 421 do Código Civil, que tem a seguinte redação:

“Art. 421 A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.³²

³² BRASIL. Código Civil Brasileiro.

Assim, colocado à porta de entrada da matéria contratual, quis o legislador elevá-lo em pilar do novo sistema, ao lado da boa-fé e do fortalecimento do aderente nos contratos de adesão.

Na Parte Geral do Código, verifica-se que a violação do fim econômico ou social de um direito, mediante seu exercício abusivo, constitui-se em fundamento de responsabilidade civil extracontratual (art. 187). Fica claro que não se esgotam no âmbito contratual as possibilidades do novo instituto. Nesse sentido, fim econômico e social, para fins da aplicação da abusividade do exercício subjetivo de direitos estão em pé de igualdade, podendo ser dito, confundem-se, posto que o objetivo precípua da economia é a promoção da economia é o bem comum, portanto, fim social do direito.

Na opinião de Humberto Theodoro Jr,

Em linhas de maior precisão do conceito de função social do contrato, se postam as que situam esta função apenas no relacionamento externo dos contratantes com terceiros, ou seja, com o meio social. Para o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo, a função social do contrato deve ser extraída do art. 170, caput, da Constituição da república, de modo que os contratos devem estabelecer-se “numa ordem social harmônica”, visando inibir qualquer prejuízo à coletividade, por conta da relação estabelecida. Assim atividade contratual, em face de terceiros, para não infringir a regra que reprime o ato ilícito (art. 159 do código civil, de 1916), deve apresentar-se como um comportamento sempre adequado. Nesse enfoque, o terreno próprio para cogitar-se da função social do contrato é o da modernização do antigo e inflexível princípio da relatividade dos contratos. Os problemas do comportamento ético entre os próprios contratantes são cuidados por outro princípio novo do direito contratual, que vem disposto no art. 422, do novo Código Civil, e não naquele que implementa a função social do contrato.³³

A função social dos contratos mitigou, de fato, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, segundo o qual o contrato produz efeito unicamente com relação aos contratantes. Não mais se admite essa posição individualista, posto que o contrato reflete positiva ou negativamente em relação a terceiros.

Humberto Theodoro, refere-se ao assunto do seguinte modo:

³³ THEODORO JR., 2004, p. 48-51.

Em contraposição à concepção individualista, o princípio da função social serve como fundamento para que se dê relevância externa ao crédito, na medida em que propicia uma apreensão do contrato como fato social, a respeito do qual os chamados “terceiros”, se não podem manter indiferentes.³⁴

Outra questão analisada sobre o tema diz respeito à tutela externa do crédito:.

A dogmática da tutela externa do crédito cinge-se à questão de saber se uma terceira pessoa que não participa de um contrato pode ser responsabilizada civilmente, perante um credor, por impor lesão ao crédito esperado, por força de uma intervenção ilícita na relação obrigacional contratual. Tutela-se o interesse do contratante de não se ver surpreendido pela investida de terceiros sobre a relação obrigacional outrora formulada com o único fito de destruí-la ou impedir que a mesma produza os efeitos e consequências desejadas pelas partes contratuais, pois o contrato não é mais visto como um mero fato individual porém e sobretudo, como um fato social.³⁵

De fato, deve ser rechaçada a conduta ilegal que venha a causar prejuízos ao credor em razão da conduta de terceiro que age de má-fé com o fito de obstar a avença, posto que haverá, de forma incontestada, infração à função social dos contratos.

Para assinalar a importância conferida ao princípio, o legislador entendeu por bem erguê-lo ao status de norma de ordem pública, a par da função social da propriedade, em dispositivo de caráter genérico inserido nas disposições finais do Código Civil, conforme segue:

“Art. 2.035. (...)”

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.”³⁶

³⁴ THEODORO JR., 2004, p. 15.

³⁵ NAZAR, 2009, P. 100.

³⁶ BRASIL. Código Civil Brasileiro.

4. A EVOLUÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL

Em fins do Século XVIII a teoria geral dos contratos refletida na doutrina muito pouco questionada parecia estar concluída sem merecer ajustes.

Ocorre, entretanto, que as transformações econômicas, sociais e políticas cada vez mais intensas demandaram novos conceitos, novas diretrizes, novos princípios e, paulatinamente, novas abordagens.

Nesse sentido,

Sociedade e Direito atuam como valores intercomplementares, o Direito a permitir à Sociedade que exercite seu irrequieto talento de mudar a criação, a Sociedade a consentir que o Direito exercite a serena prudência de modelar as mudanças, contendo com a comedida resistência dos diques o arrojo de um caudal que, liberado de peias, arrastará, devastando, tudo que se opuser à sua energia cega.³⁷

Atua o Direito, em especial nas relações obrigacionais contratuais, *pari passu* com a economia.

Os contratos regulados sob a égide do Estado Liberal viviam em território livre no qual imperava a autonomia da vontade; venciam os mais fortes e o Estado não cuidava das relações contratuais sob o paradigma da isonomia dos contratantes. A interpretação que era dada às relações contratuais tinham como base o conceito de que se contrataram, o fizeram por sua livre vontade e, portanto, cumpram a avença, o que fica claro na análise de Varella:

As transformações de ordem social, política e filosófica que vieram a desestruturar o jus-racionalismo oitocentista acabaram por minar, no plano jurídico-contratual, as bases do dogma da vontade. A superação do liberalismo econômico e o surgimento da sociedade de massas exigiram uma reformulação da teoria do negócio jurídico, que teve de ser adaptada à nova realidade. Nesse contexto, como observa ORLANDO GOMES (1980, p.43), os embates sofridos pela concepção voluntarista, decorrentes dentre outras razões, da superação de duas matrizes filosóficas e políticas, determinaram a revisão da teoria do negócio jurídico em pontos fundamentais.

(...)

³⁷ Cf. prefácio de José Augusto Rodrigues Pinto in: GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005.

A teoria que conceitua o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada impregna-se de sentido social, ao abandonar o dogma da vontade. A razão da vinculação contratual, portanto, passa a centra-se no fato que a promessa livremente aceite por cada uma das partes cria expectativas fundadas junto da outra e o acordo realiza fins dignos de tutela do direito. Ao interesse da livre ordenação dos interesses recíprocos das partes corresponde a necessidade de proteção da confiança de cada uma delas na validade do pacto firmado. Tal vinculação recíproca não viola o princípio da autonomia privada, uma vez que assenta sobre a autodeterminação de cada um dos contratantes.³⁸

Há, inexoravelmente, um movimento pendular nas relações humanas. Passa-se de um ambiente no qual o excesso de formalismo limitava por demais as relações obrigacionais, impondo segurança jurídica quase que absoluta, para um modelo oposto, em que a liberdade, também excessiva, apresentou-se como inapropriada para a tutela das relações obrigacionais volitivas. O pêndulo da história retornou fazendo com que excessos permitidos pela ausência do Estado como regulador de certas relações sejam reprimidos.

De longa data se pregava a necessidade de alterações da disciplina jurídica obrigacional. O anteprojeto do Código de Obrigações, proposto em 1963, por Caio Mário, afirmava: "mas o direito de nosso tempo, refletindo os efeitos da profunda transformação social que este século impôs à herança que recebeu, repele muitos conceitos, que reputa anacrônicos."³⁹

Merece destaque, que referida proposição de código obrigacional encontrava-se fundada em projeto oriundo da década de 1940. Portanto, há muito havia a tentativa de introdução de novos princípios norteadores das relações obrigacionais.

Gustavo Tepedino, demonstrando a transição de momento pelo qual passou a atuação estatal, manifesta-se da seguinte forma:

O legislador despede-se do papel de simples garante de uma ordem jurídica e social marcada pela igualdade formal (conquista inquestionável da Revolução Francesa), cujos riscos e resultados eram atribuídos à liberdade individual, para assumir um papel intervencionista, voltado para

³⁸ PARGENDLER, 2007, p. 3-4.

³⁹ PEREIRA, 2004, p. 391.

a consecução de finalidades sociais previamente estabelecidas e tutelando, para tanto, a atividade negocial.

Preocupa-se o legislador em particular com os efeitos perversos gerados pela isonomia formal, princípio destinado exatamente a acabar com privilégios do regime anterior mas que, aplicado às relações jurídicas de desigualdade, acabava por consagrar o predomínio da parte economicamente mais forte sobre a mais fraca.⁴⁰

4.1. A boa-fé subjetiva

A boa-fé subjetiva, ou seja, a intenção do contratante na feitura do contrato, ou seja, o seu entendimento de que aquilo que está fazendo é o correto, de acordo com o seu grau de conhecimento tem sua aplicabilidade vinculada de modo especial à posse. Tereza Negreiros denota o seu entendimento:

“A boa-fé tratada como novo princípio do direito contratual distingue-se daquela outra boa-fé, consistente numa análise subjetiva do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento. Esta última, denominada boa-fé subjetiva, é desde há muito conhecida da legislação brasileira. O novo Código civil a define ao tratar da posse de boa-fé. “Art. 201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa””.⁴¹

A boa-fé subjetiva, divergente da boa-fé objetiva, é tratada por Emilio Betti nos seguintes termos:

Deste modo resulta evidente a diferença inconfundível entre a boa-fé contratual, no sentido normativo, da boa-fé consistente na própria fé ou na limitação alheia. A boa-fé do possuidor ou do adquirente é, simplesmente, uma boa-fé justificativa, segundo a exigência do mínimo ético, do comportamento, que de outro modo teria carácter ilícito o que, em todo caso, não estaria protegido. A boa-fé de que se trata aqui, ao contrário, é essencialmente uma atitude de cooperação determinada a cumprir de modo positivo a expectativa da outra parte.⁴² (tradução livre do Autor)

⁴⁰ TEPEDINO, 2004, p. 220.

⁴¹ NEGREIROS, 2006, p. 119.

⁴² BETTI, 1969, p. 101.<<De este modo resulta evidente la diferencia inconfundible que distingue la buena fe contractual, em sentido normativo, de la buena Fe consistente em la creencia em la própria o em la ajena limitacion. La buena Fe Del poseedor o Del adquirente ES, simplemente, una buena Fe justificativa, según la exigência Del mínimo ético, Del comportamiento, que de outro modo tendría carácter ilícito o que, em todo caso, no estaria protegido. La buena Fe de que se trata aqui, em cambio, es esencialmente una actitud de cooperación encaminhada a cumplir de modo positivo la expectativa de la parte.>>

A boa-fé subjetiva engloba o íntimo e os valores do contratante, isto é, caracteriza-se pela crença pessoal na correção da atitude exteriorizada daquele que manifesta sua vontade.

Há de se considerar o estado de consciência ou o aspecto psicológico do contratante quando da análise de sua boa-fé subjetiva. Sendo assim, esta pode ser considerada como a convicção de que o contratante possui acerca da licitude e da legitimidade das consequências de sua ação, o que o torna subjetivamente de boa-fé.

Em outras palavras, a existência de boa-fé subjetiva depende do real querer do agente quando da exteriorização de sua vontade, ou seja, a sua intenção – dentro de sua capacidade intelectual – de não prejudicar a outra parte.

Observa-se, portanto, que a boa-fé subjetiva se correlaciona às condições pessoais do contratante, aos seus princípios morais e éticos particulares, além de sua instrução intelectual, posto que, é a intenção íntima do contratante de não causar danos – ou o desconhecimento sobre a possibilidade de suas atitudes causarem prejuízos – que configura sua boa-fé subjetiva. Contrariamente à boa-fé subjetiva existe a má-fé, podendo ser conceituada como a vontade de prejudicar, de causar dano.

Para bem aclarar a distinção entre ambas, assim preleciona Judith Martins-Costa⁴³

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, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente substanciado.

⁴³ COSTA, 1999, p. 274.

4.2. As cláusulas gerais e sua interpretação

A cláusula geral é uma técnica legislativa pela qual o legislador estabelece uma norma aberta, que comportará interpretação para aferir o seu cumprimento. Assim, é que a avaliação da boa-fé levará em consideração o tempo e o espaço no qual sua aplicação se dará.

A Prof^a. Miriam de Abreu Machado e Campos⁴⁴ assim se posiciona:

Cláusulas Gerais. Definição. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (generalklauseln) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significadamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz. Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.

Béatrice Jaluzot⁴⁵, também se manifesta sobre o tema:

A. A noção de uma cláusula geral

O direito francês não utiliza esta terminologia e ainda não tem grandes debates doutrinários como na Alemanha. Uma cláusula geral é uma regra que tem a característica de estar livre da exigência de aplicação específica e específicas consequências legais. Eles são <<vagos>> <<abstratos>> ou <<gerais>>. Segundo a doutrina alemã no sentido de uma cláusula geral reside na sua capacidade de adaptar o direito às mudanças sociais. (tradução livre do Autor)

Segundo Fabiano Menke (2004), as cláusulas gerais têm origem na Alemanha após a I Guerra Mundial, período no qual os alemães sofreram a

⁴⁴ CAMPOS, p. 42.

⁴⁵ JALUZOT, 2001, p. 75. Cf.: «A. La notion de clause générale. Le droit français n'emploie pas cette terminologie qui a pourtant donné lieu à d'importants débats doctrinaux outre-Rhin. Une clause générale est une règle qui a pour caractéristique d'être dépourvue de condition d'application déterminée ainsi que de conséquence juridique précise. Elles sont <<vagues>>, <<abstraites>> ou <<générale>>. Selon la doctrine allemande le sens d'une clause générale réside dans sa capacité d'adapter le droit aux changements sociaux (<<flexible Reaktionen des Rechts aus gesellschaftliche Wandlung zu ermöglichen>>».

hiperinflação, o que provocou sérios danos à sociedade. Assim, em período de grande volatilidade institucional e financeira, as regras sociais precisavam se amoldar às exigências das constantes mudanças, em decorrência da incompletude da legislação codificada.

De acordo com Fabiano Menke,

Os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores são os que mais se assemelham às cláusulas gerais, pois também representam vagueza semântica e reenvio de *standards*. Para alguns, a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado referente a valores é que a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta as consequências, quais os efeitos incidentes no caso concreto da aplicação do dispositivo. Na cláusula geral isso não ocorre, a operação intelectual do juiz é mais complexa e vai mais longe, pois é ele quem determina os efeitos, as consequências práticas.⁴⁶

Diante da complexidade do mundo moderno, certas normas de conduta não podem ficar adstritas ao modelo estático, pois reclama as adaptações necessárias para o atendimento das complexas relações sociais. Nesse sentido é que a técnica legislativa da cláusula geral tem a função de permitir maior mobilidade do sistema jurídico (MARTINS-COSTA, 1999), em detrimento de norma inflexível. Por outro lado, como assevera a Prof^a. Miriam de Abreu Machado e Campos, existem desvantagens no uso da cláusula geral, conforme se pode ver:

Desvantagem da cláusula geral. Confere certo grau de incerteza, dada a possibilidade de o juiz criar a norma pela determinação dos conceitos, preenchendo o seu conteúdo com valores. Pode servir de pretexto para o recrudescimento de ideias, como instrumento de dominação por regimes totalitários ou pela economia capitalista extremada. Essas desvantagens foram apontadas por Wieacker, que, a um só tempo, elogiou a jurisprudência alemã, pela forma adulta e responsável com que enfrentou os períodos pós-primeira guerra mundial, do nacional-socialismo, e pós segunda guerra mundial, ao aplicar as cláusulas gerais do BGB (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, § 25, III, 3, p. 476)⁴⁷

⁴⁶ MENKE, 2004, P. 15.

⁴⁷ CAMPOS, p. 43

No mesmo sentido da opinião exarada pela Prof^a. Miriam Abreu Machado e Campos, Humberto Theodoro Jr. se expressa:

A Adoção de um sistema normativo inspirado em conceitos abertos e cláusulas gerais tem, é certo, suas virtudes, mas apresenta, também, riscos e perigos que não são poucos nem pequenos. Uma norma legal em branco evidentemente permite ao juiz preencher o claro legislativo de modo a aproximar-se mais da justiça do caso concreto. O aplicador da lei, contudo, sofre a constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais sobre os que a ordem jurídica adotou como indispensáveis ao sistema geral de organização social legislada.⁴⁸

A cláusula geral, pelo seu conteúdo vago, tem o juiz como destinatário para interpretá-la, como bem pode ser observado da lição da Prof^a. Miriam Abreu Machado e Campos. A esse respeito, Judith Martins-Costa esclarece:

Já o segundo vetor indica que as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas. A sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão descritos nem na própria cláusula geral, nem, por vezes, no próprio ordenamento jurídico, podendo ainda o juiz ser direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta.”⁴⁹

Na opinião de Humberto Theodoro Jr.:

O uso de cláusulas gerais pelo legislador, que edita normas com conceitos vagos e indeterminados, propicia realmente uma oportunidade ao juiz de procurar soluções com maior dosagem de justiça diante dos casos concretos. Toca-lhe, nessas circunstâncias, uma força criadora do direito mais intensa para complementar a regra oriunda do legislador.

O critério tem vantagens mas também cria riscos evidentes para a ordem socioeconômica. No campo dos contratos a insegurança se manifestará pela circunstância de que o contratante não tem condições de saber com precisão qual será o entendimento do juiz em torno do comportamento devido, já que a descrição dessa conduta não vem desde logo revelada na lei.

De maneira alguma pode-se pensar que a cláusula geral abre ensejo a uma atividade arbitrária para o juiz. Sua criatividade será maior, nunca, porém totalmente livre. A conduta devida com que preencherá a norma vaga da lei só poderá ser alcançada segundo “os valores da comunidade” com os quais definir-se-á “as condutas normalmente adotadas naquele lugar e naquelas circunstâncias” e por conseguinte se estabelecerá de que modo poderia a parte cumprir com tais expectativas. A responsabilidade do juiz na adoção dos parâmetros para implementar uma cláusula geral é enorme. Mais do que em qualquer outra ocasião o dever de fundamentar suas decisões se revela premente, porque lhe

⁴⁸ THEODORO JR., 2004, P.124-125.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, 1999, p. 329-330.

cabe “explicar às partes e à comunidade jurídica como e porque tais condutas foram consideradas as devidas na situação do processo, pois foi nessa norma de dever (criada por ele, para o caso) que alicerçou a solução da causa.”⁵⁰

A interpretação das cláusulas gerais deverá ocorrer através do método da concreção, pelo qual o tipo legal é examinado, valorado considerando todo o contexto no qual está inserido o caso concreto.

No confronto entre os dois métodos subsunção, ou seja, aplicação de raciocínio lógico no qual através de confronto entre premissa maior e menor se encontra a conclusão, a concreção deve prevalecer

A subsunção pura, entendida como raciocínio lógico por meio do qual se chega à conclusão a partir da confrontação entre premissa maior e premissa menor, não deve ser considerado o método adequado para a interpretação das cláusulas gerais, haja vista que a premissa maior deve, primeiramente ser construída pelo julgador;

O método da concreção é o mais razoável para a interpretação das cláusulas gerais, pois, a partir dele constrói-se o tipo legal carecedor de valoração por meio do exame da totalidade do contexto que circunda o caso concreto.⁵¹

A função judicante na interpretação das cláusulas gerais encontra-se limitada pela aplicação das normas da comunidade e lhe é vedada a arbitrariedade. Essa orientação pode ser observada em acórdão exarado do Supremo Tribunal Federal:

Não pode o juiz, sob alegação de que aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou de equidade, substituir-se ao legislador para formular de próprio a regra de direito aplicável.

Mitigue o Juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério.⁵²

⁵⁰ THEODORO JR., 2004, p. 253-254.

⁵¹ MENKE, 2004, p. 33.

⁵² STF, RE nº 93.701-3/MG, 1ª. T., Rel. Min. Oscar dias Corrêa, ac. De 24.09.1985, in revista Amagis, vol 8, p. 363.

4.3. A boa-fé objetiva

A parte histórica deste estudo demonstrou que a noção de boa fé foi cunhada primeiramente no Direito Romano, embora a concepção oferecida pelos alemães, receptores da cultura romanista, não foi exatamente a mesma.

No direito alemão, a boa fé traduzia-se na fórmula *Treu und Glauben* (lealdade e confiança), regra objetiva, que deveria ser observada nas relações jurídicas em geral.

A fórmula alemã demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo-a numa noção distinta da romana.

Ao invés de denotar a fidelidade ao pactuado, a cultura germânica inseriu as ideias de lealdade e crença, as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados.

Assim, trata-se de conceito aberto que exige do jurista acentuada carga de abstração. A língua alemã, dado o seu alto grau de precisão semântica, facilita a concretização lingüística dos mais profundos pensamentos jurídicos.

Vê-se que a boa-fé é uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. A boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente.

De sua vertente principiológica, a boa-fé é um conceito ético, moldado nas ideias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar

Judith Martins-Costa leciona:

Já por boa-fé objetiva se quer significar – segundo conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alem de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países de *common Law* – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.⁵³

⁵³ MARTINS-COSTA, 1999, P. 411.

Como base constitucional a fundamentar a boa-fé objetiva, Gustavo Tepedino identifica quatro princípios, a seguir elencados:

a boa-fé decorre de quatro princípios fundamentais para a ordem econômica: 1. A dignidade da pessoa humana (art. 1º., III, CF). 2. O valor social da livre iniciativa (art. 1º., IV, CF). 3. A solidariedade social (art. 3º., I, CF). IV. A igualdade substancial (art. III, CF), vinculados diretamente à dicção do art. 170, CF, de modo a enfatizar “o significado instrumental da atividade econômica privada para a consecução dos fundamentos e objetivos da ordem constitucional.”⁵⁴

De fato, antes do Código Civil de 2002 a boa-fé, como princípio, já se encontrava expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4º., III e art. 51, IV. Entretanto, merece destaque que, na condição de regra de interpretação contratual a boa-fé já se encontrava positivada no Código Comercial, conforme artigo 131.

A doutrina já pacificou o entendimento da aplicação da boa-fé objetiva em todas as fases contratuais, conforme adiante será demonstrado.

No Direito Civil a boa-fé objetiva está positivada nos artigos 113, 187 e 422, que assim dispõem:

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

“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. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”⁵⁵

Humberto Theodoro Jr., ao dissertar sobre a boa-fé como regra de conduta, assim se manifesta:

A invocação da boa-fé, em matéria de revisão contratual sempre se fez, na tradição do direito das obrigações, como fundamento para desconstituição ou anulação do negócio jurídico por vício de consentimento (erro, dolo, coação, fraude).

Na moderna concepção da função social do contrato, agasalhada pelo CDC, a boa-fé assume feição diferente da tradicional. Em vez de se localizar no plano subjetivo da formação do consentimento, ela se desloca para o plano objetivo do equilíbrio entre as prestações e contraprestações. Não desapareceu a boa-fé subjetiva, que continua

⁵⁴ TEPEDINO, 2006, p. 17.

⁵⁵ BRASIL. Código Civil Brasileiro.

sustentando a teoria dos vícios de consentimento. O que houve foi a abertura para o reexame objetivo da base econômico-jurídica do contrato, a ser feito, em nome da equidade, a partir de análise das cláusulas negociais avençadas.⁵⁶

4.3.1. Funções da boa-fé objetiva

São três as funções da boa-fé objetiva: (a) cânone hermenêutico-integrativo, do contrato, cuja normatividade pode ser observada no Código Civil Brasileiro, artigo 113, (b) criação de deveres jurídicos, assentado no artigo 422 do Código Civil e (c) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos, regulado através do artigo 187 do Código Civil.

4.3.1.1 Função hermenêutico-integrativa

A Prof^a Miriam de Abreu Machado e Campos⁵⁷, acerca da função hermenêutico-integrativa, comenta:

Função de complementação ou concretização da relação (*Ergänzungsfunktion*), podendo o aplicador da lei, através do princípio da boa-fé objetiva, visualizar e precisar quais os deveres daquela relação em especial (por exemplo, incluindo as informações veiculadas em publicidade por uma seguradora ou grupo bancário, art. 30 do CDC), também chamada de função interpretativa. A expressão alemã é de valorar-se e destacar-se, pois bem especifica a função ativa do juiz, uma vez que se trata do *Richterrecht* (Direito dos juízes), isto é, há uma atividade mais completa e complexa do que a simples interpretação pelo juiz, há, sim, concreção de cláusula geral. Exemplo: a decisão do TJRS, em caso envolvendo seguro de “condomínio residencial”, em que cláusula contratual dava direito ao conserto do elevador somente após “comunicação” à seguradora: e na AP. Civ. 598002079, j 03.06.1998, em que o Dês. Antônio Janyr Dall Agnol Júnior ensinou: “Seguro de dano. Interpretação de cláusula. Comunicação imediata, não necessidade prévia. Dano em elevador de edifício de apartamentos residenciais. Segundo interpretação que se ostenta melhor, a exigência em casos como os dos autos, é de comunicação, sim, e imediata, mas não necessariamente prévia, do dano em elevador de edifício de apartamentos residenciais, pois desarrazoado que se aguardem providências da seguradora, para, apenas, após efetivar o conserto, sempre urgente quando se cuida deste meio de transporte de pessoas.

⁵⁶ THEODORO JR. , 2004, p. 21.

⁵⁷ CAMPOS, p. 6. (amparada em *Jaunernig – Bürgerliches Gesetzelbusch Kommentar 11 Auflage Verlag C.H. Beck Munchem §242. F.171*

Couto e Silva refere-se à função integradora da boa-fé nos seguintes termos: “não se pode recusar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé.”⁵⁸

De fato, a primeira função, hermenêutica integradora, exerce o papel de preenchimento de lacunas, eis que na vasta opção e diversidade de possibilidades das relações contratuais, haverá situações que as partes não puderam prever. Entra, nesse ponto, a função de complementação ou concretização da boa-fé objetiva como meio de suprir as lacunas porventura existentes.

4.3.1.2. Função de criação de deveres jurídicos

As relações contratuais exigem deveres principais e acessórios. Os deveres principais formam o núcleo da obrigação e constituem o motivo pelo qual a obrigação foi encetada. Entretanto, para que a obrigação principal seja cumprida, necessário se faz a existência de deveres acessórios, também chamados de secundários, laterais ou satelitários.

Judith Martins-Costa disserta sobre os deveres secundários da seguinte forma:

Os deveres secundários, por sua vez, subdividem-se em duas grandes espécies: os deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal, que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal (v.g, na compra e venda o dever de conservar a coisa vendida, ou de transportá-la, ou de embalá-la), e os deveres secundários com prestação autônoma, os quais podem revelar-se como verdadeiros sucedâneos da obrigação principal (como o dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação, ou o dever de garantir a coisa, mediante prestação de garantia autônoma, tal qual o contrato de *garantie à la premiere demande*, conhecido no comércio internacional), podendo, ainda, ser autônomos ou coexistentes como dever principal (v.g, o dever de indenizar, por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária).

(...)

O que importa destacar, contudo, são os deveres instrumentais, ou laterais, ou deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela, expressões todas que se reportam, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenpflichten* (Esser), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa,

⁵⁸ COUTO E SILVA, 1976, p.32.

Schulzpflichten (Stoll) e *weitere Verhaltenspflichten* (Larenz), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento.⁵⁹

Os deveres acessórios classificam-se em:

a) Deveres de cuidado, previdência e segurança

As partes devem comporta-se de modo que, dentro da realidade e das possibilidades, os recíprocos interesses sejam protegidos. Um exemplo pode ser a obrigação do depositário de, além de guardar a coisa, acondicionar de forma adequada o bem depositado;

b) Deveres de aviso e esclarecimento

Os esclarecimentos necessários para a boa compreensão acerca dos aspectos contratuais devem ser fornecidos. Como exemplo, pode ser citado o gerente de banco que deve informar ao cliente acerca dos riscos inerentes às aplicações financeiras que lhe são ofertadas pelo banco ou, também, o médico que deve esclarecer ao paciente sobre os riscos e possibilidades afeitas ao tratamento a que será submetido. No âmbito das negociações preliminares as partes devem advertir-se mutuamente sobre fatos relevantes que poderão causar impacto na formação contratual

c) Deveres de informação

É dever das partes prover as informações relevantes que serão analisadas para que estas decidam sobre a contratação ou não. Na contratação de empresa para prestar serviços em local cuja atividade está submetida a condições insalubres ou perigosas, tal fato deve ser informado, para que o preço ofertado considere o pagamento de adicionais aos empregados, tendo em vista as disposições da legislação trabalhista.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, 1999, p. 437

d) Deveres de prestação de contas

Esse dever incumbe, primordialmente, aos gestores e mandatários, como corolário de suas atividades.

e) Deveres de cooperação e colaboração

O cumprimento do objeto contratual exige a cooperação de ambas as partes. Neste sentido, “é dever das partes “auxiliar a realização das atividades prévias necessárias à consecução dos fins do contrato, assim como de afastar todas as dificuldades para tal consecução, estando este afastamento ao alcance das mesmas.”⁶⁰

f) Deveres de proteção

As partes devem proteger e cuidar das pessoas, bem como do patrimônio da parte contrária. Nesse sentido, por exemplo, uma sala de espetáculos ao ser projetada deverá levar em consideração os possíveis riscos de acidentes, de modo a implementar medidas mitigadoras desses riscos.

g) Deveres de omissão e de segredo

As partes devem manter confidencialidade sobre as informações a que tiveram acesso por força do contrato ou durante as negociações preliminares. A confiança que é outorgada à parte que recebe a informação não pode ser quebrada com o repasse da informação a terceiros, sob pena de causar prejuízos. Assim, é que um empregado que deixa uma empresa não pode passar a outrem as informações a que teve acesso durante o período em que trabalhou. Do mesmo modo, um motorista deve guardar segredo das informações que ouviu de seu patrão, ao dirigir seu veículo.

⁶⁰ CAMPOS, p.37.

4.3.1.3 Função de limitação ao exercício de direitos subjetivos

A terceira função da boa-fé objetiva é a função de controle e de limitação das condutas (*Schrankenfunktion*). Essa função determina a limitação do exercício de direitos em relação à sua posição jurídica.

Em outras palavras, é durante aquele exercício de interpretação conforme a boa-fé, de concreção, que o magistrado irá identificar os limites à liberdade contratual, isto é, quais as cláusulas que ferem a boa-fé, cláusulas abusivas e nulas, que por isso não poderão ser consideradas, cláusulas que não pertencem ao “pacto” (*pacta*), cláusulas que violam o Direito e não poderão (*sunt*) ser “servidas” (*servanda*) ou ter qualquer eficácia, nem por vontade das partes nem por decisão do juiz, uma vez que ofendem a ordem pública (art. 1º do CDC).⁶¹

Judith Martins-Costa afirma:

Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida.⁶²

Desta forma, a boa-fé objetiva apresenta-se como norte a ser seguido no que diz respeito à sanção das condutas abusivas quando do exercício dos direitos subjetivos. Larenz, dissertando a respeito do princípio geral do respeito recíproco, leciona:

O homem tem direitos e deveres e está em relações jurídicas com os demais homens, porque é uma pessoa, isto é, um ser capaz de atuar com autonomia, que está colocado sob exigências, experimenta deveres e suporta por eles algumas responsabilidades. ⁶³ (tradução livre do Autor)

Na interpretação de Gustavo Tepedino, “a categoria do abuso do direito surgiu justamente no intuito de reprimir os atos que, embora praticados com estrita observância da lei, violavam o seu espírito.”⁶⁴

⁶¹ CAMPOS, p. 6.

⁶² MARTINS-COSTA, 1999, p.457

⁶³ LARENZ, 1985, p. 57. <<El hombre tiene derechos y deberes y está em relaciones jurídicas com los demás hombres, porque es persona, esto es, um ser capaz de actuar com autonomia, que está colocado bajo unas exigências, experimenta unos deberes y suporta por ello unas responsabilidades.>>

⁶⁴ TEPEDINO, 2004, p. 341

A jurisprudência pátria tem reconhecido a figura do abuso do direito em diversas ocasiões. Caso típico de abuso de direito reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, é a figura do banco que se apropria de recursos do correntista devedor em outras operações com o mesmo banco.

4.3.2. A boa-fé objetiva e o princípio da confiança

O papel do Princípio da Confiança é fundamental para a compreensão da boa-fé objetiva. *Glauben*, expressão do Direito Alemão no qual se assenta a boa-fé objetiva positivada no Direito Brasileiro, conforme observa a Prof^a. Miriam de Abreu Machado e Campos, muito embora tenha sido utilizada para traduzir a *fides* latina no sentido cristão de fé, “comportava, também, o sentido de “confiança” e de “crença”, numa semântica desaparecida em novo-alto-alemão”.⁶⁵

No dizer de Menezes Cordeiro,

A ideia de confiança surgiu, de modo repetido, nas diversas manifestações da boa-fé, seja como dado efectivo, depreendido de várias concretizações do fenómeno, seja como tentativa de explicação, apresentada em conjunturas diversas. Dispondo, neste momento, de material bastante, cabe indagar da possibilidade de, pela sua redução dogmática, elaborar um princípio da confiança, que integraria parte substancial do conteúdo da boa fé.

A confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela. Rejeita-se, para traduzir a realidade em causa, a locução <<aparência>>, corrente na literatura alemã do princípio do século e mantida, até hoje, no espaço latino: apenas interessa considerar a aparência que tenha repercussões humanas, enquanto, por outro lado, ela não é necessária para provocar a adesão a representações que constitui o cerne do tema em causa.⁶⁶

A confiança recíproca que se outorgam as pessoas, o marido e a esposa, os pais e os filhos os empregados e os empregadores, dentre outros sem números de possibilidades, reforça a necessidade da proteção para a manutenção da paz social; inexistente a confiança, haverá mera esperança.

Larenz expressa-se sobre a questão:

⁶⁵ CAMPOS, p. 3

⁶⁶ CORDEIRO, 2001, p.1.234

O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar, como temos visto, é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.⁶⁷ (tradução livre do Autor)

Em artigo específico a respeito do Princípio da Confiança, Raphael Manhaes Martins explica:

Embora a confiança tenha diversos matizes e graduações, a ideia básica é que os sujeitos aderem a relações jurídicas específicas em virtude de representações manifestadas por terceiros, independentemente de uma maior ponderação sobre todas as consequências causais dessa adesão. E esse fato ocorre, exclusivamente, pela confiança depositada na outra pessoa ou na própria relação jurídica. Importa notar, entretanto, que essa confiança não significa in consequência ou mesmo ingenuidade. O confiar nada mais é do que uma necessidade social. Afinal, o ser humano precisa eliminar algumas das possibilidades que lhe são diuturnamente oferecidas, para reduzir a complexidade social e permitir uma intervenção mais eficaz nas suas redes de relações.

Mas, se é verdade que a atuação movida pela confiança – i.e., “irrefletida” ou “indiferente” – permite e propicia o desenvolvimento de certas atividades, bem como a tomada de decisões de forma mais eficiente, devemos reconhecer também a consequência desastrosa que ela cria para as relações intersubjetivas. Ao confiar, o sujeito “abaixa suas guardas”, não levando em consideração o que pode vir a ocorrer caso sua confiança seja violada. É o caso da mãe que confia o filho a uma babá, ou do motorista que confia em que os demais carros obedecerão às regras de trânsito. Sabe-se lá de todos os efeitos que uma violação dessa confiança pode representar...

Vê-se que a proteção da confiança não é apenas uma questão meramente ética ou moral. Ela se consubstancia em uma necessidade do próprio modelo jurídico e do contexto social contemporâneo. Isto porque, conforme apontado pela própria doutrina brasileira, a proteção da confiança legítima assume duplo papel no ordenamento: i) atua como uma proteção das legítimas expectativas; e ii) ao mesmo tempo funciona como justificativa da vinculabilidade das partes à relação jurídica.

Assim, no que poderíamos chamar de sua “dimensão negativa”, ela busca proteger as expectativas legítimas criadas pela conduta de terceiros. Nessa dimensão, a confiança permite aos indivíduos prosseguir com suas atividades, protegidos de uma eventual conduta leviana, ou melhor, contraditória, de terceiros, em quem se confiou.

Numa perspectiva positiva, entretanto, a proteção da confiança pelo ordenamento funciona como verdadeira justificativa da vinculabilidade de terceiros aos negócios jurídicos de que participam. Afinal, se aceitamos que a relação obrigacional surge não do contrato, mas do próprio contato social entre as partes, e a partir desse ponto a relação se desenvolve, teleologicamente, rumo à satisfação do interesse das partes envolvidas, torna-se certo que a confiança entre as partes é um importante elemento da vinculabilidade destas à referida relação. E da vinculabilidade pela confiança surgem os deveres de não criar ou sustentar indevidamente as

⁶⁷ LARENZ, 1985, p. 91 <<El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por El comportamiento de outro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, ES condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres e, por tanto, de la paz jurídica.>>

expectativas das outras partes, bem como de prevenir a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas.⁶⁸

A doutrina não é unânime em identificar a relação entre a confiança e a boa-fé. Há divergência se a boa-fé decorre da confiança, ou vice versa, ou ainda, se são princípios independentes e convergentes entre si, circunstância que se amolda mais ao sistema jurídico pátrio. Isto porque a boa-fé impõe às partes um padrão de conduta cooperativa na busca da concretização do contrato, enquanto a confiança não impõe um padrão de conduta, mas a ele está conectado pela legítima expectativa da parte que, neste caso, corresponde a um dever jurídico.

Calmes se posiciona sobre o Princípio da Confiança da seguinte forma:

A exigência da boa-fé é invocada freqüentemente na Suíça e algumas vezes na Alemanha, como fonte direta do princípio da proteção da confiança. Mas, como elemento fundamental, ela não nos parece, entre todos os elementos, levar em conta que condições devam necessariamente ser preenchidas para que a proteção possa efetivamente desempenhar seu papel. Assim, mesmo que a exigência da boa fé que se impõe a todas as pessoas pareça exigir o respeito da confiança legítima suscitada, assim parece constituir sua fonte [...], nos parece que, por fim, é a proteção da confiança legítima que induz à inserção da boa fé –do particular –no âmbito do mecanismo técnico ao qual, invariavelmente retorna, e, portanto, que inclui em seus elementos constitutivos.⁶⁹ (Tradução livre do Autor)

Para enriquecer a interpretação do tema, Menezes Cordeiro contribui com sua lição:

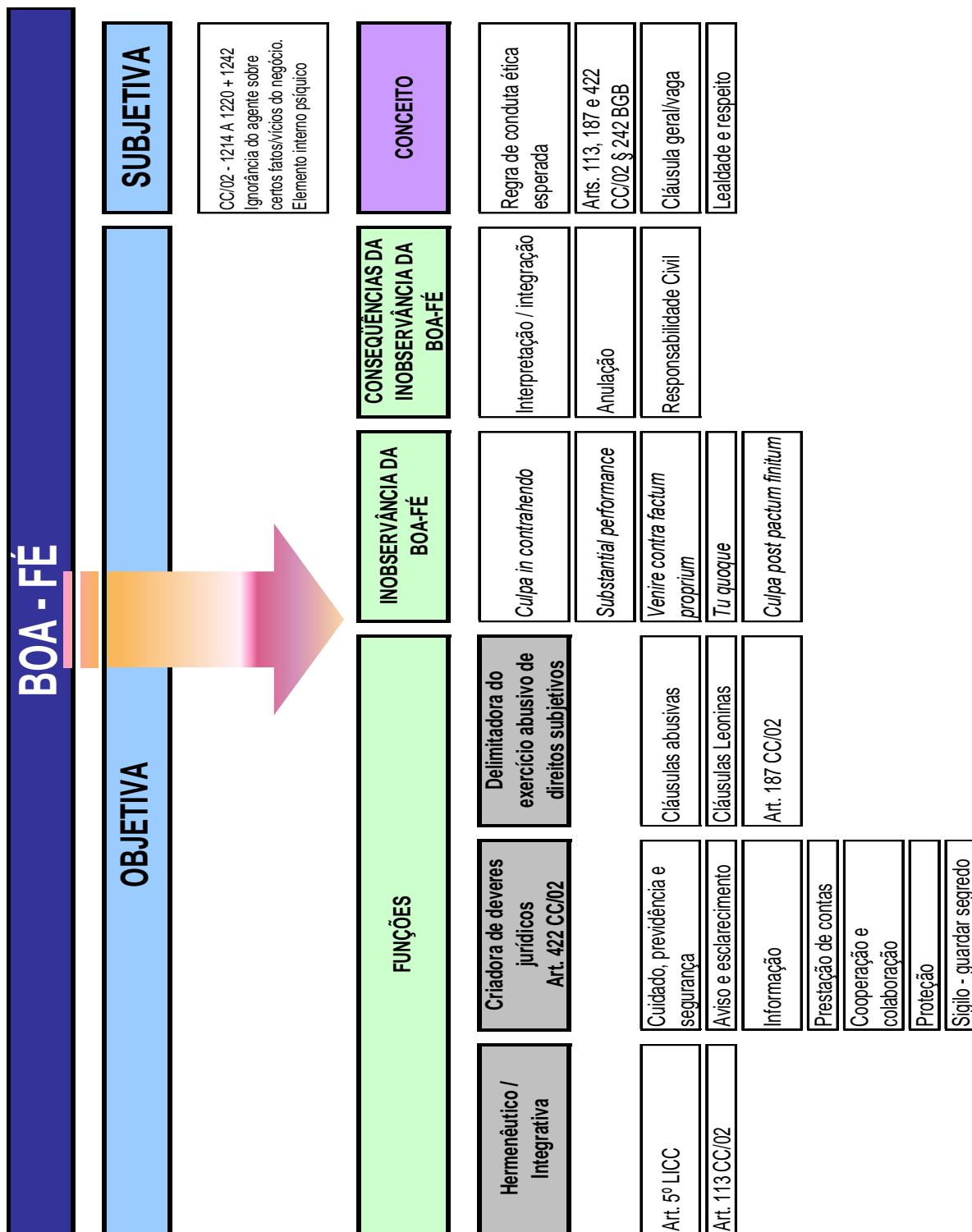
Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada a confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falta uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carregam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e se justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja projecção transcende o campo civil.⁷⁰

⁶⁸ MARTINS, 2008, p.12.

⁶⁹ CALMES, 2001, p. 227 << L'exigence de bonne foi est invoquée, en Suisse souvent, en Allemagne parfois, comme étant la source directe du principe de protection de la confiance. Mais si elle en constitue bien un élément fondamental, elle ne nous paraît, dans tous les cas, entrer en ligne de compte qu'en tant que condition devant nécessairement être remplie pour la protection puisse effectivement jouer. Ainsi, même si l'exigence de bonne foi – qui s'impose à toutes les personnes – paraît requérir le respect de la confiance légitime suscitée, conc paraît constituer sa source [...], il nous semble qu'en fin de compte c'est la protection de la confiance légitime qui induit la prise en compte de la bonne foi – de la personne privée –, au sein du mécanisme technique auquel elle renvoie invariablement, et donc qui l'englobe dans ses éléments constitutifs.>>

⁷⁰ CORDEIRO, 2001, p. 1.250

Quadro 1 – Boa-fé – quadro geral



4.4. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial das obrigações

A doutrina sobre adimplemento substancial das obrigações, ou *substantial performance*, está apresentada adiante, demonstrando, em primeiro lugar, suas raízes históricas que tem origem na *Common Law*, principalmente em julgados (“Cases”) da Inglaterra.

Em seguida, são analisados conceitos de *substantial performance* extraídos de publicações americanas.

Algumas decisões, tendo por base a legislação estrangeira, no caso, com origem nos Estados Unidos da América, são apresentadas em conjunto com a jurisprudência pátria, de modo a possibilitar a comparação entre a aplicação da doutrina *substantial performance* no Brasil e nos Estados Unidos.

A *substantial performance*, também conhecida como Teoria do Adimplemento Substancial, iniciou-se nos Tribunais Ingleses, em 1795, após o julgamento do caso Cutter x Powell.⁷¹, como descrito a seguir.

Uma viúva ingressa em juízo cobrando o pagamento de parte do contrato firmado entre seu cônjuge, Cutter, e Powell. Cutter foi contratado por Powell como imediato do navio que partiu de Kingston, com destino a Liverpool, com tempo previsto de, aproximadamente, 03 meses. A dezenove dias do término da viagem Cutter vem a óbito. O Tribunal, considerando o exato e estrito cumprimento dos contratos, decidiu pela improcedência, uma vez que a obrigação não fora cumprida e de acordo com a convenção entre as partes o pagamento só seria devido após o cumprimento do ajustado.

Reconhecendo a injustiça cometida, a Corte da Equity passou a adotar a *substantial performance*, aplicando o Princípio da Boa-fé Objetiva e considerando a execução praticamente absoluta do contrato, ainda que imperfeita.

O caso Boone v. Eyre de 1779, julgado por Lord Mansfield, concretizou a doutrina do adimplemento substancial. As partes firmaram um contrato de transferência da propriedade de uma plantação nas Antilhas, juntamente com os escravos, garantindo o domínio e posse pacífica, mediante o pagamento de uma renda anual. O pagamento da renda por Eyre estava atrasado e Boone ingressou

⁷¹ BECKER, 1993, p.62.

em juízo exigindo o pagamento. Eyre sustentou que a obrigação não estava sendo cumprida uma vez que não garantiu o domínio e não havia mais escravos. Ao julgar procedente o tribunal entendeu que não havia obrigações dependentes e sim a própria essência do contrato, sendo resolvida em perdas e danos, não sendo cabível a resolução do contrato.

Da observação dos casos narrados, observa-se que os julgados ingleses (“cases”) adentraram na boa-fé como fundamento para dirimir litígios que, à luz da análise contratual pura e simples, teria outro desfecho, certamente injusto.

A origem do Adimplemento Substancial no Brasil se confunde com a origem da aplicação da boa-fé. O art. 131 do Código Comercial é considerado a primeira normatização da boa-fé.

Art. 131⁷². Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das
I – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

A doutrina e jurisprudência não evidenciaram o princípio, e segundo Teresa Negreiros

“isso ocorreu porque a boa fé foi colocada em contraposição ao sentido literal das cláusulas contratuais na medida em que deveria incidir não apenas na relação entre o declarado e o suposto, mas igualmente sobre o núcleo mesmo da vontade intencionada, podendo inclusive redundar em sua desconsideração”.⁷³

O maior avanço na aplicação da boa-fé se deu com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que foi utilizado na interpretação de cláusulas contratuais, e também para a integração das obrigações pactuadas, revelando ser fundamental que as partes se comportem com correção e lealdade até o cumprimento de suas prestações.⁷⁴

O artigo 51, IV da referida legislação, insere a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro ao dispor:

⁷² [Revogado pelo Código Civil de 2002.](#)

⁷³ NEGREIROS, 1998, p. 48-9

⁷⁴ MARTINS-COSTA, 2000, p. 267.

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 sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.⁷⁵

Com o Código Civil de 2002 a boa-fé fixa-se de maneira definitiva no Direito Brasileiro, uma vez que esta deixa de ser utilizada apenas nos seus aspectos subjetivos, em casos de ignorância escusável, incidindo também nos aspectos objetivos, sobre os deveres autônomos de todos os contratos, civis ou empresariais, deixando de ser aplicado apenas nas relações de consumo.

Os dispositivos do Código Civil de 2002 referentes à aplicação da boa-fé são os seguintes:

“Art. 113 determina que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”⁷⁶

“Art. 187, que diz que "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".⁷⁷

“Art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.⁷⁸

O adimplemento substancial não está, formalmente, previsto no Código Civil de 2002. Todavia, torna-se claro nas palavras de Teresa Negreiros que

é no exercício da sua função de limitar o exercício de direitos subjetivos em nome da preservação do sinalagma que a boa-fé serve como fundamento para a chamada teoria do adimplemento substancial (...) Isto pois a substancialidade do adimplemento, apurada conforme as circunstâncias, e em vista da finalidade econômico-social do contrato em exame, garante a manutenção do equilíbrio entre as prestações correspectivas, não chegando o descumprimento parcial a abalar o sinalagma.⁷⁹

⁷⁵ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor.

⁷⁶ BRASIL. Código Civil Brasileiro.

⁷⁷ BRASIL. Código Civil Brasileiro.

⁷⁸ BRASIL. Código Civil Brasileiro.

⁷⁹ NEGREIROS, 2006, p. 77

Emilio Betti usa a boa fé objetiva como fundamento para “mitigar las obligaciones asumidas por el contrato (...), según las exigencias de adaptación a circunstancias sobrevenidas”.⁸⁰

Regis Fichtner Pereira exemplifica as projeções práticas do princípio da boa fé, sob a ótica do adimplemento substancial:

Será em nome do princípio da boa-fé que o juiz poderá temperar o rigor da lei em certas hipóteses, como quando a prestação devida ao credor for impossível de ser executada apenas em relação a uma pequena parte, ou quando o vício da coisa vendida for insignificante, ou quando for oposta a exceção do contrato por falta de cumprimento da prestação contrária (...) em parcela insignificante.⁸¹

Assim, mesmo sem a previsão expressa no novo Código Civil, os princípios da boa-fé objetiva inseridas no artigo 422 do Código Civil, os princípios da função social dos contratos, no art. 421, a vedação do abuso de direito, art. 187 e a vedação do enriquecimento sem causa, art. 884, do mesmo ordenamento, se tornam base para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro.

A respeito da *substantial performance*, alguns conceitos merecem destaque:

Adimplemento substancial - significa que o grau de execução de um contrato que, embora não seja igual ao desempenho pleno e completo, é quase tão equivalentes que seria insensato negar ao contratante o pagamento acordado no contrato, sem prejuízo, evidentemente, para o proprietário o direito de recuperar quaisquer danos sofridos em razão da insuficiência do contratante para tornar plena e completa o desempenho. (tradução livre do Autor)⁸²

Adimplemento substancial (cumprimento) definição jurídica Doutrina na qual define que, se uma tentativa foi feita de boa-fé para cumprir os requisitos de um contrato, mas não exatamente para atender as especificidades e, se o objetivo essencial do contrato tenha sido cumprido, o acordo ainda será considerado como concluído. Danos mínimos podem ser admitidos pelo judiciário. (tradução livre do Autor)⁸³

⁸⁰ BETTI, 1969, p. 46.

⁸¹ PEREIRA, 2000, p. 115

⁸² *The 'Lectric Law Library's Lexicon On. SUBSTANTIAL PERFORMANCE* - means that degree of performance of a contract which, while not equal to full and complete performance, is so nearly equivalent that it would be unreasonable to deny the contractor the payment agreed upon in the contract, subject, of course, to the owner's right to recover whatever damages he has suffered by reason of the contractor's failure to render full and complete performance.

⁸³ *Your dictionary: Substantial performance (compliance) legal definition* A doctrine in equity that if a good faith attempt was made to perform the requirements of a contract, but failed to exactly meet

Adimplemento substancial: No direito dos contratos, cumprimento das obrigações acordadas em que um contrato, apenas com ligeiras variações entre os termos exatos e / ou omissões irrelevantes ou menor defeitos. Um simples teste consiste em saber se a omissão, variância ou defeito pode ser facilmente compensado com dinheiro. Exemplos: a) o contrato é de fornecimento de 144 bombas de \$ 14.400, e apenas 140 foram entregues; b) o imóvel era para ser de 80 hectares e apenas continha 78 hectares. Isto constitui adimplemento substancial, a menos que a perda de dois hectares seja crucial para o valor do imóvel (por exemplo, reduziu o número de lotes que possam ser subdivididos), c) o produto era para ser entregue em 25 de outubro e não chegou até 5 de novembro. Isto constitui adimplemento substancial, a menos que o produto fosse necessário para uma venda em festa de Halloween. (tradução livre do Autor).⁸⁴

Adimplemento substancial Definição: Parcial desempenho que satisfaz os requisitos essenciais ou primários de um contrato. Pode ser aceitável em determinadas circunstâncias, numa base pro rata, ou mediante o pagamento de uma indenização pelo descumprimento contratual ou pela execução deficiente (tradução livre do Autor).⁸⁵

O adimplemento, em sentido estrito, indica cumprimento da obrigação. Por vezes também é chamado de pagamento, implemento, solução, satisfação, quitação.

Segundo Clóvis do Couto e Silva, Adimplemento Substancial é

um adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização. O adimplemento substancial consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas⁸⁶

the specifics, and if the essential aim of the contract has been met, the agreement will still be considered as having been completed. Minimal damages for the impreciseness may be permitted by the court.

⁸⁴ *Dictionary law Substantial performance*: in the law of contracts, fulfillment of the obligations agreed to in a contract, with only slight variances from the exact terms and/or unimportant omissions or minor defects. A simple test is whether the omission, variance or defect can be easily compensated for with money. Examples: a) the contract is for supplying 144 pumps for \$14,400, and only 140 were delivered; b) the real property was supposed to be 80 acres and only contained 78 acres. This constitutes substantial performance unless the loss of two acres is crucial to the value of the property (e.g. reduced the number of lots able to be subdivided); c) the product was to be delivered on October 25 and did not arrive until November 5. This constitutes substantial performance unless the product was required for a Halloween sale.

⁸⁵ Substantial performance Definition: Partial performance that satisfies the essential or primary requirements of a contract. It may be acceptable under certain circumstances on a pro rata basis or upon payment of damages for the unfinished or defective execution.

⁸⁶ in *O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português*, Rev. Estudos de Dir. Civil e Português, pp. 56/57.

A aplicação da doutrina *substantial performance* no direito estrangeiro pode ser observado conforme segue:

CIVIL - A doutrina do adimplemento substancial diz respeito à questão de saber se uma quebra de contrato tenha ocorrido, e não a questões de perdas e danos. CIVIL - SE EXISTE UM CONTRATO, A DOCTRINA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NÃO SE APLICA. A doutrina do adimplemento substancial diz respeito à questão de saber se um contrato é violado, e não à indenização, o acórdão não está contrário a essa doutrina, e (3) que a doutrina do enriquecimento sem causa só é aplicado quando não existe contrato, o acórdão não gera enriquecimento injusto. Assim, confirmamos a sentença do juiz. (tradução livre do Autor)⁸⁷

A Teoria do Adimplemento Substancial não foi expressamente apreciada pelo Código Civil de 2002, entretanto, diversos Tribunais adotam referida teoria em seus julgados.

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.⁸⁸

De acordo com a doutrina inglesa acerca do adimplemento substancial foi abandonada a ideia de que para a concretização do pagamento, o cumprimento integral é condição para a realização daquele, diante da conclusão que a contraprestação da obrigação é devida proporcionalmente ao efetivamente prestado. Assim, torna-se ilegítima a extinção do contrato ou a recusa da parte

⁸⁷ CIVIL - THE DOCTRINE OF SUBSTANTIAL PERFORMANCE RELATES TO WHETHER A BREACH OF CONTRACT HAS OCCURRED, NOT TO THE QUESTION OF DAMAGES. CIVIL - IF AN EXPRESS CONTRACT EXISTS, THE DOCTRINE OF UNJUST ENRICHMENT DOES NOT APPLY. The doctrine of substantial performance relates to whether a contract is breached, and not to damages, the judgment is not in violation of that doctrine; and (3) that the doctrine of unjust enrichment is only triggered when an express contract does not exist, the judgment did not unjustly enrich Angles. Accordingly, we affirm the judgment of the trial court. (Cite as Angles v. West, 2005-Ohio166. In the Court of Appeals of Ohio Fourth Appellate District Pickaway County). Disponível em <http://vlex.com/>

⁸⁸ Resp 272739 / MG - 2000/0082405-4 - Relator Min. RUY ROSADO DE AGUIAR. 4ª T. J. 01/03/2001 - DJ 02.04.2001, p. 299.

adimplente em realizar sua parte, se o inadimplente executou substancialmente sua obrigação.

É relevante que se preserve o contrato, relativizando o *pacta sunt servanda* como forma de aferir adequadamente a extensão do inadimplemento, permitindo aquilatar se qualquer inadimplemento, independente da sua proporção, pode dar causa à extinção contratual. E, nesse caso, com base no princípio da boa-fé objetiva, é inescusável que da resolução injustificada por violação insignificante não decorrem benefícios às partes contratantes (função social interna) muito menos à coletividade (função social externa).

Aplica-se a figura do adimplemento substancial aos contratos bilaterais (sinalagmáticos), posto que a reciprocidade das obrigações é marca desses contratos e trabalha como elo de ligação entre a prestação e a contraprestação, que devem ser adimplidas.

A admissão da teoria do adimplemento substancial no direito pátrio refere-se à reforma dos valores dos contratos, fundados na evolução da valoração das relações jurídicas decorrentes deste negócio jurídico, mormente no sopesamento do equilíbrio contratual, como fruto da boa-fé que deve permear os contratos.

4.5. A boa-fé objetiva e a *culpa in contrahendo*

O silêncio em matéria jurídica, contrariando o senso comum, não quer dizer nem sim, nem não. Ou seja, o ditado popular “quem cala consente” não tem acolhida no Direito Brasileiro.

O silêncio, em certas circunstâncias pode vir a ser interpretado como manifestação volitiva. Mas o silêncio, isoladamente, não pode ser interpretado como consentimento para vincular alguém ao cumprimento de obrigação.

O Código Civil Brasileiro⁸⁹, em seu artigo 111, assim prescreve:

“Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

⁸⁹ BRASIL. Código Civil Brasileiro..

Legalmente, não há dúvida de que inexistente obrigação decorrente do mero silêncio de uma das partes.

Mas, ao analisar o núcleo do presente ponto, verifica-se que a hipótese em comento diz respeito à formação dos contratos, ocasião na qual podem ocorrer diversas formas de comportamento das partes. Durante as negociações preliminares, anteriores à celebração do pacto, as partes tratam das circunstâncias nas quais as pessoas prestam informações de modo colaborativo, buscando o atendimento adequado das necessidades destas.

Por outro lado, as partes podem quedar-se silentes a respeito de importantes características das quais têm conhecimento, mas não as repassam à outra parte.

Esse silêncio será interpretado de acordo com os impactos que poderá ocorrer na tomada de decisão da parte ao encetar o negócio. Até que ponto pode uma das partes manter silêncio a respeito de certas informações a respeito das condições do objeto em negociação? Diversas dúvidas emergem da situação ora aventada.

O Código Civil de 2002, assim dispõe a respeito da boa-fé em matéria contratual:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”⁹⁰

Muito embora a interpretação literal do texto do artigo 422 do Código Civil Brasileiro leve ao entendimento de que as negociações contratuais se encontram fora da abrangência da norma civilista, a doutrina já consagrou que as disposições pré e pós contratuais estão adstritas à boa-fé objetiva.

Judith Martins Costa⁹¹ aponta:

Os casos judiciais que formam o objeto desta seção complementam a análise operada nas páginas precedentes acerca da subversão provocada pela boa-fé objetiva no direito das obrigações. A razão do seu destaque está em que as decisões aí proferidas suscitam, talvez, mais do que nos casos anteriormente examinados, uma série de reflexões acerca do instituto versado – a responsabilidade pré-negocial, também dita responsabilidade pré-contratual, a qual constitui a atuação contemporânea da *culpa in contrahendo*.

⁹⁰ BRASIL. Código Civil Brasileiro.

⁹¹ MARTINS-COSTA, 1999. p. 473

A escolha do instituto da responsabilidade pré-negocial – verdadeiro “caso” ainda não perfeitamente solvido no direito brasileiro se deve ao fato de que neste terreno, talvez mais do que nas hipóteses anteriormente referidas, resta evidenciado que a ligação entre a boa-fé e a compreensão da relação obrigacional como um processo dinâmico possibilita a reconstrução dogmática de institutos jurídicos, por forma a adequá-los às necessidades sociais. Já na perspectiva metodológica, as decisões aqui examinadas demonstram que, sem nenhum apelo ao subjetivismo judicial ou ao direito alternativo, sem qualquer desamor às preocupações de ordem técnico-conceitual, possível substancializar, enriquecer e fazer progredir o sistema, mesmo quando em sua moldura está o parâmetro codificatório. Constituem, por isso, verdadeiro *leading case*, alocados na contracorrente do formalismo e que perspectivam, legitimamente, a construção do sistema aberto.

No que diz respeito à natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, deve ficar claro que esta não pode ser tida por pré-contrato ou contrato preliminar. É inquestionável que o inadimplemento do contrato preliminar se insere na responsabilidade contratual, posto que suas obrigações de fazer inadimplidas serão objeto de solução mediante aplicação da culpa contratual, sendo certo que a parte inocente poderá invocar a execução forçada e perdas e danos.

Regis Fichtner Pereira⁹², resume da seguinte forma:

Os principais deveres impostos às partes durante as tratativas, decorrentes do princípio da boa-fé, são: a) o dever de lealdade ou correção; b) o dever de informar; c) o dever de proteção e de cuidado; d) o dever de segredo ou sigilo.

A responsabilidade civil pré-contratual se configura em quatro hipóteses típicas: a) responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais; b) responsabilidade por danos causados à pessoa ou aos bens do outro contratante durante as negociações contratuais; c) responsabilidade pela constituição do contrato inexistente, nulo ou anulável; d) responsabilidade por danos causados por fatos ocorridos na fase das negociações, quando tenha sido validamente constituído o contrato.

Assim, incorre em responsabilidade pré-negocial a parte que injustificadamente rompe as negociações após gerar expectativas acerca da formação contratual. Tal circunstância decorre da figura da *culpa in contrahendo*, teoria originalmente formulada por Rudolf Von Jhering, jurista alemão, posto que as partes, na fase preliminar, devem proteger-se.

Menezes Cordeiro, comentando jurisprudência alemã, no caso do linóleo, assim explica o início da aplicação da *culpa in contrahendo*:

Depois de hesitações, a proteção in *contrahendo* foi firmada em RG 7-Dez911 – o conhecido caso do linóleo. A A. realizara determinadas

⁹² PEREIRA, 2001, p. 49

compras num estabelecimento e pretendeu, depois, adquirir um tapete de linóleo; dirigiu-se, para tanto, com um empregado, ao sector dos linóleos, onde, por negligência dele, foi colhida, conjuntamente com a criança, por dois rolos que caíram. O RG julgou que, tendo ocorrido os factos numa sequência em que se visava um efeito contratual, havia, entre as partes, uma relação preparatória, semelhante a uma relação negocial. A esta relação dever-se-ia aplicar a ideia, comum aos vínculos contratuais e negociais, segundo a qual, destes, podem resultar deveres de cuidado com a vida e a propriedade do parceiro. Estes deveres teriam sido violados.⁹³

Observa-se, pela análise da decisão anterior, que na fase preliminar foi exigido das partes o dever de proteção, sendo, este, um dos diversos modos de aplicação da *culpa in contrahendo*.

Um segundo modo de aplicação da *culpa in contrahendo* diz respeito ao dever de informação que incumbe às partes durante a negociação.

O dever de informação toma importância fundamental na hipótese, já mencionada, de silêncio das partes a cerca da comunicação de certos dados, durante as negociações. Encetar um negócio com base em informações falsas, incompletas certamente acarreta a incidência da responsabilidade, tendo em vista o vício contratual. Tal circunstância será mais severa contra o infrator quando a parte lesada for hipossuficiente.

Outro modo de incidência da *culpa in contrahendo* está na obrigação de lealdade que as partes devem-se mutuamente. Assevera Menezes Cordeiro:

Um terceiro grupo de casos ditos de *culpa in contrahendo* assenta no dever de lealdade entre as futuras partes do contrato. A sua distinção entre o dever de esclarecimento, nem sempre clara, deriva de que, na lealdade, a censura *in contrahendo* não assenta tanto num âmbito informativo, mas antes no próprio comportamento assumido pelas pessoas. Subcaso importante de deslealdade pré-contratual concretiza-se quando, de modo especialmente injustificado, se abandonem negociações em curso, ou quando, de forma condenável, se faça desembocar o processo num contrato nulo.⁹⁴

Fernando Noronha, a propósito da *culpa in contrahendo*, se posiciona do seguinte modo:

A parte que nas negociações preliminares procede deslealmente viola deveres que são impostos pelo princípio da boa-fé objetiva e que impõe a não interrupção injustificada das tratativas, a informação leal, o sigilo quanto a informações recebidas da contraparte e, em geral, a não

⁹³ CORDEIRO, 2001, p. 547

⁹⁴ CORDEIRO, 2001, p. 552

indução desta em erro. Essa violação impede algumas vezes a realização do negócio; outras, justificam que este venha a ser invalidado. Tanto num caso como no outro, quando a outra parte, com o propósito de se preparar para cumprir o esperado contrato, tiver sido levada a realizar despesas (seja com estudos, projetos e pesquisas, seja até com a aquisição de máquinas específicas ou de elevada quantidade de matéria-prima), ou a abster-se de contratar com outras pessoas, ou mesmo a deixar de realizar outros negócios, terá de ser indenizada.⁹⁵

A aplicação da boa-fé objetiva na fase pré-contratual exsurge da incidência dos deveres anexos a que se submetem as partes. Sob esse aspecto, Fernando Araújo explica:

Mas o plano em que porventura mais nítidas são as implicações da admissão de deveres positivos como corolários de um princípio de boa-fé é o da responsabilidade pré-contratual – um plano em que, como veremos já de seguida, a ausência de deveres específicos assumidos pela autonomia é compensado por uma tutela de expectativas que pode avançar para a imposição de deveres positivos como forma de evitar retiradas das negociações que sejam frustrantes para um ambiente de confiança generalizada. Assim dir-se-á que podem ser implícitos dois deveres básicos numa qualquer negociação pré-contratual: um dever negativo, que no caso significa essencialmente a abstenção temporária de negociação com terceiros (o <<lock-out agreement>>), mas pode significar também a <<não-sabotagem>>, etc; e um dever positivo, de conduta conforme as expectativas da contraparte nas negociações, demonstrando um grau de sensibilidade às expectativas e de solicitude perante os interesses alheios que conjuntamente compõem a boa fé na fase pré-contratual.⁹⁶

Exemplo clássico a respeito da aplicação da *culpa in contrahendo* na jurisprudência pátria é conhecido como o caso dos tomates, cujo resumo segue adiante:

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

⁹⁵ NORONHA, 2003, p. 456

⁹⁶ ARAUJO, 2007, p. 583.

conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando o prejuízo do agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento, em parte, do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação.⁹⁷

Ao demonstrar o valor da segurança, sob o prisma da liberdade contratual e os problemas da formação da vontade, Fernando Araújo avalia, amparado na análise econômica do direito, os aspectos da negociação preliminar do seguinte modo:

Já tivemos ocasião de enfatizar também a posição da <<Law and Economics>> quanto à assimilação dos conceitos de eficiência e de justiça, e o que acabamos de observar realça muito o alcance dessa convergência: um contorno que veicula preferências autênticas é decerto um factor de ineficiência, bloqueando uma maximização efectiva dos interesses conjuntos que convergem no contrato; mas é também, e *aproximadamente pelas mesmas razões*, um contrato injusto.

Compreende-se assim que esta seja uma das matérias em que a abordagem jurídica e a abordagem econômica da Teoria do Contrato mais se assemelham e mais se entrecruzam. Quando, em nome do respeito pela autonomia da vontade, o Direito predispõe um enquadramento normativo da supervisão reguladora ou judicial das práticas contratuais nomeadamente quando atribui às partes meios de defesa contra o constrangimento negociais com que se deparem, a análise econômica naturalmente aplaude, tal como aplaude as salvaguardas gerais contra o <<abuso do direito>>, ou o estabelecimento de normas supletivas, ou de presunções, quanto a termos implícitos, ou de cláusulas gerais de <<razoabilidade>>, sempre que se trate de promover a justiça material no seio da relação contratual.⁹⁸

⁹⁷ Ap. Civ. 591028295, Canguçu, TJRGS, 5ª. Câmara. Civ. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 06.06.1991, por maioria, publicado in RJTJRS 154/378.

⁹⁸ ARAÚJO, 2007, p. 330.

Portanto, na opinião de Fernando Araújo, a *culpa in contrahendo* encontra-se, também, acolhida pela análise econômica do direito, sendo certo que a sanção poderá incidir sempre que o comportamento das partes apresentar-se de forma contrária à boa-fé objetiva que deve presidir todas as fases contratuais.

4.6. A proibição dos comportamentos contraditórios: a tutela da confiança

O período contemporâneo, na opinião de Anderson Schreiber (2007), é o tempo da incoerência, caracterizado pelo dinamismo e constante alteração da realidade, conforme se pode ver:

A era contemporânea caracteriza-se pelo dinamismo, pela constante alteração da realidade e da sua compreensão. O ritmo das transformações tem inegavelmente se acelerado nas últimas décadas. Internet e globalização vêm rompendo, com velocidade cada vez maior, os limites espaciais da nossa percepção e nos confrontando, em tempo real, com uma variedade incomensurável de acontecimentos e informações. Todos os dias nos chegam novos dados, novas descobertas e novos paradigmas. Com agilidade inédita, nosso cotidiano se transforma, nosso conhecimento se amplia e nossas convicções se alteram. Tais alterações vêm exigir de nós mudanças rápidas de posicionamento, que, por conta da própria celeridade da vida contemporânea, não são, em geral, refletidas, digeridas, estudadas. Vêm, antes, acompanhadas de certa superficialidade e de uma inevitável inconstância, produzindo uma sensação generalizada de insegurança e de incerteza nas relações sociais.⁹⁹

A boa-fé objetiva tem papel importante no que diz respeito à vedação aos comportamentos contraditórios, ou, *venire contra factum proprium*.

Não se admite como comportamento leal, *probo*, que uma parte aja de determinada forma e mude com relação ao que vinha praticando, posto que seria o exercício inadmissível de posições jurídicas.

Menezes Cordeiro trata o tema nos seguintes termos:

⁹⁹ SCHREIBER, 2007 p. 3.

A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível. A articulação interna do *venire contra factum proprium*, o seu âmbito, a sua fundamentação, as suas ligações às outras regulações típicas do exercício inadmissível dos direitos e, até, a sua recondução à boa-fé suscitam, pelo contrário, controvérsias acesas. A própria inadmissibilidade básica do *venire contra factum proprium* não pode afirmar-se regra, à partida. ¹⁰⁰

Podem-se levantar três hipóteses para a incidência da responsabilidade pelo comportamento contraditório:

- a) Uma parte informa que não pretende exercer certo direito potestativo, mas exerce-o;
- b) Uma parte informa que não pretende exercer certo direito subjetivo comum, mas exerce-o;
- c) Por último, tem-se a hipótese que a parte age dentro de limites de atuação genérica e informa que não tomará determinada atitude, mas de fato a toma.

A ocorrência do *venire contra factum proprium* exige a ocorrência de dois comportamentos aparentemente lícitos da mesma pessoa, que realizados em momentos distintos, é certo que o segundo comportamento contraria o primeiro. Nestes casos, afirma Menezes Cordeiro,

só se considera *venire contra factum proprium* a contradição directa entre a situação jurídica originada pelo *factum prorium* e o segundo comportamento do autor.

Por outro lado, afasta-se, também, à partida, a hipótese de o *factum proprium*, por integrar os postulados da autonomia privada, surgir como acto jurídico que vincule o autor em termos de o segundo comportamento representar uma violação desse dever específico, acionar-se-iam, então, os pressupostos da responsabilidade obrigacional e não os do exercício inadmissível de posição jurídica.¹⁰¹

Beatrice Jaluzot, leciona:

O comportamento contraditório. A lei alemã para um determinado tipo de comportamento desleal, estabelece o comportamento contraditório. Todo comportamento será contrário à boa fé, se for chamado contraditório,

¹⁰⁰ CORDEIRO, 2001, p. 745.

¹⁰¹ CORDEIRO, 2001, p. 746

quer dizer que este contraria um comportamento anterior da mesma pessoa. (tradução livre do Autor.)¹⁰²

O comportamento contraditório atenta contra o legítimo interesse, ou seja, a expectativa criada por quem se apresentou indicando certo comportamento e, em tempo futuro, frustra de modo ilegítimo aquilo ao qual havia indicado fazer. Neste sentido, o *venire contra factum proprium* atenta contra a confiança outorgada por uma parte à outra. Wieacker, citado por Menezes Cordeiro, afirma que “o princípio do *venire* é uma aplicação das proposições na confiança no tráfico jurídico e não uma proibição específica de dolo e de mentira”.¹⁰³

Merece ressaltar que o ordenamento jurídico não cria uma amarra indissolúvel de vínculos mediante qualquer comportamento social. Tal situação geraria o caos com rigidez jurídica insuportável. O valor ético do comportamento é ponto de partida que deverá ser observado na busca da identificação de atitudes como necessárias para atendimento ao *pacta sunt servanda*.

Para reafirmar a análise do presente tópico, vale menção ao artigo 175 do Código Civil:

“Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.”¹⁰⁴

Assim, iniciado o cumprimento voluntário do negócio jurídico anulável, a parte não mais pode invocar em seu favor aquela anulabilidade.

Ao comentar o tema, Gustavo Tepedino assim se posiciona:

Uma vez ratificado o ato anulável, tornado-o, por meio da confirmação, válido e eficaz, as partes não mais poderão exercer a faculdade de que dispunham até a confirmação, qual seja, a de atacar o ato judicialmente. A confirmação, seja ela expressa ou tácita, acarreta a renúncia definitiva ao direito potestativo de anular o negócio jurídico viciado como destaca Francisco Amaral, “exige, portanto, capacidade para renunciar não

¹⁰² «Le comportement contradictoire. Le droit allemand reconnaît une forme particulière de comportement déloyal, le comportement contradictoire. Tout comportement sera contraire à La bonne foi s’il est qualifié de contradictoire c’est-à-dire s’il est contraire à um comportement antérieur de la même personne». JALUZOT, 2001. p. 89.

¹⁰³ CORDEIRO, 2001, p. 754.

¹⁰⁴ BRASIL. Código Civil Brasileiro.

havendo confirmação se não emanar da parte com direito de alegar ou demandar a anulação.¹⁰⁵

Em relação ao tema *venire contra factum proprium*, segue a posição de Beatrice Jaluzot:

Fundamento da boa-fé, violação positiva do contrato ou *culpa in contrahendo*. Se uma pessoa que alegue uma violação de uma obrigação secundária, é imperativo para pedir a sanção a pura violação positiva do contrato ou por negligência pura a *culpa in contrahendo*, a violação précontratual, com base no § 242, que pune a falta e negligência.¹⁰⁶ (tradução livre do Autor)

No que diz respeito à positivação do *venire contra factum proprium* no Direito Brasileiro, tal como no Código de 1960, o Código de 2002 não o adotou diretamente. Entretanto, com fundamento na boa-fé objetiva, o comportamento contraditório encontra obstáculos. Nesse sentido, a opinião de Anderson Scheiber:

O Exame do ordenamento jurídico brasileiro, atualmente em vigor, revela o mesmo obstáculo vivido nos sistemas europeus e que impedira, oito séculos antes, a aceitação geral do *nemo potest venire contra factum proprium* formulado por Azo. Ou seja: embora se possa identificar uma série de disposições legais específicas proibindo a contradição ao próprio comportamento anterior, também é possível indicar outra série, igualmente extensa, permitindo a contradição. E a estas disposições permissivas não correspondem situações iníquas, abusivas ou ilegítimas, mas situações em que parece realmente razoável admitir o comportamento contraditório.

(...)

¹⁰⁵ TEPEDINO, 2004, p. 322.

¹⁰⁶ JALUZOT, 2001. p. 524<<Fondement sur la bone foi, mais sanction par la violation positive Du contrat ou la culpa *in contrahendo*. Il faut cependant remarquer que dans ces propos de la Cour Fédérale , si l'exécution du contrat est invoquée, elle ne crée aucun lien direct entre ces obligations secondaires et le § 242. Ceci mérite une explication. Nous avons vu que de jurisprudence constante, aucune action juridique ne peut être fondée directement sur le § 242. Si une personne se réclame la violation d'une obligation secondaire, elle doit impérativement en demander la sanction par la violation positive du contrat ou en cas de faute précontractuelle par la culpa *in contrahendo*, sur le fondement du § 242 qui sanctionne la faute et la négligence.>>.

Na identificação do fundamento normativo do *nemo potest venire contra factum proprium*, Riezler e os autores que o seguiram valeram-se de uma noção cuja eleição parecia quase óbvia no contexto jurídico-alemão, mas que acabou por desenvolver de forma impressionante, difundindo-se por todo o mundo, e levando consigo por toda parte o princípio de proibição ao comportamento contraditório. Cuida-se da noção de boa-fé objetiva.¹⁰⁷

Em sede de jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça, o comportamento contraditório é vedado, conforme apresentado:

Ressalte-se que a ninguém é dado criar e valer-se de situação enganosa, quando lhe for conveniente e vantajoso, e posteriormente voltar-se contra ela quando não mais lhe convier, objetivando que seu direito prevaleça sobre o de quem confiou na expectativa gerada, ante o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*.¹⁰⁸

Assim, a vedação ao comportamento contraditório anterior valoriza a confiança que as partes outorgaram-se mutuamente.

4.7. A boa-fé objetiva e o *tu quoque*

A origem do termo *tu quoque* remonta ao grito de Júlio César na ocasião em que seu filho Brutus encontrava-se entre os traidores que atentavam contra sua vida (*tu quoque fili?*). O *tu quoque* representa o princípio de que o inadimplente não poderá ser beneficiado pela infração, sob pena de ficar caracterizado o abuso de direito.

Sobre o tema dispõe o artigo 476 do Código Civil:

“Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ SCHREIBER, 2007, pp 80-81.

¹⁰⁸ Resp 1154737/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª. Turma, j.07.02.2011, RST 93/314

¹⁰⁹ BRASIL. Código Civil Brasileiro.

A exceção do contrato não cumprido, inserta no artigo 476 do Código Civil de 2002, estabelece que aquele que não cumpriu sua parte não pode exigir o cumprimento da contraprestação, posto que se encontra inadimplente.

Menezes Cordeiro, ao tratar da fórmula *tu quoque*, assim o faz:

A fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tiver atribuído. Está em jogo um vector axiológico intuitivo, expresso em brocardos como *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*. A sua explicação requer a maior cautela. Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento. Não é líquido, contudo e sempre a priori, que um sujeito venha eximir-se aos seus deveres jurídicos alegando violações perpetradas por outra pessoa.

Na opinião de Menezes Cordeiro a natureza jurídica do *tu quoque* reside na quebra do sinalagma, conforme segue:

No sinalagma, há uma <<estrutura final imanente ao contrato, com dependência genética, condicional e funcional (pelo menos) de dois deveres de prestar primários interligados>> . Portanto, e de modo ainda mais incisivo: não há que partir, ontologicamente, das prestações para o sinalagma; este traduz, pelo contrário, a existência e a configuração dos deveres contrapostos os quais, sem essa inserção sistemática, perderiam a identidade e o sentido que os definem. O *tu quoque* ganha, perante exata colocação do sinalagma, uma perspectiva diferente: qualquer atentado a uma das prestações implicadas pode ser, na realidade, um atentado ao sinalagma; sendo-o, altera toda a harmonia da estrutura sinalagmática, atingindo, com isso, a outra prestação. A justificação e a medida do *tu quoque* estão, pois, nas alterações que a violação primeiro perpetrada tenha provocado no sinalagma.¹¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça ao apreciar matéria administrativa, com supedâneo no *tu quoque*, assim decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINSITRATIVO – TITULAR DE SERVENTIA JUDICIAL SUSPENSO PREVENTIVAMENTE – LEGALIDADE – AUTO-TUTELA DA MORALIDADE E LEGALIDADE – APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS (TU QUOQUE) – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

(...)

3. Alegar o recorrente que o afastamento de suas funções, bem como a devida apuração dos fatos em face a fortes indícios de cometimento de crimes contra a administração, inclusive já com quebra do sigilo bancário

¹¹⁰ CORDEIRO, 2001, p. 845.

decretada, fere direito líquido e certo, é contrariar a lógica jurídica e a razoabilidade. A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório – expressão particular da teoria dos atos próprios -, sintetizada no anexam *tu quoque*, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial.¹¹¹

Portanto, a boa-fé objetiva incidirá na aquilatação dos atos das partes de modo a assegurar a conduta ética para o equilíbrio da relação, sendo vedado o comportamento abusivo destas que venha a lhes beneficiar.

4.8. A boa-fé objetiva e a *culpa post pactum finitum*

No entender de Menezes Cordeiro, a *culpa post pactum finitum* se equivale “à projeção simétrica da *culpa in contrahendo* no período pós-contratual”¹¹².

A *culpa post pactum finitum* tem como fundamento o dever de responsabilidade contratual, independentemente do cumprimento da obrigação principal. Os deveres anexos, acessórios, ou satelitários, tais como lealdade, informação e proteção, sendo descumpridos após o adimplemento da obrigação principal dará ensejo à incidência da *culpa post pactum finitum*.

Nesse sentido, pode-se afirmar que se a boa-fé objetiva incide em todas as fases contratuais, certamente haverá de ser levada em consideração ao final do pacto que, findo, permanece a exigir das partes que continuem a se comportar de forma proba.

É inegável, por exemplo, a exigência de manutenção de segredo acerca de informações sigilosas obtidas durante o contrato. Assim, findo o pacto, não é lícito que as informações de uso restrito sejam divulgadas por ter o contrato se encerrado. Outra hipótese diz respeito ao fornecimento de peças de reposição de equipamento adquirido. A parte vendedora deverá colocar à disposição do adquirente peças para reparo do equipamento, sob pena de inviabilizar seu uso. A confiança depositada na parte quando da contratação deverá manter-se intacta no período pós-contratual.

¹¹¹ RMS 14908/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª. Turma, j.06-03-2007, RSTJ vol. 208 p. 225

¹¹² CORDEIRO, 2001, p. 425.

Antonio Junqueira de Azevedo, em breve artigo, ao tratar da boa-fé objetiva, refere-se à *culpa post pactum finitum* do seguinte modo:

Isso também é assunto que a doutrina tem tratado — a chamada "responsabilidade pós-contratual" ou *post pactum finitum*. Darei três exemplos para comprovação de que, após o contrato encerrado, ainda há possibilidade de exigir boa-fé dos contratantes:

1 O proprietário de um imóvel vendeu-o e o comprador o adquiriu por este ter uma bela vista sobre um vale muito grande, construindo ali uma bela residência, que valia seis vezes o valor do terreno. A verdade é que o vendedor gabou a vista e aí fez a transferência do imóvel para o comprador — negócio acabado. Depois, o ex-proprietário, o vendedor foi à prefeitura municipal, verificou que não havia a possibilidade de construir um prédio em frente, mas adquiriu o prédio em frente ao que tinha vendido e conseguiu na prefeitura a alteração do plano diretor da cidade, permitindo ali uma construção. Quer dizer, ele construiu um prédio que tapava a vista do próprio terreno que havia vendido ao outro — esse não era ato literalmente ilícito. Ele primeiramente vendeu, cumpriu a sua parte. Depois, comprou outro terreno, foi à prefeitura, mudou o plano, e aí construiu. A única solução para o caso é aplicar a regra da boa-fé. Ele faltou com a lealdade no contrato que já estava acabado. É, portanto, *post pactum finitum*.

2 Uma dona de boutique encomendou a uma confecção de roupas 120 casacos de pele. A confecção fez os casacos, vendeu-os e os entregou para essa dona da boutique. Aí, liquidado esse contrato, a mesma confecção fez mais 120 casacos de pele idênticos e vendeu-os para a dona da boutique vizinha. Há, também, evidentemente, deslealdade e *post pactum finitum*.

1. Um indivíduo queria montar um hotel e procurou o melhor e mais barato carpete para colocar no seu empreendimento. Conseguiu uma fornecedora que disse ter o preço melhor, mas que não fazia a colocação. Ele pediu, então, à vendedora a informação de quem poderia colocar o carpete. A firma vendedora indicou o nome de uma pessoa que já tinha alguma prática na colocação do carpete, mas não disse que o carpete que estava fornecendo para esse empresário era de um tipo diferente. O colocador do carpete pôs uma cola inadequada e, semanas depois, todo o carpete estava estragado. A vendedora dizia: cumpri a minha parte no contrato, entreguei, recebi o preço, o carpete era esse, fiz favor indicando um colocador. Segundo a regra da boa-fé, ela não agiu com diligência, porque, no mínimo, deveria tê-lo alertado — uma espécie de dever de informar e de cuidar depois de o contrato ter terminado — a propósito do novo tipo de carpete. Há responsabilidade pós-contratual.¹¹³

Pelo visto, a incidência da boa-fé objetiva no período pós-contratual apresenta-se como absolutamente necessária para que os fins do contrato sejam alcançados.

¹¹³ AZEVEDO, Artigo Publicado na Internet.

5. A INTERDISCIPLINARIDADE APLICADA AOS CONTRATOS

5.1. A teoria econômica dos contratos

Algumas questões mais profundas sobre os contratos, do ponto de vista econômico merecem reflexões, tais como: de que modo nasce um contrato? De forma bastante resumida pode-se dizer que um contrato nasce porque alguém precisa de algo, materialmente falando, do qual não dispõe e que pode ser obtido através de outrem. É a conhecida circulação da riqueza, que materializa a função econômica dos contratos. Assim, o contrato é um instrumento pelo qual a riqueza circula, permitindo que um bem seja repassado a outrem. Posto isso, o contrato nasce da vontade humana, para que suas necessidades sejam atendidas.

Fernando Araújo, ao comentar o tema, assim o faz:

Nada disso contende com o facto de as abordagens jurídica e econômica sobre o fenómeno contratual serem largamente convergentes e extensamente sobrepostas, bastando a ilustrá-lo a coincidência que se verifica na identificação das finalidades básicas do contrato (uma coincidência que não é desmentida por disparidades terminológicas); finalidades de que destacaríamos:

- a prossecução dos objectivos demarcados pela autonomia – enfatizando-se em ambos os casos o elemento <<vontade>> manifestado na negociação e na formulação das promessas, o papel do contrato como fonte das obrigações, a intenção <<jurígena>> de sujeição voluntária a uma disciplina legal, a edificação de salvaguardas convencionais para a segurança do vínculo básico;
- o encorajamento das trocas, enaltecendo a função de reforço da confiança mútua, de promoção da complementaridade, de maximização do bem estar, e sublinhando o modo como a função econômica dos contratos evidencia a presidência de um interesse geral na correspondente forma jurídica (começando pelo interesse de preservação das expectativas gerais que permitem a previsão, a planificação, o investimento, o crédito);

- a promoção da justiça comutativa, e eventualmente (o que é mais controverso) da justiça distributiva através do veículo contratual.¹¹⁴

E, continua Fernando Araújo,

Por outras palavras, dir-se-á que, na visão mais ampla que é consentida pelo prisma econômico, o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de um governo conjunto (ou <<governança>>) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses.¹¹⁵

Questão interessante acerca dos contratos diz respeito à fase pré-contratual, na qual ocorrem as negociações preliminares, posto que em muitas vezes, até que um negócio seja fechado, as partes discutem longamente o contrato, sendo certo que nessas ocasiões tratam do objeto contratual, suas características, condições de fornecimento, garantias a serem observadas, preço, prazo de fornecimento e muitos outros aspectos vai. Tais discussões são travadas levando-se em consideração as informações que as partes dispõem. A Teoria dos Contratos Incompletos discorre acerca da incompletude de informações que as partes dispõem quando da celebração contratual. Nesse sentido, segue a lição de ZYLBERSZTAJN:

A Teoria dos Contratos Incompletos: com base no fato de que o desenho de contratos que considerem todas as contingências possíveis é custoso, a teoria considera que os agentes deixam lacunas contratuais que serão preenchidas a *posteriori*. Tais teorias são fundamentadas pelo pressuposto da racionalidade limitada, que impede o desenho de contratos completos e consideram que existe uma lógica de eficiência para a definição dos direitos pós-contratuais.¹¹⁶

E mais:

A literatura econômica marcada como "completa" de um contrato que especifica as consequências jurídicas para todas as eventualidades que possam surgir na relação que ela regula. É pouco provável e muitas vezes impossível para que isso ocorra. Negociar e contratar é difícil e caro. Leva tempo e recursos, não só as partes, mas seus advogados. Isso faz com que o exercício torne-se caro. E a maior especificidade, mais onerosa, portanto, raramente ocorre. Assim, não é difícil compreender o resultado: incentivos conflitantes entre as partes contratantes. E geram uma tensão, que estimula o comportamento estratégico: cada uma das partes será culpada de conduta que visa a criação de barreiras ou situações que vão facilitar e melhorar a sua posição de barganha. O objetivo: apropriar-se como a maior parte do valor gerado pela relação conjunta. (tradução livre do Autor)¹¹⁷

¹¹⁴ ARAÚJO, 2007, p. 16.

¹¹⁵ ARAÚJO, 2007, p. 18.

¹¹⁶ ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 109.

¹¹⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2010<<La literatura económica tilda de 'completo' a un contrato que especifica las consecuencias legales a todas las contingencias que pueden presentarse en la

Acerca da incompletude dos contratos, Fernando Araújo assim se manifesta:

Começemos por uma constatação empírica que, na sua singeleza, nos parece consensual: é frequente verificar-se que a negociação dos contratos nem sempre revela um adequado nível de previsto e de explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, nomeadamente a descrição mais exaustiva do objecto do contrato, a enumeração das contingências susceptíveis de interferirem na onerosidade do contrato, a definição dos <<standards>> de cumprimento, de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, e o estabelecimento de um quadro preventivo sancionatório – sendo essa insuficiência *ex ante* que propicia a eclosão de conflitos durante a relação contratual, mesmo dentro da margem que bilateralmente se aceite como sendo a da <<boa fé>>. Por contraste, um contrato mais completo, quiçá mesmo um contrato contextualmente completo (vamos ver se a expressão faz sentido), seria aquele que especificaria as obrigações para cada uma das partes em cada uma das contingências que podem afectar a onerosidade do contrato. Mas nas busca de um contrato mais completo, o esforço das partes pode <<esbarrar>> com a necessidade de uma peculiar ponderação custo-benefício: valerá a pena continuar a negociar e a estipular, se porventura para lá de certo limite se torna difícil estabelecer deveres suplementares de forma eficaz – ou seja, obrigações que ainda sejam supervisionáveis pela contraparte ou sindicáveis por um terceiro?¹¹⁸

Da observação do texto sobre Contratos Incompletos, verifica-se que a completude de todas as condições contratuais – fato esse impossível – levaria ao encarecimento do cumprimento do objeto. Portanto, as partes assumem certos riscos quando da contratação. Esta possibilidade remete a uma figura da Economia: é a máxima: “quanto maior o risco, maior o lucro”. É certo que algumas pessoas têm natureza voltada para a assunção de riscos em busca do aumento de seus lucros, enquanto outras pessoas com o chamado perfil conservador, são avessas a riscos e buscam negócios cujo risco é mais baixo e, portanto, recebem, teoricamente, remuneração inferior àqueles que assumem maiores riscos.

De forma gráfica, Fernando Araújo demonstra, confrontando riscos, completude dos contratos, assimetria de informação e decisão acerca desses riscos, da seguinte maneira:

relación que regula. Es improbable y con frecuencia imposible que ello tenga lugar. Negociar y contratar es difícil y oneroso. Toma tiempo y recursos, no sólo de las partes sino de sus abogados. Ello hace que el ejercicio sea costoso. Y entre más especificidad, más onerosidad en la contratación.⁵ Por ende, raramente ocurre. Entendido el trasfondo no es difícil de entender el resultado: incentivos contradictorios entre las partes contratantes. Y estos generan una tensión, que propicia conducta estratégica: cada parte incurrirá en conducta que busca generar barreras o coyunturas que le favorezcan y mejoren su situación de negociación. El objetivo: apropiarse la mayor cantidad del valor generado por la relación conjunta.>>

¹¹⁸ ARAÚJO, 2007, p. 148.

	Regime indiferente	Garantia Total	Garantia Parcial	Sem Garantia
Atitude perante o risco	Ambos indiferentes	Aversão do comprador	Aversão de ambos	Aversão do vendedor
Informação privada	Simétrica	Vantagem do vendedor	Informação bilateral	Vantagem do comprador
Incentivos à precaução	Risco exógeno	Incentivo ao vendedor	Precaução bilateral	Incentivo ao comprador

119

Por negociações contratuais devem ser entendidas as tratativas nas quais as partes discutem os aspectos que deverão constar da avença. O contratante fornece ao contratado as especificações a respeito do objeto do contratado com a melhor informação de que dispõe de modo a que possa ser formulada a proposta mais adequada às necessidades. Dessas informações nasce o pedido de contraprestação, ou seja, o preço. Assim, as negociações contratuais precisam ser conduzidas de forma colaborativa, permitindo o conhecimento completo das obrigações que cada parte assumirá em razão do fechamento do negócio.

Nesse sentido,

Quando os contratos são formados, as partes muitas vezes possuem informações privadas que são relevantes para o contrato. Por exemplo, o vendedor de uma casa pode saber sobre vazamentos do porão quando há uma chuva forte, o vendedor de uma mercadoria pode ter informações sobre o curso futuro dos preços das commodities, e o comprador de um lote de terra pode ter informações sobre seu potencial petrolífero. A existência de informação privada, levanta questões das partes sobre ser obrigado a revelar o que sabem quando fazem contratos. No direito, às vezes a lei exige divulgar e às vezes não.¹²⁰

A realidade, muitas vezes, se apresenta de forma complexa posto que, em certas circunstâncias, as partes ainda não dispõem de todas as informações, seja por desconhecimento, seja por incertezas próprias da natureza do negócio, como, por exemplo, quando se trata de negócio com natureza aleatória. Aqui entra, mais uma vez a Economia com outro conceito: assimetria de informações, cuja explicação segue:

Dispor de informações relativas aos produtos, direitos de propriedade sobre as ações das partes é uma condição fundamental para não haver dificuldades ao fazer cumprir os contratos. Via de regra, essas

¹¹⁹ ARAÚJO, 2007, p. 148.

¹²⁰ SHAVELL, 2004, p. 331. <<“When contracts are formed, parties often possess private information that is relevant to the contract. For example, the seller of a house may know that the basement leaks when there is a heavy rain, the seller of a commodity may have information about the future course of commodity prices, and the buyer of a parcel of land may have information about its oil-bearing potential. The existence of such private information raises the questions of whether parties should be obligated to disclose what they know when they make contracts. In fact law sometimes requires disclose and sometimes does not.”>>

informações não podem ser obtidas sem custos, o que consiste em uma dificuldade para o estabelecimento do acordo (negociação que antecede o contrato) e para a constatação de se os termos do contrato estão de fato sendo cumpridos.

(...)

A aproximação entre Economia e Direito é uma necessidade imposta por conta das novas e relevantes questões que emergem na literatura econômica. Essa aproximação, contudo, ainda está em seu início, e há muitos ganhos decorrentes de uma pesquisa que articule conhecimentos do Direito e Economia. Em especial, no Brasil, há um descolamento entre a pesquisa em Economia, baseada em grande medida nas contribuições de autores anglo-saxões, e o ambiente jurídico local, cujas práticas e modo de funcionamento têm referências mais fortes no direito romano. Economistas ainda ignoram quais são as implicações do ambiente jurídico brasileiro, de suas particularidades institucionais, sobre o estudo dos contratos. É possível que essa deficiência da perspectiva econômica dos contratos tenha algumas implicações sobre os resultados até agora alcançados. A agenda está aberta, e seus resultados parecem promissores.¹²¹

Outra doutrina estrangeira, do prof. Steven M. Shavell, que também trata o tema dos contratos incompletos, ampara as discussões sobre a interdisciplinaridade aplicada aos contratos, como vista a seguir:

"Uma vez definidos os contratos e dadas as razões gerais pelas quais elas são feitas e cumpridas, deixe-me agora examinar a natureza dos próprios contratos. Um dos aspectos da prática contratual que vai ser visto como de grande importância é que os contratos são incompletos. Os contratos geralmente omitem todos os tipos de variáveis e contingências que têm potencial relevância para as partes contratantes. Um contrato para tirar fotos em um casamento seria susceptível de não incluir muitas contingências que podem tornar difícil ou impossível para o fotógrafo o realizar, bem como muitas circunstâncias que alterem o desejo do casal de fotografias ou outros tipos ou registros que querem que sejam feitas em seu casamento. Existem vários tipos de razões para a incompletude dos contratos, ou seja, por que as partes possuem interesse mútuo para deixar contratos incompletos. Uma categoria de razões diz respeito ao esforço e custo de antecipar possíveis contingências, a negociação sobre a sua resolução (já que eles são antecipados) e, em seguida, descrever adequadamente. Em particular, as partes tendem a não especificar condições para eventos de baixa probabilidade, porque a perda esperada deste tipo de exclusão será mínimo, enquanto o custo de incluir os termos nasceria com certeza. Por exemplo, pode levar quinze minutos para discutir e incluir um termo sobre o que fazer se o fotógrafo for envolvido em um acidente de carro no caminho para o casamento, mas se um evento como esse é muito improvável, não vai valer a pena as partes incluir uma provisão para esse resultado em contrato."¹²²

¹²¹ ZYLBERSTAJN, SZTAJN, 2005, p. 121; 132.

¹²² SHAVELL, 2004, p. 299 <<"Having defined contracts and given general reasons why they are made and enforced, let me now examine the nature of contracts themselves. An aspect of contractual practice that will be seen to be of considerable importance is that contracts are

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Brasileiro adotou a técnica legislativa da cláusula geral para introduzir em sua normatividade a ética como regra de conduta exigida das partes, cabendo ao Juiz a função integrativa para determinar qual é a conduta adequada em cada caso concreto.

Os deveres anexos ou laterais, consagrados pela função criadora de deveres jurídicos da boa-fé objetiva, impõem aos contratantes o cumprimento de obrigações acessórias para que a obrigação principal seja adimplida, ou, ainda, apresentem característica de autonomia. Como suporte ao adimplemento da obrigação principal podem ser citados os deveres de embalar a mercadoria ou transportá-la e, como verdadeiros deveres autônomos da obrigação principal, são exemplos: o dever de garantia da coisa, bem como o dever de indenizar o que resultar do incumprimento culposos da obrigação.

Ainda não há suficiente experiência da jurisprudência pátria acerca da aplicação das cláusulas gerais e é frequente a necessidade de busca da experiência estrangeira que vem usando tal técnica legislativa há longo tempo. Ao juiz não é dado ser arbitrário na aplicação da boa-fé, mas ele deve se vincular aos costumes praticados na sociedade onde se discute o fato concreto.

significantly incomplete. Contracts typically omit all manner of variables and contingences that are of potential relevance to contracting parties. A contract to take pictures at a wedding would be likely to fail to include many contingencies that might make it difficult or impossible for the photographer to perform, as well as many circumstances that would alter the couples' desire for photographs or for other types or records that they want to be made of their wedding. There are several types of reasons for the incompleteness of contracts, that is, for why parties find it in their mutual interest to leave contracts incomplete. One category of reasons concerns the effort and cost of anticipating possible contingencies, bargaining about their resolution (given that they are anticipated), and then describing them adequately. In particular, parties will tend not to specify terms for low probability events, because the expected loss from this type of exclusion will be minimal, whereas the cost of including the terms would be born with certainty. For example, it might take fifteen minutes to discuss and include a term about what to do if the photographer is involved in a car accident on the way to the wedding, but if such an event is very unlikely, it will not be worth the parties while to include a provision for such an outcome in the contract.”>>

A boa-fé objetiva deve ser compreendida como a imposição de comportamento ético e solidário, sendo certo que haverá primazia dos interesses comuns quando confrontados com os individuais, e as partes devem ser orientadas para agir nesse sentido. E mais, a manutenção da atividade econômica tem preferência sobre as atividades individuais; as relações existenciais sobressaem sobre as patrimoniais.

O desenvolvimento do presente trabalho demonstrou a importância da boa-fé objetiva para os contratos empresariais.

A positivação da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico Brasileiro consagra a teoria aceita, reconhecida e adotada pela doutrina, bem como pela jurisprudência. O legislador ao utilizar-se de técnica legislativa – a cláusula geral – para regular a boa-fé objetiva, permite um amoldamento às circunstâncias afetas ao tempo e ao espaço na qual a *questio factum* se apresenta.

É indiscutível que a figura da boa-fé subjetiva já não mais é suficiente para, de modo solitário, regular todas relações sociais. Não basta que o indivíduo, ou, no presente caso, as empresas, desconheçam a circunstância ligada ao contrato para verem-se imunes à suas consequências. O que importa é a circunstância objetiva, ou seja, o fato em si para que o juiz à luz da justiça verifique a adequação do ato.

As empresas contam, certamente, com instrumentos para reequilibrar as relações jurídicas, posto que as ações desprovidas de boa-fé objetiva que ocasionam prejuízos poderá ser objeto de questionamento em busca do equilíbrio perdido em decorrência do ato maléfico.

Assim é que, ao deixar de prestar informações importantes quando da negociação, referido ato poderá vir a ser repellido pelo juiz, intérprete designado pela lei, de modo a que as consequências da omissão sejam revistas.

Vislumbra-se, por esse ponto de vista, a possibilidade de redução dos custos de transação. Ao negociar, sabedora das limitações de informações das partes – contratos incompletos – uma empresa certamente colocará na formação de preços uma parcela que corresponda aos custos da incerteza (riscos) gerados durante as negociações. Ao repensar a situação, e percebendo a oportunidade de eventualmente encontrar o equilíbrio no futuro, poderá a empresa optar por reduzir a parcela de preço decorrente do risco inerente à assimetria de

informações, sendo, portanto, mais competitiva ao identificar que eventuais falhas, ainda que inconscientes, poder vir a ser sanadas por meio do provimento judicial. Nesse ponto há nítido encontro entre a boa-fé objetiva e a teoria dos contratos incompletos. Num primeiro momento as partes podem se socorrer da *culpa in contrahendo* sempre que alguma informação importante tenha sido omitida no contrato, ou influenciado na tomada de decisão de contratar. Por outro lado, a função hermenêutico-integrativa permitirá ao juiz que complete as lacunas contratuais, mantendo o equilíbrio e a justiça que deve permear o negócio jurídico em toda sua extensão.

Em razão da competitividade entre empresas, aos contratos empresariais possuem grande flexibilidade de negociação e de vinculação razão pela qual as empresas podem livremente negociar e obrigam-se porque manifestada a vontade livre e dentro das regras jurídicas pertinentes, a segurança jurídica deve ser preservada. Do mesmo modo que no passado esse raciocínio serviu para dar margem a injustiças, não se pode pressupor que as empresas são capazes e, portanto, não merecem a tutela da busca do negócio justo e equilibrado.

Segundo os valores da Constituição Federal, a justeza da avença é obrigação da qual não se deve abrir mão.

Assim, muito embora as empresas realmente tenham liberdade contratual, referida liberdade não pode ser exercida fora dos limites da conduta esperada das partes, sob pena da própria sociedade pagar preço elevado por permitir abusos.

Enfim, merece destaque o papel dos deveres acessórios da boa-fé em relação aos contratos empresariais.

A lealdade que deve presidir as relações entre as partes faz com que os contratos empresariais, dentre outros, residam em ambiente probó, permitindo, assim, o equilíbrio da relação por ocasião das negociações preliminares (*culpa in contrahendo*), durante a execução do contrato (teoria dos atos próprios - *venire contra factum proprium e tu quoque*), e após a execução contratual, como ocorre a hipótese da responsabilidade *post pactum finitum*.

7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Lacerda de. *Obrigações*. Porto Alegre: Typographia de Cesar Reinhardt, 1897.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

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

_____. *O princípio da boa-fé nos contratos*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm>. Acesso em 15 de abril de 2011.

BECKER, A. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 1, v. 9, nov. 1993.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.

BETTI, Emílio. *Teoria general de las obligaciones*, tomo I. Trad. José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2000.

CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance legitime em droit allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.

CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. O princípio da boa-fé objetiva. (Manuscrito).

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. Disponível em www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf. Acesso em 10 de julho de 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *A Responsabilidade Pré-Contratual*, Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais. 2000. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

DANTAS, F. C. Santiago. *Problemas de direito positivo – estudos e pareceres*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1953.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis. *Terminologie contractuelle commune*. V. 6. Paris: Societe de Legislation Comparee, 2008.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O Novo código Civil*. Estudos em homenagem ao Profº. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Contratos*. Prefácio de José Augusto Rodrigues Pinto. Vol. IV Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luis Roldão de Freitas. *Curso de direito civil: contratos*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Contratos incompletos y solucion de controversias*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Retirado de: <http://escholarship.org/uc/item/6m79f43t>, acesso em 03/10/2010.

JALUZOT, Beatrice. *La bonne foi dans le contrats. Étude comparative de droit francais, allemand et japonais*. Paris: Dalloz, 2001.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. 3ª Edição. Trad. Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 1985.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contatos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

MARTINS, RAPHAEL MANHÃES. *O princípio da confiança legítima e o enunciado 352 da IV jornada de direito civil*. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 40, p. 11-19, jan./mar. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor, n. 3. São Paulo.

_____. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

_____. *Comentários ao novo código civil*. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENKE, Fabiano. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. Revista de Direito do Consumidor n. 50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Editora Bookseller, 2005.

MOZOS, José Luis de los. *El principio de la buena fé - Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*. Bosch; Barcelona: Casa Editorial, 1965.

NAZAR, Fábio Murilo. A tutela externa do crédito. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, 2009. In <http://www.miltoncampos.br/posgraduacao/dissertacoes/fabiomurilonazartutelaexternacredito.pdf>. Acesso em 16.05.2011.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PARGENDLER, Mariana Souza. *A ressignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa*. In http://ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm. Acesso em 02.02.2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POTHIER, Joseph Robert. *Tratado das obrigações*. Rio de Janeiro: Servanda, 2001.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Bookseller, 2002.

_____ *Aspects juridiques du capitalism moderne*. Paris: Libraire générale du droit, 1951.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Bookseller, 1999.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SALAZAR, Diego F. *Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión*. Disponível em <http://repositories.cdlib.org>. Acesso em 01 de junho de 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, Clóvis do Couto e. O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português, *Rev. Estudos de Dir. Civil e Português*, São Paulo, 1980.

_____ *A obrigação como processo*. São Paulo: Buchatsky, 1976

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. Adimplemento substancial. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp012536.pdf>. Acesso em 29.07.2010.

SILVEIRA, Alípio. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SKAR, Robert O. *Business Law*. New York and London: McGraw-Hill Book, Company, 1942.

SLAWINSKI, Celia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva*. O princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WESTERMANN, Harn Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 1983.

WIEACKER, Franz; DÍEZ-PICAZO, Luis. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1977.

ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia*. Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.